

Sygn. akt: KIO 70/20

WYROK

z dnia 6 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli**, ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól

przy udziale wykonawców:

- A. **CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Regułach, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. **WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gliwicach, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli** kwotę 1318 zł 04 gr (słownie: tysiąc trzysta osiemnaście złotych cztery groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na posiedzenia i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „ustawa”, w trybie przetargu nieograniczonego pt: „Modernizacja poprzez rozbudowę Bloku Operacyjnego Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”, numer referencyjny: DZP-280-1-14/2019. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2019, nr ogłoszenia: 2019/S 160-393834.

Zamawiający w dniu 3 stycznia 2020 r. powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty jednego z czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W dniu 13 stycznia 2020 r. wykonawca Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej również: „CLIMAMEDIC”), mimo że oferta ta zwiera błędy w obliczeniu ceny,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca CLIMAMEDIC nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy CLIMAMEDIC (omyłkowo, podobnie jak w ww. pkt 2 odwołania, określonego:” Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy CLIMAMEDIC;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ,
- 4) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wezwania do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, potwierdzającego, że wykonawca CLIMAMEDIC nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ,
- 5) zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający nie narzucił w SIWZ ani w załącznikach do SIWZ konkretnej stawki podatku VAT. W Formularzu Oferty należało podać cenę ogółem brutto zgodnie z Tabelą elementów scalonych - suma pozycji 1-5, z obowiązującą stawką podatku VAT oraz wartość ogółem netto. Tabela elementów scalonych, stanowiąca załącznik do Formularza ofertowego zawiera następujące kolumny: Lp., Branża, Zestawienie kosztów netto, Podatek VAT i Zestawienie kosztów brutto.

Odwołujący stwierdził, że przyjęcie przez wykonawcę w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, chyba że błędna stawka podatku nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jako tzw. inna omyłka. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty. Z treści złożonych ofert wynika, że cena trzech ofert została obliczona z uwzględnieniem dwóch stawek podatku VAT tj. 8% w zakresie przedmiotu zamówienia wskazanego w pozycjach 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych (odpowiednio: Instalacja gazów medycznych i Zewnętrzne instalacje gazów medycznych) oraz 23% w zakresie pozostałego przedmiotu zamówienia - roboty budowlane. Cena jednej oferty - oferty wykonawcy CLIMAMEDIC została obliczona z uwzględnieniem jednej stawki podatku VAT - 23% dla całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się pismami z dnia 21 listopada 2019 r. do wszystkich wykonawców o wyjaśnienie podstaw zastosowania stawki VAT w zakresie przedmiotu zamówienia wskazanego w pozycjach 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia trzech wykonawców. Każdy z wykonawców podtrzymał swoje oświadczenie w zakresie

zastosowanych stawek podatku VAT. Po uzyskaniu wyjaśnień Zamawiający pozostawił ich wynik bez dalszej analizy wbrew obowiązkowi badania i oceny ofert i wynikającemu z procedury odwróconej obowiązkowi zbadania na tym etapie czy któraś z ofert podlega odrzuceniu, zanim przejdzie do weryfikacji podmiotowej z zastosowaniem kryteriów oceny ofert. Stosownie do treści art. 24aa ustawy Zamawiający zastosował bowiem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tzw. procedurę odwróconą.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie przez wykonawcę CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach stawki podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do wykonania zakresów rzeczowych zawartych w pozycjach 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych w jest nieprawidłowa. Tym samym oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny i winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Z ostrożności Odwołujący wskazał za uchwałą Sądu Najwyższego w sprawie sygn. akt III CZP 53/11, że: „dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP nie ma bezpośrednio znaczenia okoliczność, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jako elementu kształtującego określoną w ofercie wysokość ceny, było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przez niego przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty.” Dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie prawidłowości zastosowanej stawki VAT, jest obowiązkiem Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1248/17, z dnia 8 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1046/19, z dnia 28 maja 2019 r., sygn. akt KIO 881/19, z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO 785/18, z dnia 27 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 740/18, z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt KIO 349/16, z dnia 10 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2794/11, z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 639/12, z dnia 10 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 588/12.

Dodatkowo, na potwierdzenie prawidłowości zastosowania przez Odwołującego dwóch stawek VAT w zakresie przedmiotu zamówienia, Odwołujący załączył do odwołania Interpretację indywidualną wydaną mu przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w dniu

9 grudnia 2019 r. (0111-KDIB3-1.4012.608.2019.2.ICZ), wskazując, iż została wydana po dniu składania ofert w tym postępowaniu (25.10.2019 r.), ale stanowi odzwierciedlenie stosowania powszechnie obowiązujących przepisów podatkowych w zakresie podatku VAT przez Odwołującego w tym, jak i w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których brał udział, a które mają za przedmiot zamówienia, obok robót budowlanych, wykonanie instalacji gazów medycznych. Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że sam wykonawca CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach stosuje dwie stawki podatku VAT (8% i 23%) w złożonej ofercie w innym przetargu, którego przedmiotem są roboty budowlane i instalacje gazów medycznych, gdzie termin składania ofert upłynął w dniu 29 listopada 2019 r., załączając do odwołania Formularz ofertowy wykonawcy CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, zamieszczony przez Zamawiającego na jego stronie internetowej i stwierdził, że oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT są nieporównywalne. Stąd ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców, a czego w tym postępowaniu Zamawiający zaniechał. Zamawiający powinien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Uzasadniając drugi z zarzutów Odwołujący podał, iż wnosi go z ostrożności procesowej, jako ewentualny, Wykonawca CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach przedstawił dwa Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez ZUS III Oddział w Warszawie Inspektorat w Pruszkowie, odpowiednio z dat: z dnia 09.10.2019 r. i z dnia 02.12.2019 r. Oba dokumenty wykonawca ten przedłożył Zamawiającego w formie elektronicznej, jednak oba jako kopie dokumentów elektronicznych. Żaden z tych dokumentów nie jest opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy dokumentu elektronicznego - pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia.

Dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy wykonawca jest zobowiązany przedkładać w oryginale. W niniejszej sprawie oba dokumenty zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego przez ich wystawcę. Zatem w sytuacji gdy ww. dokumenty wykonawca przedłożył w formie elektronicznej, jednak oba jako kopie dokumentów elektronicznych sygnowanych jedynie przez pełnomocnika wykonawcy, żaden z tych dokumentów nie może stanowić potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy CLIMAMEDIC. Zdaniem Odwołującego wykonawca ten nie przedstawił

zaświadczenia potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Zamawiający natomiast w toku badania i oceny ofert zaniechał wezwania tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy) do uzupełnienia dokumentu mającego potwierdzić brak podstaw do wykluczenia (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy). Odwołujący przywołał § 5 ust. i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz.1320).

W ocenie Odwołującego zachowanie Zamawiającego doprowadziło do sytuacji dokonania wyboru oferty wykonawcy CLIMAMEDIC z naruszeniem przepisów ustawy, natomiast zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W dniu 24 stycznia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentacji przetargu oraz załączonych: wizualizacji budowy Bloku operacyjnego i wydruku potwierdzenia weryfikacji, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według stawek wynikających z obowiązujących przepisów.

Na wstępie Zamawiający wskazał, iż prowadzi postępowanie w procedurze unijnej klasycznej, a nie w procedurze odwróconej. Nigdzie w zapisach ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie powoływał się bowiem na zapisy art. 24 aa ustawy Pzp, który odnosi się do procedury odwróconej.

Ustosunkowując się do pierwszego z zarzutów odwołania Zamawiający przedstawił zawarty w dokumentacji projektowej rzut przedmiotu zamówienia oraz - w załączeniu - wizualizację przedmiotu zamówienia obrazującą złożoność i skalę zaplanowanego zamierzenia budowlanego i stwierdził, że zasadniczą usługą składającą się na przedmiot zamówienia są roboty budowlane. Zamawiający podał m.in. iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, budowa nowego obiektu tj. bloku operacyjnego wraz z centralną sterylizatornią i pomieszczeniami technicznymi, zaś dostawa instalacji gazów medycznych jest jedynie świadczeniem o charakterze pobocznym, stanowiącym zaledwie 3,7% w stosunku do wszystkich robót budowlanych. Nie sposób oddzielić montażu instalacji gazów medycznych od prac budowlanych. Blok operacyjny to wydzielona część szpitala służąca wykonywaniu zabiegów operacyjnych, podczas których są wykorzystywane gazy medyczne w anestezjologii, przy zabiegach m.in. laparoskopowych, endoskopowych oraz leczniczo. Przygotowując opis przedmiotu zamówienia zastosował przepisy ustawy Pzp. Do

opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, posłużyła całościowa dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Załączone przez Zamawiającego do SIWZ przedmiary stanowiły materiał pomocniczy, który miał wspomóc wykonawców w wyliczeniu wynagrodzenia ryczałtowego za wykonany całościowo przedmiot zamówienia. W rozdziale III SIWZ podano, iż kody CPV obejmują odpowiednio: 45.00.00.00 -7 (Roboty budowlane), 45.21.51.00 -8 (Roboty budowlane w zakresie placówek zdrowotnych), 45.21.51.40-O (Roboty budowlane w zakresie obiektów szpitalnych), 45.21.51.41-8 (Roboty budowlane w zakresie sal operacyjnych), 45.40.0.00 -0 (Roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych), 45.30.0.00 -0 (Roboty w zakresie instalacji budowlanych), 445.31.0.00 -0 (Roboty w zakresie instalacji elektrycznych), 45.33.0.00-9 (Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne), 45.33.10.00-6 (Instalacje wentylacji i klimatyzacji), 45.23.31.40-2 (Roboty drogowe). Zamawiający przygotowując dokumentację składającą się na SIWZ, Załącznik nr 4 do SIWZ - formularz ofertowy, skonstruował w ten sposób, iż w pkt 1 wymagał podania ceny netto, brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem zgodnie z Tabelą elementów scalonych z obowiązującą stawką podatku VAT. Zamawiający nie podał w SIWZ jakie stawki podatku VAT wykonawcy mają przyjąć na potrzeby obliczenia ceny. W konsekwencji to na wykonawcach spoczywał obowiązek wskazania prawidłowej stawki, odpowiedniej do ich sytuacji prawno - podatkowej. Opracowując Tabelę elementów scalonych Zamawiający bazował wyłącznie na przedmiarach robót.

Zamawiający zauważył, iż z dokumentów składających się na SIWZ wynikało, iż wycena instalacji gazów medycznych w pkt 4 ppkt 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych, stanowi jeden z elementów wchodzących w zakres kompleksowych robót budowlanych, w tym instalacji. Nie wymagano od wykonawców wpisania stawki podatku VAT, lecz tylko kwoty podatku VAT. Dokumentacja na instalacje gazów medycznych zawarta jest w projekcie budowlanym na instalacje sanitarne, nie stanowi odrębnej dokumentacji, co wynika jednoznacznie z projektu budowlanego - opis techniczny - instalacje sanitarne. Nadto montaż rurociągów instalacji gazów medycznych należy rozpocząć po wykonaniu instalacji wentylacji oraz instalacji sanitarnych. Zgodnie z art. 31 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Szczegółowy zakres i formę dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. (Dz. U, z 2013 r. poz. 1129) - dalej r.z.i.f. Zgodnie z § 4 ust. 1 r.z.j.f. dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę,

składa się w szczególności z: projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, projektów wykonawczych, przedmiaru robót, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Problematyka zawartości projektu budowlanego regulacje znajduje w art. 34 p.b. oraz w rozporządzeniu Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. poz. 462). P.b. stanowi, iż projekt budowlany powinien zawierać: projekt zagospodarowania działki lub terenu, sporządzony na aktualnej mapie, projekt architektoniczno-budowlany, określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia, a w stosunku do obiektów budowlanych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 - również opis dostępności dla osób niepełnosprawnych; stosownie do potrzeb oświadczenia właściwych jednostek organizacyjnych o zapewnieniu dostaw energii, wody, ciepła i gazu, odbioru ścieków oraz o warunkach przyłączenia obiektu do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych oraz dróg lądowych, oświadczenie właściwego zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą publiczną zgodnie z przepisami o drogach publicznych; w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno- inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych. Projekty wykonawcze z kolei, powinny: uzupełniać i uszczegółowiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych (§ 5 ust.1 r.z.i.f). Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą ww. dokumentów potwierdza, iż celem Zamawiającego jest usługa, której przedmiotem jest budowa bloku operacyjnego. Z przepisów rozporządzenia wynika też, iż projekty wykonawcze są jedynie uzupełnieniem i uszczegółowieniem projektu budowlanego.

W ocenie Zamawiającego złożone przez wykonawcę CLIMAMEDIC obszernie wyjaśnienia dotyczące zastosowanej stawki podatku VAT nie budziły wątpliwości. Zamawiający podniósł, iż z wyjaśnień z dnia 21 listopada 2019 r. wynika, iż wykonanie instalacji gazów medycznych wykonawca CLIMAMEDIC zleci podwykonawcy, jak również to, iż od września 2017 r. wykonawca ten nie posiada statusu producenta/wytwórcy wyrobów medycznych, w tym instalacji gazów medycznych i wykonanie tego zakresu podzleca podwykonawcom. Jest generalnym Wykonawcą robót, korzystających z podwykonawców, dlatego też nie jest uprawniony do stosowania preferencyjnej stawki VAT 8 % dla usług obejmujących wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowanych w ramach wykonania

budowy lub modernizacji (remontu) budynków szpitali zakładów opieki zdrowotnej, lecz stawki VAT 23 %.

Odnosząc się do orzecznictwa przywołanego przez Odwołującego w odwołaniu, Zamawiający za wyrokiem Izby z dnia 30 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2407/17 zaznaczył, iż w przypadku usług złożonych i świadczeń kompleksowych możliwość ich rozdzielenia lub połączenia zależy od danego stanu faktycznego, który może być różny w różnych sytuacjach lub różnić się ze względu na różne sposoby realizacji świadczenia przez wykonawców. Przywołał także wyrok z dnia 18.08.2015 sygn. akt KIO 1643/15 oraz - z ostrożności - wyrok Izby z dnia 30 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2407/17 i podniósł, iż trudno CLIMAMEDIC Spółka z o. o. Sp. Kom. w Regułach czynić zarzut z zastosowania podstawowej stawki podatku VAT w wysokości 23% w sytuacji, gdy oferta wykonawcy, pomimo zastosowania stawki podstawowej jest ofertą najkorzystniejszą.

Odnosząc się do załączonej przez Odwołującego interpretacji podatkowej Dyrektora US z dnia 9 grudnia 2019 r. nr 0111-KD1B3-1.4012.608.2019.2.ICZ UNP 861291, Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący wnosząc o wydanie interpretacji zaakcentował jako świadczenie główne prace związane z instalacją gazów medycznych oraz dostawę i montaż innych wyrobów medycznych, a roboty budowlane zostały potraktowane jako dodatkowe czynności podejmowane w ramach przedmiotu zamówienia, co w sposób oczywisty nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym. W przedmiotowym postępowaniu usługą główną jest wykonanie prac budowlanych związanych z wzniesieniem bloku operacyjnego, a wykonanie instalacji gazów medycznych jako usługa pomocnicza służyła osiągnięciu celu głównego, jakim jest wybudowanie w pełni wyposażonego w niezbędne instalacje bloku operacyjnego. Pojedyncza usługa traktowana jest jako element usługi kompleksowej, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. W wywołanym przez Zamawiającego przetargu celem było uzyskanie jako rezultatu bloku operacyjnego wyposażonego we wszelkie instalacje, w tym instalacje gazów medycznych, co oznacza, że samo jego wybudowanie bez instalacji gazów medycznych jak i wykonanie instalacji gazów medycznych bez wybudowania bloku operacyjnego nie mogą istnieć. W aspekcie gospodarczym świadczenia te tworzą obiektywną całość, ponieważ tylko w takiej konfiguracji prowadzą do osiągnięcia celu, jakim jest wybudowanie bloku operacyjnego. Nie można powiedzieć, że instalacja gazu medycznego jest wykonywana jedynie przy okazji budowy bloku operacyjnego, gdyż jest elementem służącym do pełnego zrealizowania celu. Dlatego też nie ma charakteru bytu samoistnego. Poza tym z Interpretacji wynika, że wykonawca ma dostarczyć i dokonać

montażu także innych wyrobów medycznych. Wobec tego, że rzeczywisty stan faktyczny nie pokrywa się z opisem zdarzenie przyszłego podanym przez Odwołującego, wydana interpretacja indywidualna nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Ustosunkowując się do drugiego z zarzutów odwołania, Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż wykonawca CLIMAMEDIC prawidłowo złożył zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a stanowisko Odwołującego oparte jest na poglądach prawnych, które na skutek zmian legislacyjnych, uległy dezaktualizacji. Od dnia wejścia w życie zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych tj. od dnia 13 czerwca 2017 r. wykonawcy mogą bowiem przedkładać w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wydruk z systemu ZUS. W konsekwencji prawidłowo sporządzone wydruki zaświadczeń ZUS traktowane są na równi z oryginałem takiego dokumentu, także w przestrzeni zamówień publicznych, co wynika z uzasadnienia projektu ww. nowelizacji: *„W celu usunięcia wątpliwości dotyczących możliwości posługiwania się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub w innych postępowaniach, w których uczestniczą płatnicy składek (przedsiębiorcy), dokumentem elektronicznym o niezaleganiu w opłacaniu składek, wygenerowanym z PUE ZUS lub wydrukiem tego dokumentu, za zasadne uznano dokonanie zmiany w ww. ustawie”*. Zważywszy na powyższe w obowiązującym stanie prawnym nie budzi wątpliwości, że wykonawcy wezwanemu do złożenia zaświadczenia ZUS przysługuje uprawnienie do posłużenia się wydrukiem zaświadczenia ZUS, które o ile spełnia ustawowe wymagania, jest traktowane tak samo jak tradycyjna forma takiego zaświadczenia. Zamawiający podał, że dokonał weryfikacji ze skutkiem pozytywnym.

W odniesieniu do trzeciego z zarzutów Zamawiający podniósł, iż wobec przedstawionej przez niego argumentacji, która wskazuje, że oferta CLIMAMEDIC Spółka z o. o. Sp. k. w Regulach jest ofertą ważną, zarzut naruszenia przepisu art, 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska. Przystępujący poparli stanowiska stron do których przystąpili.

Izba dopuściła dowody w postaci dokumentacji postępowania, przedłożonej przez Zamawiającego na nośniku CD, a także ww. dowody załączone do pism Stron postępowania, a także i złożone przez Odwołującego, tj. 4 indywidualne interpretacje podatkowe: z dnia 6 sierpnia 2015 r. IBPP2/4512-441/15/WN, z dnia 15 września 2016 r. IPPP3/4512-517/16-1/RD, z dnia 1 marca 2018 r. 0114-KDIP1-1.4012.694.2017.2.JO, 19 września 2018 r. 0112-KDIL1-3.4012.460.2018.2.AP (dowody oznaczone nr 1-4), Projekt

wykonawczy Instalacje gazów medycznych (nr 5), Tabela elementów scalonych-załącznik do Formularza ofertowego (nr 6), wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 6 i 23 września 2019 r. oraz 1 i 10 października 2019 r. (nr 7-10), Projekt Umowy (nr 11), Odwołanie CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 24 stycznia 2020 r. w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi nr ZP/113/2019 (nr 12), Aparatura medyczna wbudowana na stałe w elementy budowlane wykaz Blok porodowy – etap I (nr 13), oraz dowód złożony przez Wykonawcę CLIMAMEDIC w postaci zrzutu ekranu strony ZUS, obejmującego Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 9 października 2019 r. dla CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania i przeprowadzeniu analizy dowodów złożonych w sprawie, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, iż złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę. Gdyby bowiem Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby czynności zaniechanych i nie dokonałby ww. czynności naruszających ustawę. W przypadku gdyby odwołanie zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą to oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Stosownie do art. 24aa ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający zastosował bowiem procedurę odwróconą. Działanie Zamawiającego spowodowało brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

W ocenie Izby zauważenia wymaga, iż jakkolwiek zgodzić się należy ze stwierdzeniem Zamawiającego, że nie wprowadził w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu zapisów wskazujących wprost na zastosowanie art. 24aa ustawy Pzp, to jednak wprowadził zapisy pośrednio wskazujące na zastosowanie tej procedury. Nadto na rozprawie przyznał, że jedynie od wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza, żądał dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Pozostali wykonawcy nie zostali zatem zweryfikowani pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlegania wykluczeniu. W związku z powyższym, w ocenie Izby zostały wykazane przesłanki o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania. Pomimo, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na dalszej pozycji w rankingu ofert, jest on uprawniony do złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej bez kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach, ponieważ oferty

te nie zostały jeszcze zweryfikowane przez Zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Pismami z dnia 17 stycznia 2020 r., złożonymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postaci elektronicznej z podpisem kwalifikowanym, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wnieśli wykonawcy: po stronie - Zamawiającego CLIMAMEDIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach oraz po stronie Odwołującego - WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu. Wykonawcy Ci wypełnili wymogi, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Następnie Izba ustaliła:

Jak wynika z dokumentacji przetargowej i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, przedstawionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, którego Odwołujący nie kwestionował, polega on na budowie wolnostojącego, dwukondygnacyjnego budynku o powierzchni użytkowej 4.479,59 m² i kubaturze 21.903,70 m³ dla potrzeb bloku operacyjnego wraz z zagospodarowaniem terenu i wykonaniem sieci zewnętrznych. Przewidywane jest wykonanie dwóch łączników, które pozwolą stworzyć funkcjonalną całość nowego obiektu z istniejącym budynkiem szpitala. W kompleksie planowanego do budowy obiektu przewiduje się na poziomie drugiej kondygnacji rozmieszczenie pomieszczeń dedykowanych dla bloku operacyjnego, w tym 8 sal operacyjnych (dwie sale operacyjne o powierzchni ok. 45,00-50,00 m² każda, dla ortopedii i neurochirurgii oraz sześć pozostałych sal operacyjnych o powierzchni ok. 37,00-39,00 m²), sala pooperacyjna, pomieszczenie socjalne, śluzy szalniowe damska i męska, pomieszczenia przygotowawcze dla personelu, pomieszczenie gospodarcze, pomieszczenia przygotowania pacjenta usytuowane przy salach operacyjnych, pomieszczenia magazynowe, śluza dla pacjenta, pomieszczenia higieniczno-sanitarne, korytarz czysty i brudny. W przyziemiu przewiduje się pomieszczenia techniczne niezbędne do funkcjonowania bloku operacyjnego, w tym: pomieszczenie agregatu prądotwórczego, pomieszczenia wentylatorowi, pomieszczenia rozdzielni elektrycznych, pomieszczenie dla centrali próżni, maszynownia sprężonego powietrza, maszynownia sprężonego powietrza technicznego, pomieszczenie dla gazów medycznych (CO₂, N₂O), pomieszczenie stacji uzdatniania wody. Oprócz pomieszczeń technicznych w pozostałej części przyziemia znajdować się będą również pomieszczenia do mycia i dezynfekcji łóżek, szatnie dla pracowników bloku operacyjnego, pro-morte oraz pomieszczenia dla potrzeb Centralnej Sterylizatorni. Zakup wyposażenia dla sal operacyjnych oraz pozostałych pomieszczeń wchodzących w skład wykonywanego

kompleksowo bloku operacyjnego nastąpi w ramach odrębnego postępowania przetargowego. Dotyczy to m.in. zakupu kolumn chirurgicznych, kolumn anesteziologicznych, mostów sufitowych (sala pooperacyjna), lamp bezcieniowych, lamp bakteriobójczych przepływowych, stołów operacyjnych, myjni chirurgicznych, zabudowy meblowej w pomieszczeniach przygotowania pacjenta, szafy formalinowej wentylowanej, regałów magazynowych ze stali nierdzewnej, negatoskopu analogowego, a na potrzeby Centralnej Sterylizatorni: urządzenia do ręcznego mycia i dezynfekcji pianą, sterylizatora/aeratora na tlenek etylenu, myjnia dezynfektor przelotowa, automatyczna myjnia dezynfektor do wózków, kontenerów, wózek wsadowy do mycia kontenerów.

W rozdziale XVII SIWZ został określony sposób obliczenia ceny, przy czym, Zamawiający nie określił stawki podatku VAT dla poszczególnych elementów robót. Wskazał jedynie w ust. 4: *UWAGA: Określenie stawki podatku VAT jest obowiązkiem Wykonawcy. Zgodnie z ust.1 Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005r. (Dz. Urz. GUS Nr 1 z 2005r., poz.11) w sprawie trybu wydawania opinii interpretacyjnych - „Zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwałe i obiekty budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniami Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty Europejskiej”.*

W Tabeli elementów scalonych, stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp.k zastosował stawkę podstawową podatku VAT (23%) dla elementów stanowiących przedmiot zamówienia tj. dla robót budowlanych i instalacji, w tym instalacji gazów medycznych (pozycji 4.5 i 4.9). W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, wykonawca ten podał m.in., iż nie był uprawniony do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT, tj. 8% dla pozycji 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych (Instalacje gazów medycznych). Wykonanie zakresu określonego tych pozycjach, realizowane w ramach wykonania budowy budynku szpitala, nie mieści się bowiem w zakresie czynności wymienionych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT. Dodatkowo o braku uprawnienia do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT, tj. 8% dla instalacji gazów medycznych, świadczy również fakt, iż obecnie nie posiada statusu producenta/wytwórcy wyrobów medycznych, w tym instalacji gazów medycznych i wykonanie instalacji gazów medycznych powierza do wykonania profesjonalnym podwykonawcom, wyspecjalizowanym w zakresie instalacji gazów medycznych oraz posiadającym stosowane certyfikaty i uprawnienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu. Zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy *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*. W myśl art. 7 ust. 3 ustawy Pzp *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146aa pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2018 poz. 2174 wraz z późn. zm. - dalej „ustawa o VAT”) stawka podstawowa podatku VAT wynosi 23%. W załączniku nr 3 do ustawy o VAT poz. 105, jako objęte preferencyjną stawką podatku VAT, wynoszącą 8%, zostały wymienione, 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.

Na wstępie zauważenia wymaga, iż należy uznać, że instalacje gazów medycznych po spełnieniu wymogów dla nich przypisanych, są wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2019 poz. 175 ze zm.). Wynika to także z załącznika nr 1A do SIWZ Projektu wykonawczy CZ_3 - 07_Instalacje Sanitarne - gazy medyczne - opis) gdzie Zamawiający wskazał, że *instalacja gazów medycznych podlega klasyfikacji i zgodnie z Dyrektywą Unii Europejskiej 93/42/EWG, sklasyfikowana jest do klasy II b, wiąże się to ze szczególnymi warunkami wykonania i odbioru zgodnie z normą PN-EN ISO 7396-1, 7396-2. Zainstalowane urządzenia spełniają Ustawę o Wyrobach Medycznych oraz Rozporządzenie Ministra Zdrowa z dn. 30.04.2004, zakwalifikowane są do wyrobów medycznych klasy IIb. Montaż instalacji winno wykonać specjalistyczne przedsiębiorstwo, posiadające referencje spełnienia wiarygodności technicznej w świetle obowiązującego prawa budowlanego, a pracownicy powinni posiadać odpowiednie uprawnienia do lutowania i spawania rurociągów miedzianych. Ponadto firmy Wykonawcze powinny posiadać certyfikat ISO 9001 oraz ISO 13 485 potwierdzające jakość wykonania zgodną z obowiązującymi przepisami*.

Z tych względów rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający zasadnie przyjął, że chodzi o świadczenie kompleksowe i w związku z tym, czy zasadnie uznał, że wykonawca CLIMAMEDIC prawidłowo zastosował stawkę podstawową podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia.

Jak słusznie zostało zauważane w złożonych przez Odwołującego interpretacjach podatkowych przepisy ustawy o podatku od towarów i usług oraz regulacje Dyrektywy 2006/U2/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 s. I z późn. zm.), nie regulują kwestii czynności złożonych (kompleksowych). Jak zostało słusznie zauważone w złożonej przez Odwołującego (dowód nr 2) Interpretacji indywidualnej z dnia 15 września 2016 r. (IPPP3/4512-517/16-1/RD), wytyczne w tym zakresie wynikają z polskiego i europejskiego orzecznictwa podatkowego, w którym wielokrotnie zaznaczano, że nie należy sztucznie dzielić czynności złożonych. Świadczenie obejmujące z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia jedną czynność nie powinno być sztucznie dzielone. W przypadku gdy wykonywana czynność stanowi dla klienta całość, nie należy jej rozbijać na poszczególne elementy składowe, lecz traktować jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje całemu świadczeniu charakter dominujący. Jeśli wykonywanych jest więcej czynności, a są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to dla potrzeb podatku VAT należy je potraktować jako jedną czynność opodatkowaną. Skutkiem tego świadczenie pomocnicze, co do zasady, dzieli los prawny świadczenia głównego, w tym w zakresie stawki podatku VAT. W wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd., Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że każde świadczenie usług powinno być, co do zasady, traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne. Jeżeli jednak dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej.

W ocenie Izby okoliczności sprawy wskazują, że Zamawiający zasadnie przyjął, iż w sprawie występuje na tyle silne powiązanie poszczególnych świadczeń tak ze względów gospodarczych, funkcjonalnych jak i technicznych, że uprawnione jest przyjęcie, że występuje świadczenie kompleksowe. Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie obiektu budowlanego. W ramach robót budowlanych mają być wykonane m.in. roboty branży instalacyjnej, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych, która nie stanowi dla Zamawiającego celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W związku z tym w okolicznościach analizowanej sprawy argumentacja Odwołującego podnoszona na rozprawie, iż w przypadku instalacji gazów medycznych występują dwa elementy tj. element techniczny polegający na dostawie samej instalacji oraz element w postaci robót budowlanych niezbędnych do ich montażu, które organy podatkowe przyjmują za element pomocniczy dla dostawy gazów medycznych jest nietrafiona. Dotyczy ona bowiem innego przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zgodzić się z Zamawiającym,

że to, iż w wyniku wykonania robót w zakresie instalacji gazów medycznych powstanie wyrób medyczny, który jest objęty szczególnymi wymogami dotyczącymi certyfikacji i dopuszczenia do użytkowania, co, jak zostało przedstawione na rozprawie, następuje dopiero po ich wykonaniu i dostarczeniu niezbędnego wyposażenia, które w analizowanej sprawie nie jest objęte przedmiotem zamówienia, nie zmienia charakteru samych robót, które są objęte przedmiotem zamówienia.

Ocena czy w danych okolicznościach faktycznych występuje świadczenie kompleksowe winna być dokonywana również przy uwzględnieniu specyfiki potrzeb Zamawiającego, który stwierdził (co należy uznać za w pełni uzasadnione, skoro chodzi o nowobudowany obiekt), że instalacja gazów medycznych nie została przez niego przewidziana, gdyby nie świadczenie główne, jakim jest wybudowanie bloku operacyjnego. W konsekwencji należy uznać, iż przedmiot analizowanego zamówienia jest świadczeniem złożonym, pomiędzy jego poszczególnymi elementami istnieje bowiem m.in. funkcjonalny i technologiczny związek. Nadto z punktu widzenia Zamawiającego dopiero wykonanie wszystkich elementów pozwoli na osiągnięcie stawianego celu, dopiero wtedy objęte zamówieniem świadczenia będą bowiem stanowiły całość, pozwalającą na pełne wykorzystanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem.

W ocenie Izby stanowisko organów podatkowych zajęte w złożonych przez Odwołującego indywidualnych interpretacjach podatkowych nie stanowi dowodu na okoliczność, która ze stawek podatku od towarów i usług jest właściwa w rozpoznawanej sprawie. Okoliczności faktyczne podawane przez wnioskujących o wydanie tych interpretacji, z którymi związane jest stanowisko organów podatkowych, różnią się bowiem od okoliczności badanej sprawy. Tymczasem stosownie do przepisów ustawy – Ordynacja podatkowa, interpretacja indywidualna zawiera ocenę stanowiska wnioskodawcy wraz z uzasadnieniem prawnym tej oceny, co oznacza, że jej przedmiotem może być jedynie ocena stanowiska wnioskodawcy dotyczącego przedstawionego we wniosku stanu faktycznego/zdarzenia przyszłego. To wszystkie okoliczności konkretnego stanu faktycznego winny służyć za podstawę do oceny w zakresie czy wskazują one na świadczenie kompleksowe czy odrębne. Nadto zgodnie z Ordynacją podatkową organy podatkowe przestrzegają z urzędu swojej właściwości, co m.in. oznacza, że nie mają umocowania prawnego do dokonywania interpretacji przepisów prawa innych niż przepisy prawa podatkowego, oraz, że Dyrektor Izby Skarbowej nie jest organem kompetentnym do dokonywania oceny w zakresie stwierdzenia, czy w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych sprzedawany towar stanowiący przedmiot zapytania jest wyrobem medycznym, nie jest też organem uprawnionym do badania, czy zostały spełnione wymogi

związane z wprowadzeniem wyrobu do obrotu, określone w ustawie o wyrobach medycznych, Zauważenia również wymaga, iż stanowiska wnioskodawców oraz przedstawiane przez nich uzasadnienie prawne, wskazują na istnienie szeregu wątpliwości interpretacyjnych ro rozbieżnych stanowisk orzecznictwa, co do wysokości opodatkowania podatkiem VAT, a jak zostało wskazane w ww. Interpretacji indywidualnej z dnia 15 września 2016 r. w takim przypadku zastosowanie powinna mieć stawka podstawowa z uwagi na to, że obniżone stawki podatku mają charakter wyjątkowy i nie podlegają ani wykładni rozszerzającej ani zawężającej, nie jest możliwe wychodzenie poza wykładnię literalną.

Również pozostałe dowody złożone przez Odwołującego nie wskazują na to, iż w okolicznościach analizowanej sprawy nie jest uprawnione przyjęcie, że występuje usługa kompleksowa, w tym dowód nr 5 tj. projekt wykonawczy instalacji gazów medycznych. Jest to bowiem projekt, który jest tworzony w odniesieniu do konkretnego projektu budowlanego, a nie od niego odrębny. W projekcie wykonawczym rozwiązania przewidziane projekcie budowlanym są doprecyzowane, poprzez opisanie parametrów technicznych ich budowy. Zatem okoliczność, iż w postępowaniu występuje również ww. projekt wykonawcy, nie przesądza o braku kompleksowości świadczenia. Na marginesie zauważenia wymaga, iż jak zwrócił na rozprawie uwagę Przystępujący CLIMAMEDIC, zakres tego opracowania obejmuje również instalację sprężonego powietrza technicznego i maszynowni sprężonego powietrza technicznego, które nie są wyrobem medycznym i to, że pozostają w opracowaniu dotyczącym instalacji gazów medycznych, nie powoduje, że staną się wyrobem medycznym. Stosuje się do nich podstawową stawkę podatku VAT. Powinny być wymienione w pkt 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych z uwagi na brak innej odpowiedniej pozycji. Wskazuje to dodatkowo, że projekt wykonawczy instalacji gazów medycznych, nie jest dokumentem przesądzającym o konieczności uwzględnienia w poz. 4.5 i 4.9 Tabeli elementów scalonych preferencyjnej stawki podatku VAT. Jak zostało wyżej przedstawione dokumentacja na instalacje gazów medycznych zawarta jest w projekcie budowlanym na instalacje sanitarne.

Złożone przez Odwołującego jako dowody wyjaśnienia SIWZ, które dotyczą wyłączenia z przedmiotu zamówienia określonych dostaw np. butli tlenu, podtlenku azotu oraz dwutlenku węgla, potwierdzają, iż przedmiot zamówienia obejmuje jedynie roboty budowlane, w tym w zakresie przedmiotowych instalacji, a nie dostawy (dowód nr 7). Także okoliczność wynikająca z dowodu nr 8, iż zostały zaniechane roboty dotyczące „przebudowy budynku łącznika rozbudowy budynku głównego oraz szybu windowego” i związanej z tym sieci zewnętrznej kanalizacji deszczowej i sanitarnej zaprojektowanej do tych budynków, nie wskazują na to, iż świadczenie, które jest objęte przedmiotem zamówienia (budowa bloku operacyjnego) nie ma charakteru kompleksowego. Podobnie należy ocenić to, co wynika z

dowodu nr 9 tj. iż rurociąg pary i kondensatu przedstawiony w odrębnym opracowaniu nie jest objęty przedmiotem postępowania, a wykonawca ma jedynie zapewnić wpięcie się do tej instalacji, oraz z dowodu nr 10, tj. że dostawa i montaż generatora pary jest poza zakresem przedmiotu zamówienia. Tak jak zostało wyżej zaznaczone wykonanie robót budowlanych obejmujące wykonanie m.in. instalacji gazów medycznych jest objęte przedmiotem zanalizowanego zamówienia. Natomiast to, iż ww. elementy zostały z niego wyłączone, nie przekłada się automatycznie uznanie odrębności instalacji gazów medycznych.

Z dowodu nr 11 tj. projektu umowy wynika, iż w postępowaniu zastosowanie ma wynagrodzenie ryczałtowe za całość przedmiotu zamówienia, a jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, Tabela elementów scalonych, stanowiąca załącznik do Formularza ofertowego miała jedynie służyć do sprawdzenia czy Wykonawca wycenił wymienione w niej pozycje i do ewentualnego badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, zaś kosztorys ofertowy miał być złożony jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana. Nadto w § 14 projektu umowy zostały przewidziane płatności częściowe wynagrodzenia umownego do wysokości 80% wartości wynagrodzenia ryczałtowego, a pozostałe 20% - po dokonaniu odbioru końcowego. Instalacje gazów medycznych będą wykonywane w trakcie realizacji obiektu, co potwierdza m.in. dowód nr 13, a ich certyfikacja, niezbędna dla uznania ich za wyrób medyczny, do którego mogłaby być zastosowana preferencyjna stawka podatku VAT, nastąpi dopiero po wykonaniu robót i dostawie niezbędnego wyposażenia, co powoduje, że na etapie realizacji prac nie występuje jeszcze wyrób medyczny, a dopiero m.in. po uzyskaniu certyfikatu. Wyposażenie, które jak stwierdził na rozprawie Przystępujący CLIMAMEDIC, który do 2017 roku posiadał w tym zakresie uprawnienia, a zatem należy uznać jego twierdzenia za wiarygodne, jest niezbędne do przeprowadzenia procedury certyfikacyjnej, nie jest objęte przedmiotem analizowanego zamówienia, lecz będzie zakupione w wyniku innego postępowania. Na etapie składania ofert oraz w trakcie realizacji zamówienia, w tym zakresie chodzi zatem o zdarzenie przyszłe i niepewne. Ponadto, jak podał Zamawiający na rozprawie również dostawa gazu nie jest objęta przedmiotem zamówienia, bowiem jest on w posiadaniu butli. Trudno więc uznać na etapie składania ofert za błąd w obliczeniu ceny oferty, zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT, która uprawnia do wystawienia faktury zgodnej z obowiązującymi przepisami podatkowymi, na każdym etapie realizacji zamówienia.

Także dowód nr 12 w postaci odwołania wykonawcy CLIMAMEDIC złożonego w innym postępowaniu, prowadzonym przez innego zamawiającego i w innych okolicznościach sprawy (zamawiający w tamtym postępowaniu wymagał uwzględnienia w cenie ryczałtowej

sprzętu medycznego), nie wskazuje, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż ma do czynienia ze świadczeniem kompleksowym.

Z tych względów, w ocenie Izby, należy uznać, iż w okolicznościach analizowanej sprawy nie wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy CLIMAMEDIC, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia*. Stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w *postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia zamawiający wskazuje m.in. w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ*. W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający przed wykluczeniem z postępowania jest obowiązany do wezwania wykonawcy m.in. do uzupełnienia wymaganych dokumentów.

Stosownie do Rozdziału VIII pkt 8.4 ppkt 4 SIWZ celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawca winien przedstawić zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Odwołujący nie podnosi, iż wykonawca CLIMAMEDIC zalega z opłatą składek na ZUS. Jego zarzut sprowadza się do kwestionowania formy, w jakiej nastąpiło złożenie przez tego wykonawcę zaświadczenia ZUS. Jak zostało wykazane na rozprawie Przystępujący CLIMAMEDIC pozyskał zaświadczenie z ZUS w formie wydruku, poświadczył go za zgodność i złożył na wezwanie Zamawiającego.

Stosownie art. 50 ust. 4a, 4b i 4c ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. z dnia 17 stycznia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 300), *zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał*. (ust. 4a) *Zakład umożliwia weryfikację zaświadczenia lub decyzji, o których mowa w ust. 4a, przez udostępnioną przez Zakład stronę internetową, po podaniu: danych identyfikujących zaświadczenie albo decyzję; typu identyfikatora płatnika składek i jego numeru; daty wydania zaświadczenia lub decyzji*.(ust. 4b). *Wydruki, o których mowa w ust. 4a, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie* (ust. 4c).

Wykonawca CLIMAMEDIC Spółka z o. o. Sp. k. w Regułach przekazał w formie elektronicznej dwa dokumenty wygenerowane z portalu www.zus.pl z datą 9 października

2019 r. i 2 grudnia 2019 r., oba poświadczono za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika. Zamawiający dokonał weryfikacji, o której mowa w ww. przepisie art. 50 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych ze skutkiem pozytywnym. Zatem należy uznać, że Zamawiający zasadnie uznał je za potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania. W sytuacji, gdy zaświadczenia potwierdzają brak zaległości w opłacaniu składek ZUS, to słusznie Zamawiający uznał, iż wykonawca wykazał, iż nie naruszył obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

W ocenie Izby, od daty wejścia w życie w 2017 r. zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, dopuszczenie na gruncie ustawy Pzp zaświadczenia z ZUS w formie wydruku dokumentu elektronicznego, należy traktować analogicznie jak np. dopuszczenie wydruków komputerowych odpisów z KRS, dla których również w akcie rangi ustawowej, tj. w art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz. U z 2019 r., poz. 1500 ze zm.) wskazano, że *pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3, który stanowi, iż Centralna Informacja wydaje odpisy, wyciągi i zaświadczenia oraz udziela informacji, które mają moc dokumentów urzędowych, jeżeli zostały wydane w postaci papierowej lub elektronicznej.*

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który wywodzi, iż wadliwość zaświadczenia ZUS złożonego przez wykonawcę CLIMAMEDIC wynika z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz.1320). Jak bowiem stwierdził na rozprawie, w sytuacji, gdy istnieje dokument wydania zaświadczenia w oryginale w formie elektronicznej, to w takiej formie powinien być złożony Zamawiającemu. Ww. przepis stanowi: *Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.* Dokument wygenerowany z właściwego systemu funkcjonuje w obrocie jako oryginał, jeśli odpowiednia ustawa tak przewiduje. Skoro zatem wydruk zaświadczenia z ZUS (podobnie jak np. wydruk komputerowy odpisu z KRS) w myśl ustawy jest traktowany jak oryginał, to przepis § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia nie stoi na przeszkodzie jego złożeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, skoro nie potwierdziły się ww. zarzuty odwołania, nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy, który stanowi, iż *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy CLIMAMEDIC.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem kwoty uiszczonego przez Odwołującego wpisu oraz uzasadnionych kosztów dojazdu strony na posiedzenia i rozprawę na podstawie rachunków złożonych przed zamknięciem rozpraw. Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocników Zamawiającego z uwagi na brak złożenia rachunku, o którym mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: