

Sygn. akt: KIO 2433/14

WYROK

z dnia 3 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespólny w Szczecinie, ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespólny w Szczecinie, ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Szczecinie, ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin na rzecz wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę części budynku „D” po oddziale chirurgii na potrzeby oddziałów kardiologii wraz z nadbudową łącznika i zagospodarowaniem terenu wokół budynku. Przebudowa części pomieszczeń w budynku „E” na potrzeby oddziałów kardiologii realizowane w ramach projektu pn.: "Podniesienie jakości i dostępności kardiologicznych usług medycznych w SPWSZ w Szczecinie poprzez modernizację szpitalnych oddziałów kardiologicznych.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 sierpnia 2014 r., poz. 283628.

W dniu 13 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT. Z formularza ofertowego odwołującego wynika bowiem, iż całkowitą wartość oferty brutto wyliczono stosując dwie stawki podatku VAT, tj. 23% i 8 %. W rezultacie czego stawka podatku VAT wskazana w formularzu ofertowym jest błędna i taki sposób obliczenia ceny jest błędny.

W dniu 18 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 18 listopada 2014 r.) wobec czynności zamawiającego dotyczących odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy dokonanie tej czynności miało by wpływ na poprawną ocenę oferty odwołującego
3. art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wobec niezasadnego przyjęcia, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny
4. art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AB M. A., chociaż jego oferta nie miała najniższej ceny

5. art. 92 ust 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie uzasadnienia faktycznego opartego na domniemaniu zamawiającego co do faktycznej treści oferty odwołującego, bez jej wyjaśnienia, czyli poprzez samowolne przyjęcie przez zamawiającego, jaki zakres oferty odwołującego został objęty inną niż 23% stawką podatku VAT

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AB M. A., jako oferty najkorzystniejszej
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez odwołującego, w tym wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż, biorąc pod uwagę opisany zakres przedmiotu zamówienia, którego częścią są wyroby medyczne, zgodnie z posiadaną przez Skanska indywidualną interpretacją podatkową z dnia 1 sierpnia 2014 r. znak IPPP1/443-567/14-2/MPe, zasadnym było zróżnicowanie stawek podatku VAT przy kalkulacji ceny ofertowej, z uwzględnieniem zróżnicowanego charakteru świadczeń będących przedmiotem oferty. Nadto dodał, iż zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy stawka podatku wynosi 8% (w związku z art. 146a ust. 2 ustawy). Wśród wymienionych towarów i usług w pozycji 105 załącznika znajdują się wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika, bez względu na symbol PKWiU. Instalacja gazów medycznych stanowi produkt, na który składa się system rurociągowy do gazów medycznych wraz z punktami poboru gazów medycznych i próżni. Zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679) oraz Dyrektywą Rady 93/42/EWG dotyczącą wyrobów medycznych i zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 215 poz. 1416 oraz Dz.U.2011 Nr 102 poz. 586) należy uznać, iż system rurociągowy do gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy II b i jak każdy wyrób medyczny, aby mógł być wprowadzony do użytkowania, zgodnie art. 11 ustawy o wyrobach medycznych musi być oznaczony znakiem CE i zgodnie z art. 58 tej ustawy musi być zgłoszony do Rejestru

Wyrobów Medycznych. W związku z powyższym instalacja gazów medycznych, będąca przedmiotem zamówienia stanowi wyrób medyczny w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych i po jej wykonaniu będzie podlegała odpowiedniej certyfikacji celem dopuszczenia jej do użytkowania poprzez nadanie oznaczenia CE. W konsekwencji, dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych, podlega opodatkowaniu wg stawki podatku VAT 8%, na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o VAT (w związku z art. 146a ust. 2 ustawy). Odwołujący jako wykonawca robót budowlanych w ramach realizacji różnych projektów budowlanych uczestniczy w licznych przetargach organizowanych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, których przedmiotem jest budowa, rozbudowa lub przebudowa budynków szpitali i zakładów opieki medycznej. Często zdarza się, że elementem zamówienia jest wykonanie, remont bądź modernizacja instalacji gazów medycznych. W związku z tym, odwołujący wystąpił do Ministra Finansów z wnioskiem o interpretację indywidualną, w którym postawił pytanie, czy w ramach wykonywanych robót budowlanych w obiektach sklasyfikowanych w klasie 1264 PKOB obejmujących dostawę i montaż Instalacji gazów medycznych powinna zastosować stawkę podstawową (23%) do całości zakresu robót, czy też w zakresie robót polegających na dostawie oraz montażu instalacji gazów medycznych należy do nich zastosować obniżoną (8%) stawkę podatku VAT. Uzyskana przez odwołującego interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie potwierdza w całości jego stanowisko, zgodnie z którym wykonywane przez nią usługi budowlane w zakresie dostawy oraz montażu instalacji gazów medycznych powinny być opodatkowane stawką 8%, ponieważ efektem tych prac jest powstanie wyrobu medycznego, o którym mowa w poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Tak więc zastosowanie więc przez niego stawki 8% do dostawy instalacji gazów medycznych wprost wynika ze stanowiska Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie przedstawionego w interpretacji indywidualnej wydanej na rzecz odwołującego (Skanska S.A.). Także, biorąc pod uwagę treść i strukturę dokumentów opisujących przedmiot zamówienia, w tym przedmiar robót dla instalacji gazów medycznych z wyodrębnionym zestawieniem materiałów (urządzeń) z których składa się instalacja gazów medycznych, nie było żadnych przeszkód aby na podstawie tak dokonanego opisu, dokonać skalkulowania ceny w zakresie instalacji gazów medycznych.

Odwołujący podniósł także, że przepisy ustawy o VAT nie dają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób powinno zostać opodatkowane świadczenie kompleksowe, tj. składające się z kilku elementów. Zagadnienie to nie jest również wprost rozstrzygnięte na gruncie przepisów wspólnotowych. Oznacza to, iż nie ma określonych normatywnie kryteriów kwalifikujących dane świadczenie jako złożone. Koncepcja świadczeń kompleksowych została wypracowana na gruncie orzecznictwa, zarówno sądów polskich jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zwanego dalej „TSUE”, które opiera się

jedynie na bardzo ogólnych definicjach dostawy i świadczenia usług, a w pozostałym zakresie bazuje na pewnym, wywodzonym ze względów systemowych, podejściu do tego zagadnienia, mającym zagwarantować funkcjonalność systemu podatku od wartości dodanej oraz zachowanie jego związku z realnymi zjawiskami ekonomicznymi. Z orzecznictwa TSUE wynika, że o opodatkowaniu kilku usług na zasadach właściwych tylko dla jednej z nich można mówić dopiero wówczas, gdy świadczenia te stanowią nierozzerwalną całość, a ich rozdzielanie miałoby sztuczny charakter. Dlatego też traktowanie odrębnych świadczeń jako jednego świadczenia złożonego ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady odrębnego opodatkowania każdego świadczenia według właściwej dla niego stawki podatku. Ze świadczeniem złożonym mamy do czynienia wtedy, gdy poszczególne elementy wchodzące w skład usługi złożonej mają dla nabywcy znaczenie gospodarcze tylko w połączeniu z pozostałymi elementami tej usługi, a same w sobie nie przedstawiają dla niego realnej wartości. Trzeba stwierdzić, że o takim nierozzerwalnym związku świadczeń nie może być mowy w rozpatrywanym stanie faktycznym. Można bowiem wyróżnić w ramach zamówienia takie czynności, czyli wykonanie instalacji gazów medycznych, które przedstawiają dla zamawiającego wartość niezależnie od wykonania pozostałych czynności. Żaden z zapisów SIWZ nie wskazuje na to, że mamy do czynienia z usługą złożoną na gruncie przepisów o VAT. W ocenie odwołującego nie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją, a wykonanie instalacji gazów medycznych, którą zlecił zamawiający, nie jest nierozzerwalnie związana z robotami budowlanymi objętymi zamówieniem. Oznacza to, że dostawa przedmiotowego wyposażenia stanowiącego wyroby medyczne może być dokonana całkowicie niezależnie od wykonania robót budowlanych. Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w przywoływanej interpretacji indywidualnej wydanej na rzecz odwołującego (Skanska S.A.).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający nie podał w treści SIWZ stawki podatku VAT jaką dla opisanego przedmiotu zamówienia winni zastosować wykonawcy. Zamawiający wymagał jedynie aby w „Formularzu ofertowym” wykonawcy podali całkowitą wartość oferty brutto oraz całkowitą wartość oferty netto.

Odwołujący w „Formularzu ofertowym” podał całkowitą wartość oferty brutto oraz całkowitą wartość oferty netto (strona 2 oferty).

Odwołujący obliczył całkowitą wartość brutto oferty, stosując dwie stawki podatku VAT, tj. 23% i 8%.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotą sporu, w niniejszym stanie faktycznym, na co słusznie zwrócił uwagę zamawiający, jest ustalenie czy przedmiotem zamówienia jest świadczenia kompleksowe, czy też jego przedmiotem są dwa odrębne świadczenia.

