

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., pl. Piastów 10, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Szpital im. Edwarda Szczeklika, ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Frapol Sp. z o.o., BTH Instalacje Sp. z o.o., ul. Mierzeja Wiślana 8, 30-832 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., pl. Piastów 10, 44-100 Gliwice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., pl. Piastów 10, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., pl. Piastów 10, 44-100 Gliwice** na rzecz **Specjalistycznego Szpitala im. Edwarda Szczeklika, ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Specjalistyczny Szpital im. E. Szczeklika w Tarnowie prowadzi w trybie przetragu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem rozbudowa i przebudowa zespołu szpitalnego oraz przebudowa zagospodarowania terenu z niezbędną infrastrukturą techniczną i wjazdem dla specjalistycznego Szpitala im. E. Szczeklika w Tarnowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2014 roku pod poz. 53738-2014.

W dniu 15 kwietnia 2014 roku odwołujący - Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności polegającej na rozstrzygnięciu postępowania przez wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Frapol Sp. z o.o. oraz BTH Instalacje Sp. z o.o.
2. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
3. nakazanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami siwz,
4. zasądzenie kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazując na spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp tj. istnienie interesu we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody podniósł, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest bezprawna.

Zdaniem odwołującego ocena zastosowanych stawek podatku Vat jest błędna a tytuł przetragu nie może zostać uznany za jedyne kryterium przesądzające o tym jakie świadczenia mają być faktycznie zrealizowane w tym zadaniu. Odwołujący przywołał postanowienia pkt I ppkt 4 siwz oraz ppkt 16, z których jasno wynika, że sprzęt medyczny i wyposażenie, ujęte w projekcie należy wycenić i dostarczyć, a zamawiający opisuje osobno zakres robót budowlanych i zakres dostawy sprzętu medycznego. Dostawa paneli nadłóżkowych została ujęta przez zamawiającego w projekcie wykonawczym – Instalacje gazów medycznych w części opisowej – A Opis technicznych pkt 2.3 Instalacje gazów medycznych – punkty poboru jako “naścienne panele intensywnego nadzoru oznaczone w projekcie – PIN”, co znalazło swoje odzwierciedlenie w części rysunkowej projektu.

Panele nadłóżkowe zostały ujęte w poz. 75 na stronie 6 Przedmiaru instalacji gazów medycznych. Dodatkowo zamawiający, odpowiadając na pytania nr 19, 21 wykonawców w piśmie z dnia 12.03.2014 roku potwierdził, że dostawa kolumn anestezjologicznych, kolumn chirurgicznych nie wchodzi w zakres zamówienia i nie należy jej wyceniać, natomiast dostawa paneli nadłóżkowych stanowi przedmiot zamówienia i należy ją wycenić w kosztorysie ofertowym.

Ponadto w pkt III ppkt 6 lit b siwz zamawiający określił, że cena będzie stanowić wynagrodzenie kosztorysowe i należy ją podać jako cenę brutto i netto zgodnie z formularzem ofertowym a podana w ofercie cena ma obejmować cały zakres prac wymienionych w pkt I siwz oraz w dokumentacji projektowej.

Zarówno siwz jak i projekt wykonawczy – Instalacje gazów medycznych wskazują, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i dostawa wyrobów medycznych. Niespornym jest także fakt, że panele nadłóżkowe są wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (Dz.U. nr 107 poz. 679). Na potwierdzenie tego odwołujący załączył do pisma z dnia 9.04.2014 certyfikat producenta wyrobów medycznych, w tym przedmiotowych paneli (klasa lib), na podstawie którego producent ten wystawa dla danego wyrobu deklarację zgodności.

Odwołujący podniósł także, że ustawodawca nie daje podatnikom możliwości wyboru stawki Vat dla danej dostawy, co jednoznacznie wynika z faktu stwierdzenia przez ustawodawcę, że od towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług “stosuje się” stawkę 8% Vat (a nie “można zastosować” stawkę obniżoną). Stąd skoro odrębnym z punktu widzenia przepisów VAT przedmiotem dostawy są roboty budowlane, a odrębnym wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczone do obrotu w Polsce, to do dostawy należy zastosować 8% stawkę VAT- właściwą dla wyrobów medycznych. Przyjęte w tej kwestii stanowisko odwołującego jest zgodne z interpretacją ogólną Ministra Finansów nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-279 z dnia 30.03.2012 roku w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego. Z interpretacji tej wynika jednoznacznie, że “niezależnie od treści zawartej umowy, dostawa wyrobu medycznego, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, /.../ podlega opodatkowaniu 8% stawką podatku - na podstawie art. 146a pkt 2 ww ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z poz. 105 załącznik 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%.

Zasadność stanowiska Odwołującego, iż roboty budowlane i dostawa sprzętu medycznego

stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny być opodatkowane potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, w tym wyroki z dnia 1 i 28 czerwca 2011 r. sygn. akt I FSK 869/10 oraz I FSK 958/10. Odwołujący zwrócił także uwagę na lakoniczność uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego. W swoim piśmie Zamawiający powołując się na stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego nie wskazuje żadnego konkretnego orzeczenia. Z ustaleń Odwołującego wynika, że ten fragment uzasadnienia pochodzi z wyroku NSA z dnia 25.01.2007 r., sygn. akt I FSK 499/06 i po pierwsze dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego - podatnik produkował i montował stolarkę (okna i drzwi) u klientów, a problem dotyczył podziału czynności na sprzedaż towaru i świadczenie usługi, a po drugie wyrok ten jest wydany kilka lat wcześniej niż powołana wyżej interpretacja ogólna Ministra Finansów. Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący przedłożył interpretację indywidualną wydaną dla innego podmiotu przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 18.12.2012 r. IPPP1/443-1087/12-2/IGo. Interpretacja ta została wydana w podobnym stanie faktycznym jak w niniejszym postępowaniu, a konkluzja jest taka, że prawidłowe jest zastosowanie 8% stawki VAT na dostawę wyrobów medycznych i 23% stawki VAT na roboty budowlane. Ponadto wskazał na twierdzenia zawarte w wyrokach wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, m.in. w wyroku z dnia 03.10.2013 r., gdzie stwierdzono: „Podkreślenia wymaga, że traktowanie odrębnych świadczeń jako jednego świadczenia kompleksowego ma charakter wyjątku, gdyż zasadą jest odrębne opodatkowanie każdego świadczenia według właściwej dla tego świadczenia stawki VAT”. Zdaniem odwołującego fakt, że większość Wykonawców złożyła oferty z jedną stawką VAT dla całego przedmiotu zamówienia, nie może oznaczać przyjęcia przez Zamawiającego stanowiska większości jako poprawnego. Ponadto wskazał na odpowiedź na pytanie 179 z dnia 12 marca oraz z dnia 14 marca, w których zamawiający potwierdził, że zastosowanie prawidłowej stawki VAT należy do Wykonawcy. W dniu 25 kwietnia 2014 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa zespołu szpitalnego oraz przebudowa zagospodarowania terenu wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i wjazdem dla Specjalistycznego Szpitala im. E. Szczeklika w Tarnowie. Przedmiot zamówienia, zgodnie z pkt 2 rozdziału I siwz obejmuje: budowę nowego budynku z blokiem operacyjnym, salami zabiegowymi, gabinetami specjalistycznymi, dźwigiem osobowym i izbą przyjęć, budowę przewiązek komunikacyjnych, przebudowę budynku Pawilonu nr I i nr II oraz Budynku Administracji, przebudowę istniejącego wjazdu z ul. Starodąbrowskiej, przebudowę części wewnętrznego układu drogowego i miejsc parkingowych wraz z zagospodarowaniem terenu, infrastrukturę techniczną, opracowanie świadectwa charakterystyki energetycznej wraz z uzyskaniem pozwolenie na użytkowanie. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączonych do siwz projektach wykonawczych, projekcie budowlanym oraz przedmiarze robót i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert. Ofertę z najniższą ceną, stanowiącym jedyne kryterium oceny ofert, złożyło konsorcjum Frapol Sp. z o.o. oraz BTH Instalacje Sp. z o.o. (12 998 596,94 zł). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na 5- tej pozycji w kryterium cena, jednak z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oferty polegający na zastosowaniu 8% stawki podatku VAT na dostawę i montaż paneli nadłóżkowych, ujętych w poz. 75 kosztorysu ofertowego, oferta ta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Stan faktyczny sprawy nie budzi wątpliwości i nie jest sporny między stronami.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do tego, że odwołujący nie spełnia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniających go do wniesienia odwołania. Odwołujący, którego oferta została odrzucona ma prawo domagać się jej przywrócenia do udziału w postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu zamówienia a ponadto na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oznacza możliwość uzyskania danego zamówienia publicznego.

W orzecznictwie co do zasady ugruntowany jest pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia „interesu w uzyskaniu zamówienia”. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym Sąd wyraził pogląd, iż „wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku”.

Przesłankę „poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy” należy rozumieć zarówno jako stratę jak i jako utracone korzyści. Jednak wystąpienie szkody nie jest warunkiem *sine qua non* dopuszczalności wniesionego odwołania, bowiem z literalnego brzmienia przepisu wynika, że do wniesienia odwołania wystarczająca jest już sama możliwość poniesienia szkody rozumianej jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, fakt, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na 5 pozycji w kryterium cena nie pozbawia odwołującego rozumianego szeroko interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie niweczy możliwości poniesienia przez tego wykonawcę szkody, będącej następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, których konsekwencją jest odrzucenie oferty odwołującego. Hipotetycznie, nie można bowiem wykluczyć zaistnienia sytuacji, opisanej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca dopuszcza wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych oferty w przypadku uchylenia się wykonawcy wybranego od zawarcia umowy lub nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zdaniem Izby, okoliczność sklasyfikowania oferty odwołującego na 5 - tej pozycji w kryterium cena powoduje natomiast konieczność oddalenia odwołania z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba może uwzględnić odwołanie jedynie w sytuacji, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W zaistniałym stanie faktycznym uwzględnienie odwołania nie ma i nie może mieć wpływu na wynik tego postępowania o zamówienie publiczne.

Odnosząc się do istoty sporu między stronami, która sprowadza się do oceny prawidłowości zastosowania przez odwołującego 8% stawki podatku VAT w poz. 75 Przedmiaru robót - branża instalacje gazów medycznych Załącznik nr 15 do siwz - dostawa paneli nadłóżkowych - montaż, Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp była prawidłowa.

Niewątpliwie przedmiot zamówienia, polegający na rozbudowie i przebudowie zespołu szpitalnego oraz przebudowie zagospodarowania terenu z niezbędną infrastrukturą techniczną tworzy jedną gospodarczo - ekonomiczną całość, co do której należy zastosować jednolitą podstawową stawkę podatku VAT. Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego poparte orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego, że przy czynnościach o charakterze kompleksowym, na które składają się czynność podstawowa, będąca celem umowy, a także inne czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej i nie mogące samodzielnie funkcjonować, należy przyjmować za właściwą jedną stawkę podatku VAT dla całości zamówienia, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej (tak: wyrok NSA z dnia 5 lipca 2006 roku, sygn. akt IFSK 945/05, wyrok NSA z dnia 20 listopada 2008 roku, Sygn. akt IFSK 1512/07). Zatem jeśli zamówienie tworzy jedną całość należy je traktować w sposób kompleksowy a o wysokości zastosowanej stawki podatku VAT powinna przesądzać czynność główna.

Dostawa paneli nadłóżkowych, które są elementem instalacji gazów medycznych, wchodzi w zakres robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia, co powoduje, że właściwą stawką podatku VAT dla realizacji całego przedmiotu zamówienia jest stawka 23%. Instalacja gazów medycznych stanowi w istocie element robót budowlanych polegających na rozbudowie, przebudowie zespołu szpitalnego i jako składowa robót budowlanych winna być opodatkowana stawką 23% VAT. Dodatkowo dostawa paneli nadłóżkowych stanowi niewielki zarówno pod względem wartości jak i zakresu przedmiotu zamówienia element, nie jest elementem stanowiącym samodzielną całość funkcjonalno - gospodarczą - dostarczone panele nadłóżkowe nie mogą funkcjonować bez wykonania innych prac budowlanych, ponadto ich montaż musi być wykonany w trakcie wykonywania robót budowlanych. Wszystkie te okoliczności świadczą o tym, że dostawę paneli nadłóżkowych należy traktować jako usługę pomocniczą, wchodzącą w zakres kompleksowego zamówienia, a o wysokości zastosowanej stawki podatku VAT decyduje czynność główna tj. czynność która nadaje całości zasadniczy charakter. Izba podziela także pogląd, że jeżeli przedmiot postępowania stanowi jedno świadczenie, jedną z punktu widzenia ekonomicznego całość to należy zastosować jednolitą stawkę i czynność ta nie powinna być w sposób sztuczny dzielona jedynie dla celów podatkowych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: