



**SIKORSKI MIKULSKA PAWLAK
KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH
SPÓŁKA PARTNERSKA**

Olsztyn, dnia 14 czerwca 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa**

Odwołujący:

Konsorcjum firm:

Wojciech Grochowski

**prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
Zakład Usług Inwestycyjnych Inwest-Serwis**

Wojciech Grochowski (lider Konsorcjum)

ul. Polna 19, 10-086 Olsztyn

NIP: 739 010 61 63,

tel. 698-681-694

adres e-mail: biuro@inwest-serwis.com.pl

**Inwest-Serwis Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie
(partner Konsorcjum)**

ul. Polna 19, 10-086 Olsztyn

KRS: 0000442738, NIP: 739 385 74 15

tel. (89) 527 78 19

adres e-mail: biuro@inwest-serwis.com.pl

reprezentowani przez:

radcę prawnego Bartosza Pawlaka

adres do doręczeń w stopce pisma

adres e-mail: bartosz.pawlak@szip.eu

Zamawiający:

Szpital Ogólny w Kolnie

ul. Wojska Polskiego 69, 18-500 Kolno

tel. (86) 273 93 30

adres e-mail: zp@szpitalkolno.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na przebudowę Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z jej rozbudową obejmującą również zabudowę wjazdu dla karet w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z jej rozbudową obejmującą również zabudowę wjazdu dla karet oraz przebudowę centralnej szatni dla personelu medycznego w związku z COVID-19”, znak sprawy: Sz.O./ZP/05/2021, dalej również jako: Postępowanie.

Nr ogłoszenia: 2021/BZP 00042860/01

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, które przedkładam w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2

ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – dalej p.z.p., niniejszym wnoszę odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, pomimo zaistnienia obligatoryjnej przesłanki do odrzucenia ww. oferty w Postępowaniu;
2. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. dokonania przez Zamawiającego czynności w postaci wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

Wskazanych powyżej czynnościom Zamawiającego, zarzucam naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie w Postępowaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, pomimo że złożona oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. art. 41 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ww. ustawy w zw. z poz. 13 załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług – poprzez nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że prace związane z instalacją gazu medycznego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia polegającego na robotach budowlanych powinny być objęte oddzielną 8% stawką podatku VAT, przez co oferta złożona przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, nie została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy p.z.p., co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. art. 41 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ww. ustawy w zw. z poz. 52 załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług – poprzez nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że prace związane z sianiem w ramach realizacji przedmiotu zamówienia polegającego na robotach budowlanych powinny być objęte oddzielną 8% stawką podatku VAT, przez co oferta złożona przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, nie została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy p.z.p., co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej;

Mając na uwadze powyższe wnoszę o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego – zgodnie z FV przedłożoną na rozprawie przed KIO.

UZASADNIENIE

Przechodząc do uzasadnienia niniejszego odwołania, w pierwszej kolejności oświadczam, że:

- 1) pismem z dnia 09 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował wszystkich uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego termin na złożenie przedmiotowego odwołania został zachowany, stosownie bowiem do art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy p.z.p., w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne – odwołanie składa się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia;

2) kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust 2 ustawy p.z.p. za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (potwierdzenie w załączeniu);

3) Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, z uwagi na to, że w przypadku odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przepisów ustawy p.z.p. przez Zamawiającego opisanych w niniejszym odwołaniu, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkuje szkodą w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując przedmiotowe Zamówienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym bez negocjacji, na przebudowę Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z jej rozbudową obejmującą również zabudowę wjazdu dla karet dla karetek w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn. *„Przebudowa Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z jej rozbudową obejmującą również zabudowę wjazdu dla karetek oraz przebudowę centralnej szatni dla personelu medycznego w związku z COVID-19”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w systemie miniPortal w dniu 28 kwietnia 2021 r. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 20 maja 2021 r. godz. 11.00, natomiast termin otwarcia ofert na dzień 20 maja 2021 r., godz. 11.30. Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 3 655 062,64 zł brutto.

W dniu 20 maja 2021 r. została zamieszczona informacja z otwarcia ofert. Kolejno pismem z dnia 24 maja 2021 r. nr SZ.O./ZP/41/2273/21 Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum (dalej również jako Uczestnik Postępowania), na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy p.z.p. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w przedmiocie zastosowania 8% stawki podatku VAT. W odpowiedzi, Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, w piśmie z dnia 26 maja 2021 r. poinformowało, iż na roboty budowlane zastosowali oni podstawową stawkę podatku VAT w wysokości 23 %, natomiast w stosunku do instalacji gazów medycznych, zastosowali oni 8 % stawkę

podatku VAT z uwagi na regulacje zawarte w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Prawdopodobnie swojego stanowiska w tym zakresie poparł dodatkowo pismem z dnia 12 września 2017 r., wydanym przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, 0112-KDIL1-3.4012.272.2017.2.KB.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, a następnie w dniu 09 czerwca 2021 r. poinformował wszystkich uczestników o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum.

Z takim działaniem Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu – jako sprzecznymi z ustawą p.z.p. nie sposób jest się zgodzić.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, że do przedmiotowego zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane jedynym prawidłowym rozwiązaniem jest zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23 %, tak jak to uczynił w swojej ofercie Odwołujący. Zamawiający w pkt 10 ppkt 2 SWZ (Sposób obliczenia ceny) wskazał, iż „Cena ofertowa zgodnie treścią art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tj.: Dz. U. z 2019 r. poz. 178 ze zm.) stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; **w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług** oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.” Kolejno, stosownie do pkt 10 ppkt 5 lit d SWZ „Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2018 r. poz. 2174, z późn. zm.), dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. Wykonawca, składając ofertę informuje (art. 225 ust. 2 ustawy PZP) Zamawiającego: **wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.**” Z uwagi na powyższe, Zamawiający w niniejszym Postępowaniu nie określił jednoznacznie wymaganej stawki podatku VAT, a zatem wadliwy dobór przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo -

Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, jednego z elementów mających wpływ na właściwe obliczenie zaoferowanej ceny, w tym przyjęcie i zastosowanie przez uczestnika wadliwej stawki podatku VAT traktować należy jako błąd w obliczeniu ceny, który zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy p.z.p. stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

Powyższe, potwierdza m.in. Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2021 r., wydany w sprawie: KIO 3229/20, zgodnie z którym „Jeżeli Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT dla świadczenia objętego zamówieniem ani dla poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia, to prawidłową stawkę podatku VAT jest zobowiązany ustalić i zastosować w obliczeniu ceny oferty samodzielnie wykonawca. w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). W uchwale Sądu Najwyższego wskazano, że "przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaakceptować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert." W dalszej części Sąd Najwyższy w ww. uchwale podniósł, że "Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio

wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, postąpienie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia”.

W tym stanie rzeczy, należy zaznaczyć, że Zamawiający w przedmiotowej sprawie nieprawidłowo przyjął wyjaśnienie Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum, zawarte w piśmie z dnia 26 maja 2021 r. Podkreślenia wymaga fakt, że pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 12 września 2019 r., na które powołuje się Uczestnik Postępowania odnosi się do zgoła odmiennego stanu faktycznego niż ten mający miejsce w niniejszym postępowaniu. W przywołanym piśmie 8 % stawka podatku VAT zastosowana do instalacji gazu medycznego odnosi się bowiem do zamówienia, którego przedmiotem była **dostawa instalacji gazów medycznych**, natomiast przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego są **roboty budowlane** - zatem przedstawione przez Uczestnika Postępowania pismo oraz wyjaśnienia nie mogły zostać uwzględnione przez Zamawiającego na kanwie prowadzonego Postępowania.

Odwołujący wskazuje, że co prawda instalacja gazów medycznych, podlega zgodnie z art. 41 ust. 1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 roku w zw. z art. 146a pkt 2 ww. ustawy, poz. 105 załącznika nr 3 opodatkowaniu stawką 8%. Jednakże jest tak tylko i wyłącznie w przypadku gdy **przedmiotem zamówienia są dostawy wyrobów medycznych**, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Zgoła odmiennie ma się powyższe w sytuacji gdy instalacja gazów medycznych nie jest głównym przedmiotem zamówienia. W celu potwierdzenia powyższego, należy rozróżnić trzy sytuacje, odpowiednio do których dany uczestnik winien zastosować prawidłową stawkę podatku VAT, aby uniknąć odrzucenia oferty składanej w postępowaniu mającym wyłonić wykonawcę zamówienia publicznego.

Pierwsza - gdy zamawiający przewiduje dostawę oraz montaż instalacji gazów medycznych (wówczas należy zastosować 8% stawkę VAT).

Druga - gdy zamawiający przewiduje dostawę instalacji gazów medycznych wraz z montażem oraz dostosowaniem/remontem pomieszczeń dla nowej instalacji gazów medycznych (wówczas należy zastosować 8% stawkę VAT).

Trzecia - z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - gdy zamawiający przewiduje udzielenie zamówienia na budowę lub przebudowę obiektów szpitala wraz instalacją/modernizacją instalacji gazów medycznych (wówczas należy zastosować stawkę VAT dla świadczenia głównego czyli 23%).

Niewątpliwie świadczeniem głównym w niniejszym zamówieniu jest wskazane w ust. 3 pkt 1 SWZ przebudowa Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z jej rozbudową obejmującą również zabudowę wjazdu dla karetek w ramach realizacji zadania inwestycyjnego. Natomiast zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia *„Przedmiotem opracowania jest projekt architektoniczno – budowlany: przebudowy i rozbudowy pomieszczeń Szpitalnej Izby Przyjęć do budynku głównego Szpitala Ogólnego w Kolnie, realizowanej w zakresie dobudowy pomieszczeń SIP, przebudowy istniejących pomieszczeń SIP, budowy podjazdu dla karetek, częściowej rozbiórki zadaszenia nad wejściem głównym do budynku, przebudowy dróg wewnętrznych na terenie części działki nr.1727/17 położonej przy ulicy Wojska Polskiego w Kolnie. Zakres opracowania obejmuje rozwiązania funkcjonalne oraz techniczno-materiałowe w zakresie architektury i konstrukcji oraz przyłączy i branż elektrycznej i wod-kan”*. Podkreślenia wymaga fakt, że informacja o rozbudowie instalacji gazów medycznych zawarta jest w zakresie przebudowy pomieszczeń SIP Szpitala Ogólnego w Kolnie. Zatem w uproszczeniu można wskazać, iż instalacja gazów medycznych jest jedynie niewielkim elementem zamówienia głównego. W tym stanie rzeczy niewątpliwie to roboty budowlane są głównym świadczeniem, natomiast wykonanie rozbudowy instalacji gazów medycznych - świadczeniem pobocznym.

Ocena, w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy traktować jako świadczenia jednolite, kształtowana jest na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Powszechnie przyjmuje się, że transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Ponadto, formalnie odrębne transakcje, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jedną transakcję, jeżeli nie są one od siebie niezależne. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości UE jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy, albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyrok TS UE w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property sro, pkt 17). **Wówczas - co do zasady, świadczenie pomocnicze powinno dzielić los prawny świadczenia głównego.**

Bazując na powyższym, a także wytycznych wynikających z krajowych interpretacji podatkowych, jak i orzeczeń TSUU należy uznać, że usługi obejmujące wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowane w ramach wykonania budowy lub modernizacji (remontu) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%;

Powyższe znajduje odzwierciedlenie m.in. w wyroku KIO z dnia 02 marca 2018 r., KIO 275/18 – gdzie oceniano prawidłowość stawki VAT w odniesieniu do zamówienia polegającego na robotach budowlanych (świadczenie główne) wraz z instalacją gazów medycznych (świadczenie poboczne): „W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 oraz art. 91 Pzp - przez przyznanie punktów za cenę w kryterium oceny ofert, ze względu na zastosowane w ofercie Konsorcjum stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23% w stosunku do robót polegających na wykonaniu instalacji sanitarnej gazów medycznych, podczas gdy zgodnie z art. 41 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej: "ustawa o VAT") na podstawie poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT wyroby medyczne, w tym instalacja gazów medycznych, podlegają opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 8%, natomiast zgodnie z częścią I rozdz. XII ust. 2 SIWZ cena oferty powinna zostać obliczona powiększając wartość netto o kwotę VAT według właściwej stawki tego podatku, a zatem **oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu, gdyż cena oferty została obliczona przez powiększenie wartości netto o VAT według niewłaściwej, niezgodnej z ustawą o VAT, stawki VAT**. Izba stwierdza, że zamawiający wymagał zastosowania - przez wykonawców do obliczenia ceny oferty - **jednolitej stawki VAT za roboty budowlane, która zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami podatkowymi wynosi 23%**. Przystępujący postąpił tak i dlatego jego oferta nie może zostać odrzucona, a więc należy jej przyznać odpowiednią liczbę punktów, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył ten przepis. W związku z tym zarzut drugi nie może zostać uwzględniony”.

Rzeczona teza ma swoje odzwierciedlenie także w Interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, IBPP2/443-191/11/RSz z dnia 04 maja 2011 r., gdzie zostało wyraźnie wskazane, że „**Z uwagi na powiązanie wykonania instalacji gazów medycznych z pozostałymi robotami budowlano-montażowymi, brak jest możliwości wyodrębnienia wykonania tej instalacji, jako osobnej usługi, chociaż czasami Inwestor w umowie wydziela roboty budowlane wg stawki 23% podatku VAT, oraz wykonanie instalacji gazów medycznych wg stawki 8% podatku VAT**. Wg Wnioskodawcy proces technologiczny nie pozwala na wyodrębnienie tych robót, gdyż są one ściśle powiązane ze sobą i nie jest możliwe ich wykonanie bez wprowadzenia sztucznego wydzielenia w umowie. W zaistniałej

sytuacji, Wnioskodawca wykonuje budowę lub modernizację (remont) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej jako świadczenie główne. Odnosząc wskazany wyżej stan prawny do przedstawionego zdarzenia przyszłego należy stwierdzić, iż **świadczone przez Wnioskodawcę usługi obejmujące wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowanej w ramach wykonania budowy lub modernizacji (remontu) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.**”.

Należy powtórzyć, że w tym konkretnym przypadku przedmiotem zamówienia jest przebudowa i rozbudowa Izby przyjęć w Szpitalu – zatem roboty budowlane. Zgodnie z OPZ prace związane z instalacją gazów medycznych wchodzi w zakres przebudowy, i polegają w zasadzie na rozbudowie już istniejącej instalacji. W ocenie Odwołującego prace te powinny być traktowane jedynie jako świadczenie poboczne, ściśle związane ze świadczeniem głównym – wykonaniem robót budowlanych. Nie można ich rozdzielić. Bez wykonania stosownej przebudowy/rozbudowy nie można byłoby mówić o jakimkolwiek rozbudowaniu instalacji gazów medycznych. Wskazać należy, że zarówno w SWZ, OPZ, ani żadnej innej dokumentacji dot. przedmiotowego zamówienia nie ma żadnej wzmianki odnośnie ewentualnej dostawy gazu, znajduje się tylko i wyłącznie informacja dot. rozbudowy samej instalacji. W tej sytuacji powinna być zastosowana jednolita stawka podatku VAT – 23 % bez sztucznego dzielenia usług dla celów podatkowych.

Ponadto w harmonogramie rzeczowo-finansowym instalacja gazu medycznego znajduje się w pkt 4.1 i jest ona umieszczona łącznie z innymi instalacjami sanitarnymi wewnętrznymi – tj. z CT, CO, kanalizacją sanitarną, wodociagową i wodno-kanalizacyjną, wentylacją oraz klimatyzacją. Przewidziana jest jedna stawka podatku VAT na wszystkie ww. instalacje sanitarne wewnętrzne. Załączony do SWZ wzór umowy w par. 2 ust. 1 również wskazuje zastosowanie jednej, całościowej stawki podatku VAT „Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy, którego wysokość zgodnie ze złożoną ofertą ustalona została na kwotęzł brutto (słownie:zł 00/100) w tym należy podatek VAT w wysokości”. Zatem dzielenie stawki podatku VAT w formularzu ofertowym, nie powinno zostać uznane za prawidłowe.

W niniejszej sprawie sporne wydaje się również – jednoznacznie stwierdzone przez Uczestnika Postępowania, iż instalację gazów medycznych – w kontekście rozbudowy samej instalacji – można uznać za wyrób medyczny. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych „wyrób medyczny - narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach

diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby,

b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia,

c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego,

d) regulacji poczęć

- który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami". Z przytoczonej wyżej definicji wyrobu medycznego wynika, iż obejmuje ona narzędzie, przyrząd, aparat, sprzęt, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, włączając oprogramowanie niezbędne do właściwego stosowania wyrobu, przeznaczone do stosowania zgodnie ze wskazanym w definicji przeznaczeniem. Definicja ta zatem nie obejmuje robót budowlano-montażowych wykonywanych w pomieszczeniach/obiektach (w rozpatrywanym przypadku szpitalna izba przyjęć), w których wyrób medyczny będzie zainstalowany. Prace takie nie mieszczą się również w definicji wyposażenia wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia.

Podobna sytuacja dotyczy zastosowania w ofercie przez Uczestnika Postępowania 8 % stawki podatku VAT na usługę siania trawy. Wskazana usługa, wykazana w harmonogramie rzeczowo-finansowym jako ZAGOSPODAROWANIE TERENU I BUDOWA OBIEKTÓW POMOCNICZYCH stanowi jedynie usługę poboczną, ściśle związana z głównym przedmiotem zamówienia tj. robotami budowlanymi. Tak jak miało to miejsce w przypadku instalacji gazów medycznych, nie można w tym wypadku sztucznie rozdzielać danych zadań jedynie w celach podatkowych. Zadanie dot. siania trawy nie zostało nawet wymienione w Opisie Przedmiotu Zamówienia, co potwierdza fakt, że czynność ta stanowi jedynie marginalne znaczenie w odniesieniu do całości zamówienia publicznego, dlatego też złożona oferta powinna zawierać jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23 %.

Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BUDIR SYSTEM Sp. z o.o. Sp. k., al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Lidera Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Produkcyjne - Handlowo - Usługowe IRMA Ireneusz Załęski, al. gen. Władysława Sikorskiego 9c/19, 02-758 Warszawa – Partnera Konsorcjum. Zamawiający nie podał konkretnej stawki podatku VAT, zatem wskazanie przez Uczestnika Postępowania w ofercie złej stawki podatku VAT, należy uznać za błąd w obliczeniu ceny, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy p.z.p., stanowi podstawę odrzucenia oferty. Stosownie do ww. przepisu „Zamawiający

odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu". Zachowanie Zamawiającego – sprzeczne z ustawą p.z.p. doprowadziło w konsekwencji do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, co z kolei doprowadziło do powstania szkody po stronie Odwołującego.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści niniejszego odwołania, co jednocześnie czyni je koniecznym i uzasadnionym.

Załączniki:

1. wydruk CEIDG oraz KRS Odwołujących;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;
4. dowód przesłania odwołania Zamawiającemu.