Bezspornym jest bowiem, iż przedmiot zamówienia obejmował m.in. instalację gazów medycznych. Powyższe wynika zarówno z załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w którym zamawiający wskazał, iż w skład dokumentacji projektowej wchodzi projekt budowlany, projekty wykonawcze oraz przedmiar robót obejmujące projekt instalacji gazów medycznych i odpowiednio roboty w zakresie instalacji gazów medycznych, jak również specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych obejmująca roboty w zakresie instalacji gazów medycznych. Zamawiający w SIWZ (załącznik nr 1-B Wymagane parametry techniczne urządzeń w instalacji gazów medycznych) zamieścił także wykaz urządzeń i elementów gazów medycznych, które miały być przez wykonawcę dostarczone i zainstalowane. Niewątpliwym jest więc, iż przedmiotem zamówienia była m.in. instalacja gazów medycznych, który to produkt – jak wykazał to odwołujący – jest produktem medycznym opodatkowanym stawką podatku VAT w wysokości 8%.

W tym konkretnym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest przebudowa wskazanego przez zamawiającego budynku obejmująca także instalację gazów medycznych. Przedmiot zamówienia obejmuje więc dwa podstawowe elementy, tj. przebudowę części wskazanych budynków oraz instalację gazów medycznych. Świadczenie kompleksowe to tego typu świadczenie, dla którego istnieje funkcjonalny związek poszczególnych elementów świadczenia i jest on na tyle ścisły, że nie można jest wydzielić z tego świadczenia poszczególnych jego elementów i potraktować tych elementów jako odrębnych. Aby można było więc te elementy potraktować jako świadczenie kompleksowe to muszą one stanowić nierozdzielalną całość. Tymczasem w tym stanie faktycznym świadczenia te da się rozdzielić. Dokonał tego już sam zamawiający w treści SIWZ (załącznik nr 1 i nr 1-B), wyodrębniając roboty instalacyjne gazów medycznych i załączając

wykaz tych elementów poprzez określenie wymaganych parametrów tych właśnie elementów. Potwierdzeniem prawidłowości zastosowanej przez odwołującego stawki podatku VAT, a więc innej dla każdego z tych elementów, jest także posiadana przez tego wykonawcę indywidualna interpretacja podatkowa Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2014 r., w której jednoznacznie stwierdzono, iż „prace związane z dostawą i montażem gazów medycznych oraz pozostałe roboty ogólnobudowlane podejmowane w ramach zawartej umowy dotyczącej budowy, przebudowy obiektu należy traktować jako świadczenia odrębne opodatkowane właściwymi dla tych usług/towarów stawkami. Kontrahent zamawiając wykonanie usług ogólnobudowlanych związanych z budową, rozbudową lub przebudową szpitali i zakładów opieki medycznej może dokonać zakupu wyrobu medycznego od innego podmiotu. Tym samym więc wykonanie usług budowlanych i budowlano-montażowych oraz wykonania instalacji gazów medycznych jako certyfikowanego wyrobu medycznego na danym obiekcie służby zdrowia nie należy traktować jako świadczenia złożonego”. Istotnie istnieją interpretacje zawierające i przeciwne stanowisko. Niemniej jednak interpretacja indywidualna posiadana przez odwołującego (wydana na jego rzecz) i odpowiadająca na pytanie „czy w (...) ramach wykonywanych robót budowlanych w obiektach sklasyfikowanych w klasie 1264 PKOB obejmujących dostawę i montaż instalacji gazów medycznych powinna zastosować stawkę podstawową (23%) do całości robót, czy też w zakresie robót polegających na dostawie oraz montażu instalacji gazów medycznych należy do nich zastosować obniżoną (8%) stawkę podatku VAT?” jednoznacznie wskazuje, iż „dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych (...) wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego – może korzystać z preferencyjnej stawki podatku 8%”, „odnośnie natomiast świadczenia pozostałych usług ogólnobudowlanych w zakładach opieki zdrowotnej, zastosowanie będzie miała podstawowa stawka podatku w wysokości 23% (...)”. W świetle powyższego odwołujący uprawniony był do zastosowania obniżonej stawki podatku VAT (8%) wyłącznie do dostawy instalacji gazów medycznych i rzeczywiście w tej części przedmiotu zamówienia, faktu tego i zamawiający nie kwestionował, obniżoną stawkę zastosował. Zgodnie bowiem z wyrokiem NSA z dnia 28 czerwca 2011 r. (sygn. akt I FSK 958/10) „dostawa sprzętu medycznego i wykonanie wskazanych przez Spółkę prac przystosowujących pomieszczenia, w którym sprzęt ten będzie pracował w postaci wykonania instalacji elektrycznej, klimatyzacyjnej oraz izolacyjnej, stanowią dwa odrębne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane”.

Reasumując stwierdzić należy, iż odwołujący w sposób prawidłowy dokonał obliczenia ceny oferty, w tym zastosował prawidłowe stawki podatku VAT. Tym samym zamawiający nieprawidłowo uczynił, odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania,

Przewodniczący: