

WYROK
z dnia 14 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 czerwca 2017 r.** przez wykonawcę **C.K. S.A. z siedzibą w K., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Opiekuńczo-Leczniczy w Krakowie, ul. Wielicka 24, 30-663 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] E.b.p. sp. z o.o. S.K.A., [2] E.P. sp. z o.o. sp.k., (...)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **C.K. S.A. z siedzibą w K., (...)**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **C.K. S.A. z siedzibą w K., (...)** tytułem wpisu od odwołania;

S.A. z siedzibą w K., (...) tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **C.K. S.A. z siedzibą w K., (...)** na rzecz zamawiającego **Zakład Opiekuńczo-Lecznicy w K., ul. Wielicka 24, 30-663 Kraków** kwotę **300 zł 00 gr** (słownie: trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje S.rga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Opiekuńczo-Leczniczy, ul. Wielicka 267, 30-663 Kraków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie Pawilonu nr 5 w Zakładzie Opiekuńczo-Leczniczym w K.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP 21.02.2017 r. pod nrem 29048.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający za pośrednictwem operatora pocztowego poinformował odwołującego pismem 20.06.2017 r., które wpłynęło do odwołującego 22.06.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum [1] E.b.p.Sp. z o.o. S. z siedzibą w K. i [2] E.P. Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w K. (dalej wykonawca Konsorcjum lub przystępujący);
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy P.B.P. C.K. S.A. (...), gdyż wykonawca popełnił błędy w obliczaniu ceny (kwestia VAT) – art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Wykonawca P.B.P. C.K. S.A. (...), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 26.06.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechaniu jednoczesnego i niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego i W.S.A.;
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego;
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 5) zaniechaniu wykluczenia oferty wykonawcy Konsorcjum, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- A) art. 92 w związku z art. 7 Pzp przez niepowiadomienie jednocześnie i niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum i odrzuceniu oferty Odwołującego i odrzuceniu oferty W.S.A.;
- B) art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że odwołujący zastosował podstawową stawkę VAT dla wyceny przedmiotu zamówienia;
- C) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum, mimo że wykonawca Konsorcjum powinien zostać wykluczony z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przetargowym, a jego oferta powinna zostać odrzucona;
- D) art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Konsorcjum, chociaż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- E) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum, mimo że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego.

Odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania w całości,
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- c) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- d) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy Konsorcjum z postępowania przetargowego oraz odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum;
- e) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

A. Zarzut naruszenia art. 92 w związku z art 7 Pzp, przez niepowiadomienie jednocześnie i niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum i odrzuceniu oferty odwołującego i odrzuceniu oferty W.S.A.

20.06.2017 r. o 12:12 zamawiający przysłał odwołującemu wiadomość e-mail o tytule „S.n dotyczący zawiadomienia anulowania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” wraz z załącznikiem stanowiącym pismo z 12.06.2017 r. o anulowaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

22.06.2017 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego przesyłkę pocztową poleconą zawierającą pismo zamawiającego z 26.06.2017 r. stanowiące zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego i oferty wykonawcy W.S.A.

DOWOD: wiadomość e-mail z 20.06.2017 r. wraz z załącznikiem.

Odwołujący nie został powiadomiony przez zamawiającego jednocześnie z innymi wykonawcami i dodatkowo nie został powiadomiony niezwłocznie.

Zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zamieszczenie informacji, o której mowa w art. 92 ust. 2 Pzp, musi nastąpić niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający jest obowiązany dokonać jednoczesnego zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, przekazując im informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 Pzp.

Zakres informacji zamieszczanych niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego nie jest tożsamy z zakresem informacji zawartych w zawiadomieniu przekazywanym wykonawcom, którzy złożyli oferty niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

B. Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący zastosował podstawową stawkę VAT

Pismem z 20.06.2017 r. otrzymanym przez Odwołującego 22.06.2017 r. zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, a to z uwagi na zastosowanie stawki VAT 23%. Odwołujący zastosował przy wycenie przedmiotu zamówienia stawkę podatkową podstawową obowiązującą w Polsce.

Zastosowanie podstawowej stawki VAT nawet w przypadku, gdy zastosowanie mogłaby znaleźć stawka obniżona nie stawia podstawy do uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, a tym samym, że oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący 12.04.2017 r. wystąpił do Krajowej Informacji Podatkowej przy Ministerstwie Finansów o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej w rozpoznawanej sprawie i jednoznaczne ustalenie jaką stawkę VAT należy zastosować do wyceny przedmiotu zamówienia. Aktualnie oczekujemy na otrzymanie tej interpretacji. Ustawowy termin na wydanie ww. interpretacji upływa 12.07.2017 r.

Odwołujący składa również opinię wydaną przez prof. dra hab. W.M. z I.S.P.M.W. Sp. z o.o. z 19.06.2017 r. Jak wynika z treści tej opinii odwołujący prawidłowo zastosował stawkę VAT w wysokości 23% bowiem budynek, którego budowa jest przedmiotem przetargu, nie ma na celu przede wszystkim zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych pacjentów, a tym samym nie ma zastosowania art. 41 ust. 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Jak wskazano w przywołanej opinii przepis art. 41 ust. 12a ustawy nie obejmuje preferencyjnej stawki VAT dla obiektów przeznaczonych jedynie do krótkiego

pobytu w celu hospitalizacji, w których udzielania świadczeń zdrowotnych w zakresie opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień ma charakter nadrzędny.

DOWOD: opinia wydana przez prof. dra hab. W.M. z

I.S.P.M.W. Sp. z o.o. z 19.06.2017 r.

C. Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art 91 ust. 1 i art. 7 Pzp przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Konsorcjum, chociaż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny

Postępowanie przetargowe było już przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO, a to z uwagi na wniesione przez wykonawcę Konsorcjum 12.05.2017 r. odwołanie. Przedmiotem sporu była bowiem stawka VAT (23% czy 8%) jaką należało zastosować przy wycenie przedmiotu postępowania przetargowego. Wykonawca Konsorcjum wykazywał, że dla przedmiotu zamówienia wykonawca powinien zastosować stawkę VAT obniżoną, czyli 8%.

KIO w wyroku z 26 maja 2017 r. sygn. akt KIO 967/17 rozstrzygając odwołanie wS.zała jednak, że obniżoną stawkę VAT można zastosować jedynie dla robót realizowanych w bryle budynku stanowiącego przedmiot postępowania. To zaś oznacza, że dla innych elementów zamówienia wykonawca powinien zastosować podstawową stawkę VAT, czyli 23%.

Wykonawca Konsorcjum nie zastosował powyższej zasady. To zaś stanowi zatem błąd w obliczeniu ceny. W formularzu ofertowym wykonawca Konsorcjum podał cenę w wysokości 24.566.488,74 zł brutto.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od Strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędem w obliczeniu ceny będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki VAT.

Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.

D. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum, mimo że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego

a. Zgodnie z brzmieniem rozdz. VII pkt 1 lit. b czarna pierwsza kropka tiret trzecie SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ostatnich 5 latach zrealizowali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na potrzeby opieki zdrowotnej, w których udzielane są stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne o kubaturze nie mniejszej niż 10.000 m³.

Na potwierdzenie powyższego wymagania wykonawca Konsorcjum przedstawił w „Wykazie Robót Budowlanych” (załącznik 4c) inwestycję p.n. „Zwiększenie efektywności energetycznej przez termomodernizację budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlasce” oraz załączył „Poświadczenie” wystawione przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlasce.

Z treści tych dokumentów jednoznacznie wynika, że zakres wykonanych przez wykonawcę Konsorcjum robót obejmował prace remontowo-modernizacyjne, a nie prace związane z budową lub przebudową obiektu budowlanego w myśl definicji zawartej w art. 3 ust. 6 i 7a ustawy Prawo budowlane. Uznać należy, że wykonawca nie wykazał, że zrealizował co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na potrzeby opieki zdrowotnej, w których udzielane są stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne o kubaturze nie mniejszej niż 10.000 m³.

b. Zgodnie z brzmieniem rozdz. VII pkt 1 lit. b czarna pierwsza kropka tiret czwarte SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ostatnich 5 latach zrealizowali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 20.000 m³.

Na potwierdzenie powyższego wymagania, wykonawca Konsorcjum przedstawił w „Wykazie Robót Budowlanych” (załącznik 4d) inwestycję p.n. „Poprawa warunków edukacyjnych dzieci i młodzieży w Gminie Jednorożec – budowa Sali sportowej wraz załącznikiem przebudowa Zespołu Placówek Oświatowych”. Kubaturę Zespołu Placówek Oświatowych określono na 50.901,2 m³.

Na potwierdzenie należytego wykonania inwestycji, wykonawca załączył »Protokół odbioru końcowego robót dotyczących zadania pod nazwą „Poprawa warunków edukacyjnych dzieci i młodzieży w Gminie Jednorożec zgodnie z umową nr ZIR 27111.2013 z dnia 8.10.2015 r.»«.

W pkt 12 ww. „Protokołu” zawarto następującą informację:

- »Wartość wykonanych i odebranych robót wynosi 12.283.874,41 zł netto, w tym;
- budowa hali widowiskowo-sportowej 4.660.504,01 zł netto
- modernizacja budynku Szkoły Podstawowej w Jednorożcu 2 771.315,64 zł netto
- remont lub rozbudowa budynku Publicznego Gimnazjum i zagospodarowanie terenu 4.852.054,76 zł netto«.

Z treści powyżej przywołanych treści w protokole jednoznacznie wynika, że mamy do czynienia z trzema obiektami budowlanymi, w których były wykonane roboty budowlane tj.:

- budynek Hali Sportowej,
- budynek Szkoły Podstawowej,

– budynek Gimnazjum.

Zdaniem odwołującego, żaden z wyżej wymienionych obiektów nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ z uwagi na ustalony przez odwołującego następujący stan faktyczny:

- w zakresie budowy hali sportowej, Ekokaloria wykonywała jedynie prace związane z dokończeniem budowy przedmiotowego obiektu, Roboty fundamentowe, konstrukcję hali i część obudowy hali wykonywał inny podmiot,
- kubatura hali sportowej podana w „Opisie technicznym do Projektu Architektonicznego” wynosi 16.500,00 m³,
- kubatura łącznika podana, w „Opisie technicznym do Projektu Architektonicznego” wynosi 2.892,00m³,
- w budynku Szkoły Podstawowej oraz w budynku Gimnazjum wykonywane były jedynie prace remontowe.

Zdaniem odwołującego powyższe informację jednoznacznie dowodzą, że wykonawca Konsorcjum nie wykazał, że zrealizował co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze, nie mniejszej niż 20.000 m³.

c. Zamawiający wymagał skierowania do realizacji zamówienia co najmniej po jednej osobie odpowiedzialnej za kierowanie robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającej uprawnienia budowlane tej specjalności bez ograniczeń.

Na potwierdzenie tego warunku, wykonawca Konsorcjum w „Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji robót budowlanych” (załącznik nr 5) wS.zało na stanowisko kierownika robót budowlanych pana WK legitymującego się średnim wykształceniem technicznym i 31-letnim doświadczeniem zawodowym. Ponieważ zamawiający wymagał, aby w zakresie przedmiotowego stanowiska, wS.zany kandydat legitymował się uprawnieniami bez ograniczeń, dlatego też, w świetle aktualnie obowiązujących przepisów, osoba nie posiadająca wyższego wykształcenia nie posiada uprawnień bez ograniczeń. Nadane panu WK uprawnienia na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska. z dnia 20 lutego 1975 r. w świetle interpretacji prawnych należy uznać za uprawnienia ograniczone.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 26.06.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 27.06.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.06.2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia Konsorcjum wykonawców [1] E.b.p.Sp. z o.o. S. z siedzibą w K. i [2] E.P. Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w K. złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 04.07.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł Pismo procesowe odwołującego 7.07.2017 r.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł Pismo procesowe przystępującego 10.07.2017 r. (art. 186 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba dopuściła dowody złożone przez przystępującego:

- 1) jako dowód nr 1 – Interpretacja indywidualna dotycząca bryły budynku będącego przedmiotem rozpoznawanego zamówienia, a interpretacja została wydana 10.07.2017 r. przez dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w Piotrkowie

Trybunalskim; dowód został wniesiony na wykazanie, że przystępujący zastosował prawidłowe stawki VAT;

- 2) jako dowód nr 2 – decyzja nr 33/09 Prezydenta Miasta Biała Podlaska. na wykazanie, że inwestycja w szpitalu w Białej Podlaskiej miała charakter przebudowy;
- 3) jako dowód nr 3 – projekt inwestycji w Jednorożcu na okoliczność, że w wyniku tej rozbudowy powstał jeden obiekt z jednym wejściem w postaci atrium – do szkoły podstawowej i do gimnazjum.

Izba stwierdza, że w zakresie zarzutu pierwszego naruszenia art. 92 w związku z art. 7 Pzp – przez niepowiadomienie jednocześnie i niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum i odrzuceniu oferty Odwołującego i odrzuceniu oferty W.S.A. – zamawiający przyznał błędne technicznie wysłanie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty za pośrednictwem operatora pocztowego, jednak nie miało to wpływu na wynik postępowania ani na ograniczenie prawa odwołującego do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz wobec braku przedmiotu sporu zarzut nie był przedmiotem rozpoznania.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że odwołujący zastosował podstawową stawkę VAT dla wyceny przedmiotu zamówienia, zarzut trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp – przez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum, mimo że wykonawca Konsorcjum powinien zostać wykluczony z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przetargowym, a jego oferta powinna zostać odrzucona oraz zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp – przez nieodrzuconie oferty wykonawcy Konsorcjum, chociaż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 967/17). W wyroku tym czytamy cyt. »Zatem według stanowiska zamawiającego, budynek zakładu opiekuńczo-leczniczego udzielający całodobowych świadczeń zdrowotnych w zakresie opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień w trybie stacjonarnym nie jest instytucją, której celem jest świadczenie usług zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgnarską i taki budynek należy uznać raczej za budynek instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi (tiret pierwsze klasy 1264 [PKOB]) lub szpital długoterminowego leczenia, szpital psychiatryczny (tiret drugie klasy 1264 [PKOB]). Tym samym do robót budowlanych dotyczących budowy takiego budynku nie ma zastosowania 8% stawka podatku od towarów i usług.

Powyższe stanowisko zamawiający poparł wyrokiem KIO 1571/14 z 18 sierpnia 2014 r. podkreślając identyczność stanowisk w analogicznym stanie faktycznym, albowiem rozstrzygana kwestia dotyczyła – jego zdaniem – również Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego o profilu psychiatrycznym powstałego w wyniku przebudowy i rozbudowy Wojewódzkiego Centrum Psychiatrii Długoterminowej jako zakładu lecznictwa zamkniętego przeznaczonego do diagnozowania, leczenia i rehabilitacji tych chorych, których stan wymaga całodobowej opieki lekarsko-pielęgniarskiej, który w ramach prowadzonej działalności leczniczej i rehabilitacyjnej zapewniał także zakwaterowanie długoterminowe dla osób psychicznie chorych.

Zdaniem Izby [...], w przedmiocie zastosowanej do „bryły budynku” Pawilonu nr 5 stawki VAT w wysokości 8% zostały poparte stosownymi dowodami wymaganymi art. 190 ust.1 Pzp.

[...] Także dla rozstrzygnięcia w tej sprawie kluczowa była zmiana interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby S.rbowej w Poznaniu z dnia 7.07.2014 r., która stanowiła podstawę rozstrzygnięcia we wS.zanej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego sprawie KIO 1571/14. W zmienionej interpretacji – pismo z 8.01.2015 r., znak PT8/033/161.2/943/14/WCX/15 – Minister Finansów stwierdził m. in.: *„Mając na uwadze powyższe przepisy oraz przedstawione we wniosku zdarzenie przyszedłoby stwierdzić, że powstały w wyniku przebudowy i budowy budynku B Zakład Opiekuńczo-Leczniczy o profilu psychiatrycznym udzielający długoterminowego zakwaterowania wraz z opieką lekarską i pielęgniarską, spełnia przesłanki pozwalające zakwalifikować go do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, o którym mowa art. 41 ust. 12a ww. ustawy o podatku od towarów i usług jako obiekt sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 – wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. W konsekwencji roboty budowlano-montażowe związane z budową budynku B z przeznaczeniem na Zakład Opiekuńczo-Leczniczy (...) podlegają w całości opodatkowaniu, zgodnie z art. 41 ust. 12 i 12a w zw. z art. 146a pkt 2 ww. ustawy o podatku od towarów i usług stawką podatku w wysokości 8%”*. Przedmiotową decyzję Ministra Finansów wyrażoną w trybie art. 14e § 1 Ordynacji podatkowej w odniesieniu do robót budowlanych dotyczących zakładów opiekuńczo-leczniczych o profilu psychiatrycznym o zastosowaniu 8% stawki VAT, należało w stanie faktycznym tej sprawy uznać za wytyczną co do stawki VAT w odniesieniu do omawianego zagadnienia. Także ta zmiana interpretacji, w odniesieniu do analogicznego obiektu i zadania, którego zdaniem Zamawiającego dotyczyło rozstrzygnięcie KIO w wyroku z dnia 18.08.2014 r. KIO 1571/14, powoduje, że nie jest możliwe skuteczne powoływanie się na to orzeczenie w kontekście zastosowania stawki

VAT w wysokości 23%, w miejsce 8% w odniesieniu do robót budowlanych związanych z przedmiotowym zakładem opiekuńczo-leczniczym o profilu psychiatrycznym«.

Ze względu na złożenie odmiennych Interpretacja indywidualnych dotyczących stawek VAT do stosowania w tym przedmiocie zamówienia Izba stwierdza, że organ wydający interpretacje nie dokonuje klasyfikacji budynków. Zresztą takie passusy znajdują się w interpretacjach, które zostały złożone Izbie przez odwołującego i przystępującego. Dlatego nie można w całej rozciągłości i bez zastrzeżeń przyjąć złożonych interpretacji, gdyż odnoszą się one do wniosków, gdzie sami wnioskodawcy musieli dokonać klasyfikacji budynków, Dlatego interpretacje te nie mogą podważyć ustaleń Izby w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia, które to ustalenia zostały dokonane w przytaczanym wyroku KIO 967/17.

Ponadto nie można zawsze stosować podstawowej stawki VAT wynoszącej 23%, jak to twierdzi odwołujący, ale należy stosować właściwą stawkę VAT, której wysokość wynika z przepisów. I stosowanie właściwych stawek VAT jest obowiązkiem podatników, a nie ich uprawnieniem.

Dlatego zdaniem Izby odwołujący nie zastosował do bryły budynku właściwej stawki VAT stosując stawkę 23%, a przystępujący zastosował właściwą stawkę 8%.

Również w przypadku zieleni przystępujący nie zastosował błędnej stawki na zieleni, gdyż zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o VAT (Dz. U. z 2016 r. poz. 710 ze zm.), zał. 3 poz. 176 – do usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni należy stosować stawkę VAT 8%.

W związku z tym nie można stwierdzić, że odwołujący zastosował właściwe stawki VAT do określenia swojej ceny ofertowej oraz że przystępujący popełnił błąd w obliczaniu ceny i na tej podstawie oferta przystępującego nie może być odrzucona, jak o to wnosił odwołujący.

Na tej podstawie Izba stwierdza, że nie może uwzględnić zarzutów drugiego, trzeciego i czwartego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego i oraz zaniechania odrzucenia oferty przystępującego oraz wybrania oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp – przez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum, mimo że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego – nie zasługuje na uwzględnienie.

a) Izba stwierdza, że zamawiający wymagał – na spełnienie warunku udziału w postępowaniu – w rozdz. VII pkt 1 lit. b czarna kropka pierwsza tiret trzecie SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ostatnich 5 latach zrealizowali co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na potrzeby opieki zdrowotnej, w których

udzielane są stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne o kubaturze nie mniejszej niż 10.000 m³.

Na potwierdzenie spełnienia tego wymagania wykonawca Konsorcjum przedstawił w „Wykazie Robót Budowlanych” (załącznik 4c) inwestycję p.n. „Zwiększenie efektywności energetycznej przez termomodernizację budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlasce” oraz załączył „Poświadczenie” wystawione przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlasce.

Zdaniem odwołującego treści tych dokumentów wynika, że zakres wykonanych przez wykonawcę Konsorcjum robót obejmował prace remontowo-modernizacyjne, a nie prace związane z budową lub przebudową obiektu budowlanego w myśl definicji zawartej w art. 3 ust. 6 i 7a ustawy Prawo budowlane.

Jednak zdaniem Izby roboty w Białej Podlaskiej nie można zakwalifikować jako remontu. Zgodnie z art. 3 pkt 8 Prawa budowlane remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji. Wskazana robota obejmowała także m.in. ocieplenie stropodachu, docieplenie dachu, ocieplenie ścian zewnętrznych, wykonanie wymiennikowni ciepła, zamontowanie baterii kolektorów ciepłych. Prace te były dodaniem nowych elementów budynku, a więc nie mogą być zakwalifikowane jako remont, ale noszą cechy przebudowy. Zgodnie z art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.

Dlatego Izba nie może przychylić się do zastrzeżeń odwołującego odnośnie robót budowlanych w szpitalu w Białej Podlaskiej wykazanych przez przystępującego.

b) Izba stwierdza, że zgodnie z rozdz. VII pkt 1 lit. b czarna kropka pierwsza tiret czwarte SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ostatnich 5 latach zrealizowali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności: publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 20.000 m³.

Na potwierdzenie spełnienia tego wymagania, wykonawca Konsorcjum przedstawił w „Wykazie Robót Budowlanych” (załącznik 4d) inwestycję p.n. „Poprawa warunków edukacyjnych dzieci i młodzieży w Gminie Jednorożec – budowa Sali sportowej wraz załącznikiem przebudowa Zespołu Placówek Oświatowych”. Kubaturę Zespołu Placówek Oświatowych określono na 50.901,2 m³.

Odwołujący zarzuca, że z treści dokumentów przedstawionych do oferty przez przystępującego wynika, że mamy do czynienia z trzema obiektami budowlanymi, w których były wykonane roboty budowlane, żaden z poszczególnych obiektów nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ. Dlatego odwołujący stwierdza, że wykonawca Konsorcjum nie wykazał,

że zrealizował co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze, nie mniejszej niż 20.000 m³.

Jednak na rozprawie przystępujący złożył dowód nr 3, z którego wynika, że po przebudowie dokonanej przez przystępującego wszystkie 3 budynki są ze sobą połączone przez zabudowanie patio w formie atrium. W związku z tym, że w SIWZ zamawiający nie wskazał kiedy wykazywany budynek musiał posiadać wymagane gabaryty (20 000 m³) czy przed rozpoczęciem wymaganych robót czy po zakończeniu – nie można stwierdzić naruszenia przepisów przez zaaprobowanie robót, w których wyniku budynek uzyskał wymagane gabaryty. Dlatego Izba musi podzielić stanowisko zamawiającego i przystępującego, że wykonawca konsorcjum (przystępujący) spełnił ten warunek, skoro wskazaną przez przystępującego w wykazie robotą budowlaną objęta była łączna kubatura o powierzchni ponad 50.000 m³.

c) Izba stwierdza, że zamawiający zgodnie z rozdz. VII pkt 1 lit. b czarna kropka druga tiret pierwsze SIWZ wymagał skierowania do realizacji zamówienia co najmniej po jednej osobie odpowiedzialnej za kierowanie robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającej uprawnienia budowlane tej specjalności bez ograniczeń.

Na potwierdzenie tego warunku wykonawca Konsorcjum w „Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji robót budowlanych” (załącznik nr 5) wskazał na stanowisko kierownika robót budowlanych osobę legitymującą się średnim wykształceniem technicznym i 31-letnim doświadczeniem zawodowym. Ponieważ zamawiający wymagał, aby w zakresie przedmiotowego stanowiska, wskazany kandydat legitymował się uprawnieniami bez ograniczeń, dlatego też, w świetle aktualnie obowiązujących przepisów, osoba nie posiadająca wyższego wykształcenia nie posiada uprawnień bez ograniczeń. Zdaniem odwołującego nadane tej osobie uprawnienia na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w świetle interpretacji prawnych należy uznać za uprawnienia ograniczone.

Izba stwierdza, że podobne zagadnienie było rozważane w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO/KD 7/17). W uchwale tej Izba stwierdza »Zamawiający żądał w tym przypadku uprawnień bez ograniczeń w rozumieniu § 12 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Infrastruktury, nie dopuszczając tym samym uprawnień z ograniczeniami, o których mowa w § 12 ust. 2 rozporządzenia – ponieważ, jak można założyć, było to związane ze specyfiką jego przedmiotu zamówienia, do którego wykonania uprawnienia w ograniczonym zakresie są niewystarczające. Natomiast brak jest uzasadnienia dla niedopuszczania w ramach warunku, uprawnień wydanych na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.), którymi posługuje się p. AD [...].

Za niedopuszczalną więc należy uznać taką interpretację warunków udziału w postępowaniu, która eliminuje szereg podmiotów obecnych na rynku i zdolnych do wykonania zamówienia. [...].

[...] w ocenie Izby, najbardziej adekwatną do celów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, formułą porównywania i kwalifikowania „starych” uprawnień względem „nowych”, jest formuła wskazana w wyroku Izby z 8 lipca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1332/11; KIO 1333/11) [...]. Uprawnienia budowlane wydawane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów odpowiadające współczesnym uprawnieniom w danej specjalności bez ograniczeń, to uprawnienia, które nie mają zakresowo-rzeczowych ograniczeń definiowanych przez obowiązujące aktualnie przepisy (jako wyłączonych przez takie sformułowanie warunku) oraz są uprawnieniami umożliwiającymi wykonanie zamawianego zakresu robót, w związku z którym warunki były stawiane. [...].

Uprawnienia p. AD nie posiadają ograniczeń, o których mowa w z § 12 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, ale umożliwiają pełnienie funkcji projektanta na tym zamówieniu, tak jak uprawnienia bez ograniczeń, o których mowa w 12 ust. 1 ww. rozporządzenia, i w tym znaczeniu odpowiadają tym uprawnieniom.

Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca [...], spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie [...]«.

Tak więc Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że przystępujący spełnia warunek postawiony przez zamawiającego. Z faktu, że wskazana osoba nabyła uprawnienia bez ograniczeń na podstawie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie obecnie obowiązującej ustawy Prawo budowlane i nie posiada wyższego wykształcenia nie można wnioskować, że osoba ta nie posiada uprawnień bez ograniczeń. Zwłaszcza, że zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Poprzednio, obowiązujące przepisy (art. 18 ustawy z dnia 24 października 1974 r. – Prawo budowlane) w ogóle nie stopniowały uprawnień tak jak to robią obecnie obowiązujące przepisy (art. 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane), zatem nie można twierdzić, że osoba która nabyła uprawnienia pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, nabyła je z jakimikolwiek ograniczeniami.

Wobec powyższego w ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp – przez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum, mimo że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty dojazdu na wyznaczoną rozprawę pełnomocnika zamawiającego w kwocie 300,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 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 (Dz. U. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: