**Wyrok**

Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 28 lipca 2010 r.

**KIO/UZP 1457/10; KIO/UZP 1458/10**

Wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej, które to określa się z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytworzenia dzieła. Wynagrodzenie ryczałtowe nie wymaga przeprowadzania rozliczeń i przysługuje wykonawcy bez względu na rzeczywiste koszty wykonania zamówienia. 2. Przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, gdyż zgodnie z art. 632 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy p.z.p. nie ma możliwości przy wynagrodzeniu ryczałtowym podwyższenia wynagrodzenia w przypadku błędnie zastosowanej stawki podatku VAT.

*LEX nr 616259*

**616259**

Dz.U.2013.907: art. 2 pkt 1; art. 32 ust. 1

**Skład orzekający**

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska.

**Sentencja**

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

A. wykonawcę E. S.A., W., ul. P. (sygn. akt: KIO/1457/10), adres do korespondencji: E. S.A. Oddział R., ul. F., R.;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S.A. K., W. (sygn. akt: KIO/1458/10);

w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, 35-301 R., ul. Lwowska 60 przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. Sp. z o.o. oraz B. Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. P., R. zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO 1457/10 oraz KIO 1458/10, po stronie Zamawiającego;

- E. S.A., W., ul. P., adres do korespondencji: E. S.A. Oddział R., ul. F., R.; zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 1458/10 po stronie Zamawiającego;

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S.A., A. S.A., adres dla pełnomocnika: ul. K., W. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 1457/10 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1.

A. Oddala odwołanie

B. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża:

A. wykonawcę E. S.A., W., ul. P., adres do korespondencji: E. S.A. Oddział R., ul. F., R. w ten sposób, że:

nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez E. S.A., W., ul. P., adres do korespondencji: E. S.A., Oddział R., ul. F., R. stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

B. M. S.A., A. S.A., adres pełnomocnika: ul. K., W. w ten sposób, że:

nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez M. S.A., A. S.A., adres pełnomocnika: ul. K., W. stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

**Uzasadnienie faktyczne**

Szpital Wojewódzki Nr 2 w Rzeszowie, ul. Lwowska 60, 35-301 R. (zwany dalej: "Zamawiającym"), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (zwanej dalej: "ustawą" lub "ustawą p.z.p.", prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie na: "Rozbudowę Szpitala Wojewódzkiego nr 2 w Rzeszowie o budynek dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego wraz z infrastrukturą zewnętrzną".

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 p.z.p.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 19 marca 2010 r. publikując ogłoszenie na stronie internetowej Zamawiającego oraz wywieszając ogłoszenie w swojej siedzibie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 55-081419.

W dniu 1 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców za pośrednictwem faksu o wynikach przedmiotowego postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: I. Sp. z o.o. oraz B. Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. P., R. (dalej zwanych: "Konsorcjum I.").

Sygn. akt: KIO/ 1457/10

W dniu 12 lipca 2010 r. wykonawca E. S.A., W., ul. P. (dalej zwany "Odwołującym E.") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Kopię odwołania Odwołujący E. przekazał Zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum I. oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: M. S.A. oraz A. S.A., adres dla pełnomocnika: ul. K., W. (dalej zwanych: "Konsorcjum M.").

W zakresie oferty złożonej przez I. Odwołujący E. S.A. zarzucił Zamawiającemu:

- naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe, zdaniem Odwołującego doprowadziło do bezprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum I.; oraz
- naruszenie 26 ust. 4 oraz 87 ustawy p.z.p.

W zakresie oferty złożonej przez Konsorcjum M. Odwołujący E. zarzucił Zamawiającemu:

- naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum M.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń Odwołujący E. wniósł o:

1) dokonania ponownego badania i oceny,
2) wykluczenia Inżynierii z postępowania oraz odrzucenie oferty Inżynierii,
3) odrzucenie oferty Konsorcjum M.,
4) wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego E.

Uzasadniając podniesione zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum I., Odwołujący E. wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący zwrócił uwagę na Harmonogram rzeczowo-finansowy (vide: str. 177 oferty Konsorcjum I.) oraz na wymaganie Zamawiającego zawarte w SIWZ, gdzie cykl realizacji wg SIWZ 18 m-cy z pozwoleniem na użytkowanie. W opinii Odwołującego E. zestawienie tych dwóch dokumentów ewidentnie pokazuje, że I. nie wyceniła w harmonogramie przedmiotowej

pozycji. Tymczasem pozycja ta jest kosztowna, gdyż np. w ofercie Odwołującego E. została wyceniona na kwotę 15.000 PLN. Zdaniem Odwołującego E. okoliczność tę należy dodatkowo rozpatrywać na gruncie projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z którym Zamawiający byłby zobowiązany zapłacić za czynność która nie jest objęta zobowiązaniem zawartym w Harmonogramie (§ 7.5 "Podstawę do wystawienia faktury końcowej będzie stanowić protokół odbioru końcowego robót podpisany przez strony oraz pozwolenie na użytkowanie").

Ponadto Odwołujący E. zwrócił uwagę, iż na stronie 178 oferty Konsorcjum Inżynierii R. znajduje się oświadczenie z art. 22 ustawy p.z.p. Konsorcjum I. w pkt 3.2) oświadczenia nie dokonał wymaganego przez Zamawiającego przekreślenia odpowiedniego fragmentu oświadczenia. Na stronie 179 oferty i wzoru przygotowanego przez Zamawiającego wyraźnie zaznaczono, że "nieskreślenie żadnej z opcji w którejkolwiek pozycji spowoduje nieważność oświadczenia!". Wedle Odwołującego E. Konsorcjum I. nie kwestionowała tego zapisu do upływu terminu składania ofert, zatem jest nim związana tak jak i pozostałe strony postępowania, w tym Zamawiający, który w takiej sytuacji powinien, jego zdaniem taką ofertę odrzucić. Ponadto na stronie 321 oferty Konsorcjum Inżynierii R., znajduje się oświadczenie, że żadna część zamówienia nie będzie powierzona podwykonawcom. Tymczasem przedmiotem niniejszego zamówienia są m.in. wyroby medyczne (instalacja gazów medycznych), która to część zamówienia nie może być wykonana przez wykonawcę. Odwołujący zwraca uwagę, iż I. nie kwestionowała tego zapisu do upływu terminu składania ofert, zatem jest nim związana tak jak i pozostałe strony postępowania, w tym Zamawiający. W tych okolicznościach oferta Inżynierii R. powinna zostać odrzucona.

Dodatkowo z daleko idącej ostrożności Odwołujący E. zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 4 i 87 ust. 1 ustawy, gdyż według wiedzy Odwołującego E. I. nie posiada odpowiednich kwalifikacji w tym zakresie, co Zamawiający jest obowiązany wyjaśnić. Wyjaśnione powinno być, zdaniem odwołującego E. czy I. jako konsorcjum dwóch firm budowlanych jest w stanie uwzględnieniem wymagań SIWZ i obowiązujących przepisów dla wyrobów instalacji gazów medycznych wykonać wymagane prace i nadać temu zakresowi znaki odpowiednie CE.

Na stronie 321 oferty Inżynierii R., znajduje się oświadczenie, że żadna część zamówienia nie będzie powierzona podwykonawcom. Tymczasem przedmiotem niniejszego zamówienia są m.in. wyroby medyczne (instalacja gazów medycznych), która to część zamówienia nie może być wykonana przez wykonawcę. I. nie kwestionowała tego zapisu do upływu terminu składania ofert, zatem jest nim związana tak jak i pozostałe strony postępowania, w tym Zamawiający. W tych okolicznościach oferta Inżynierii R. powinna zostać odrzucona.

Uzasadniając podniesione zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum M., Odwołujący E. wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Konsorcjum M. w ofercie zaoferował stawki podatku VAT 7 % i 22 %, co zdaniem Odwołującego E. wyczerpuje przesłanki do odrzucenie tej oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Prawidłową stawką w niniejszym postępowaniu jest stawka podatku VAT w wysokości 22 % - jako jednolita dla całego przedmiotu zamówienia, którym jest robota budowlana. W opinii Odwołującego E. zgodnie z dorobkiem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych rozpatrujących skargi na orzeczenia ZA i KIO, błędnie zastosowana stawka podatku VAT nie podlega sanowaniu na gruncie ustawy. Dodatkowo podnieść należy, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować stawki VAT w każdej wysokości i zrównywać status wykonawcy, który zastosował błędną stawkę podatku VAT z wykonawcą, który zastosowała stawkę prawidłową.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem o sygn. akt KIO 1457/10 oraz odwołaniem 1458/10 po stronie Zamawiającego w dniu 16 lipca 2010 r. (wpływ do Izby - forma pisemna, faksem w dniu 15 lipca 2010 r.) zgłosiło Konsorcjum I. Ponadto przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem o sygn. akt KIO 1457/10 po stronie Zamawiającego w dniu 15 lipca 2010 r. (wpływ do Izby - forma pisemna) zgłosiło Konsorcjum M.

Sygn. akt: KIO/ 1458/10

W dniu 12 lipca 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. S.A., A. S.A., adres pełnomocnika: ul. K., W. (dalej zwani "Odwołującym Konsorcjum M.") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Kopię odwołania Odwołujący Konsorcjum M. przekazał Zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy Konsorcjum I. oraz oferty E. S.A., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. jako zawierających błędy w obliczeniu ceny.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum M. działanie Zamawiającego polegające na przyjęciu jako prawidłowej zastosowanej w ofertach pozostałych wykonawców, w tym - wybranego Konsorcjum Inżynieria oraz E., w odniesieniu do elementów wyposażenia medycznego stawki podatku od towarów i usług (Vat) w wysokości 22 %, jest ewidentnym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny, a w konsekwencji - ze względu na dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie odrzucenia pozostałych ofert zawierających te same błędy - stanowi również naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. z uwagi na dokonanie wyboru niezgodnie z obowiązującymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert oraz złamanie naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) powtórne badanie i ocenę ofert w postępowaniu, a w konsekwencji - dokonanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy (Konsorcjum I.) i oferty E., jako zawierających błędy w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Konsorcjum M. wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Jak twierdzi Odwołujący przedmiot zamówienia, poza wykonaniem prac budowlanych, stanowi również dostawa, montaż i uruchomienie wybranych przez Zamawiającego elementów wyposażenia sal oraz dostarczenie oprzyrządowania ruchomego, wobec których jako właściwa winna zostać zastosowana preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 7 %. Sporne elementy wyposażenia ujęte są w kosztorysach opisanych w stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ "Formularzu kosztów wykonania zamówienia". Elementy te opisane są w ofercie Odwołującego pod następującymi pozycjami formularza:

1. 5.2 "Instalacja wewnętrzna wod. - kan., dostawa urządzeń": 1) myjnia dezynfektor nieprzelotowy służąca do mycia i dezynfekcji narzędzi i naczyń operacyjnych, 2) płuczka - dezynfektor przeznaczona do opróżniania, płukania i dezynfekcji butli z krwią wszelkich naczyń operacyjnych, drobnych narzędzi itp.,
2. 8.2. "Instalacja gazów medycznych - dostawa urządzeń": 1) kolumny anestezjologiczne, 2) kolumny chirurgiczne i OIM, 3) ścienne systemy zasilające, 4) osprzęt ruchomy w instalacji gazów medycznych takie jak: dozowniki tlenu, końcówki kątowe, dreny ciśnieniowe, reduktory nabutlowe z dozownikiem, ssawki inżektorowe z wakuometrem, regulatory membranowe próżni, zestawy naczyń odsysających jednorazowe i wielorazowe, zaworki czerpalne z manometrami,
3. 9.2 "Instalacja elektryczna silnoprądowa - tom I (część 1,2) - dostawa urządzeń": 1) oprawy oświetleniowe - lampa bakteriobójcza sufitowa przepływowa, 2) oprawy oświetleniowe - lampa bakteriobójcza ścienna przepływowa, 3) oprawy oświetleniowe - lampa 1 - projektorowa w zawieszeniu ściennym, 4) oprawy oświetleniowe - lampa operacyjna, 5) lampy oświetleniowe - lampa zabiegowa.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że powyższe w zakresie dotyczącym ww. pozycji 5.2 i 9.2 było już przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum M. w dniu 24 czerwca 2010

r., gdzie Odwołujący wskazał, iż na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), "dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7 % (...)".

Odwołujący wyjaśnił również, że dostawa wyposażenia sal szpitalnych i pomieszczeń pomocniczych, tj. 1) myjnia dezynfektor nieprzelotowy służąca do mycia i dezynfekcji narzędzi i naczyń operacyjnych, 2) płuczka - dezynfektor przeznaczona do opróżniania, płukania i dezynfekcji butli z krwią, wszelkich naczyń operacyjnych, drobnych narzędzi itp., 3) oprawy oświetleniowe - lampa bakteriobójcza sufitowa przepływowa, 4) oprawy oświetleniowe - lampa bakteriobójcza ścienna przepływowa, 5) oprawy oświetleniowe - lampa 1 - projektorowa w zawieszeniu ściennym, 6) oprawy oświetleniowe - lampa operacyjna, 7) lampy oświetleniowe - lampa zabiegowa, zostały objęte preferencyjną 7 % stawką podatku VAT z uwagi na fakt, że każdy z ww. elementów jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 93, poz. 896 z późn. zm.). Pomimo że udzielane wyjaśnienia dotyczyły zakresu objętego pytaniem Zamawiającego (zatem poz. 5.2 i 9.2), Odwołujący zwrócił uwagę, że 7 % preferencyjna stawka winna mieć zastosowanie również do dostawy urządzeń przy instalacji gazów medycznych - tak jak to ujął Odwołujący w swojej ofercie w poz. 8.2, podczas gdy w ofertach pozostałych wykonawców, w tym wybranego - zastosowano wobec tych dostaw nieprawidłową 22 % stawkę podatku VAT. Zgodnie z informacją przedstawioną w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, powyższe urządzenia przyporządkowano do poz. 106 załącznika nr 3 do tej ustawy, które bez względu na symbol PKWiU są wyrobami medycznymi w rozumieniu powołanej ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonymi do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innymi niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Z tego też względu, zdaniem Odwołującego wobec wymienionych elementów wyposażenia medycznego winno się zastosować bezspornie 7 % stawkę podatku VAT.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że pomimo iż przedmiotem zamówienia są zarówno typowe roboty budowlane, jak również dostawa wyposażenia i oba te świadczenia regulują postanowienia jednej umowy, która stanowi załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (zwanej dalej: "SIWZ"), charakter prac budowlanych zdecydowanie wyklucza, aby za ich immanentną cześć uznać dostawę urządzeń nawet wtedy gdy stanowi ona niezbędny element wyposażenia dla określonego wykorzystania powstałego w wyniku tych prac budynku. Powyższe stanowisko jednoznacznie potwierdza, zdaniem Odwołującego Interpretacja Indywidualna z 20 kwietnia 2009 r., wydana przez Izbę Skarbową w Warszawie, którą Odwołujący otrzymał w analogicznej sprawie i której kopię udostępnił w ramach udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień w dniu 22 czerwca 2010 r.

W treści powołanej interpretacji podatkowej, której przedmiotem było ustalenie właściwej stawki podatku VAT dla dostawy, montażu i uruchomienia wyposażenia sal operacyjnych, tj. zastawów sufitowych jednostek zasilających - mikrochirurgicznej i chirurgicznych oraz myjni automatycznej (zatem - częściowo zbieżnych z elementami wyposażenia przedmiotowego postępowania) w postępowaniu dotyczącym robót budowlanych polegających na dobudowie bloku operacyjnego szpitala w Lublinie, Izba uznała słuszność stanowiska wnioskodawcy wskazującego na właściwość preferencyjnej 7 % stawki podatku i stwierdziła jednoznacznie: "Pomimo ujęcia tych dwóch świadczeń w jednej umowie nie można uznać, iż w ramach czynności polegających na wykonaniu, wybudowaniu bloku operacyjnego (robót budowlanych) dochodzi do dostawy wyposażenia. Charakter prac budowlanych wyklucza, aby za ich cześć immanentną uznać dostawę urządzeń nawet wtedy, gdy stanowią one niezbędny element wyposażenia dla określonego wykorzystania powstałego w wyniku tych prac budynku (tu: bloku operacyjnego)".

Odwołujący przywołał treść art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, gdzie ilekroć w ustawie jest mowa o robotach budowlanych należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie i rozbiórce obiektu budowlanego.

Roboty budowlane to określenie czynności w zakresie budownictwa, które polegają na wykonywaniu, odbudowie, rozbudowie i nadbudowie, a także przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Z tej definicji wynika, iż roboty budowlane mają w efekcie doprowadzić do powstania obiektu budowlanego albo do jego przebudowy, montażu, remontu lub rozbiórki. Zawsze jednak roboty te wiążą się z obiektem budowlanym, którym jest budynek, budowla lub obiekt małej architektury (por. art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego). Roboty budowlane ze swej istoty mają charakter złożony. W ich wykonaniu wykorzystywane są i zużywane rozmaite materiały budowlane (towary), jednakże ich istotą jest nie dostawa tych materiałów, ale powstanie i późniejsze przekazanie Zamawiającemu materialnego rezultatu robót, czyli obiektu budowlanego.

Według Odwołującego w przedmiotowej sprawie występuje niewątpliwie wiele czynności, które mają doprowadzić do końcowego rezultatu, jakim jest powstanie obiektu budowlanego (bloku operacyjnego). Wszelkie czynności, w tym dostawa materiałów budowlanych ma doprowadzić do powstania takiego obiektu. Nie można jednak uznać, że elementami niezbędnymi i koniecznymi dla jego powstania są urządzenia stanowiące jego wyposażenie. Dostawa tych urządzeń nie stanowi niezbędnego elementu świadczenia polegającego na wybudowaniu budynku - bloku operacyjnego. Urządzenia te. nawet w sytuacji ich trwałego przytwierdzenia do ścian lub sufitu budynku nie stanowią urządzeń warunkujących prawidłowe korzystanie z samego budynku".

Odwołujący podkreślał, iż sporne elementy wyposażenia nie stanowią części składowych budynku w rozumieniu art. 47 kodeksu cywilnego, a zatem nie tracą one samodzielnego bytu prawnego. Innymi słowy - jak to stwierdza również powołana interpretacja podatkowa - "żaden z analizowanych elementów wyposażenia nie spełnia definicji trwale związanych z budynkiem i stanowiącym jego część składową. Ich odłączenie nie spowoduje uszkodzenia lub istotnej zmiany całości bądź też uszkodzenia lub zmiany elementu odłączonego (jego bezużyteczność). Wyposażenie z chwilą dokonania ich montażu (połączenia z budynkiem) nie straci samodzielnego bytu prawnego. Na skutek tego przedmiotem dostawy będą elementy wyposażenia (myjnia i kolumny podsufitowe) jako odrębne od budynku dostawy mogące być odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego."

W opinii Odwołującego, skoro dostawę myjni automatycznej dezynfektora do narzędzi endoskopów sztywnych i akcesoriów - DOZ. 21 załącznika nr 10 do SIWZ. dwóch zestawów sufitowych jednostek zasilających - mikrochirurgicznych i chirurgicznej (...) oraz sufitowej kolumny anestezjologicznej z monitorem (...) należy traktować odrębnie od świadczenia usługi polegającej na wybudowaniu bloku operacyjnego, a przedmioty dostawy są zaliczone na podstawie odrębnych przepisów do wyrobów medycznych, dla ich opodatkowania właściwa stawka będzie stawka 7 % - zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy w związku z DOZ. 106 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług." Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym stanie faktycznym rozstrzygające dla ustalenia jako właściwej 7 % stawki podatku VAT jest, że dostarczane i montowane elementy wyposażenia nie będą stanowiły części składowych rzeczy, lecz ich przynależności.

W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 21 maja 2009 r., w którym Sąd stwierdził: "Przynależności mogą mieć charakter samoistny i z reguły mogą być traktowane jako rzeczy mogące być przedmiotem samoistnego obrotu cywilnoprawnego. Oznacza to, że rzecz główna i przynależność nie traci charakteru rzeczy samodzielnej i odróżnia się od części składowej, która traci zawsze charakter samoistny z chwilą połączenia (...).

Skoro zatem sporne urządzenia mogą być swobodnie przenoszone pomiędzy poszczególnymi salami operacyjnymi, tj. z jednych sal operacyjnych do innych sal, pod warunkiem jednak, że będą one do tego przystosowane (...) oznacza to i zarazem sprawia, ze wskutek takiego połączenia przedmiot połączony - sporne urządzenie nie traci w ogóle

samodzielnego bytu w sensie fizycznym, gospodarczym i prawnym, jak również nie stanowi ono z pozostałymi składnikami rzeczy jednej całości traktowanej w obrocie jako dobro samoistne. Skoro istnieje tu zatem nie tylko możliwość ich swobodnego odłączenia od rzeczy bez ingerencji w jej istotę czy też byt, jak również w istotę i byt samych spornych urządzeń, to także wobec takich właśnie działań nie tracą one charakteru rzeczy tak już po ich połączeniu, a tym bardziej po ich odłączeniu. Powyższe zatem sprawia zdaniem Odwołującego, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z przynależnością, a nie częścią składową".

Z uwagi na fakt, iż zdaniem Odwołującego objęty interpretacją podatkową stan faktyczny jest analogiczny do sytuacji występującej w przedmiotowym postępowaniu, zarzut zastosowania przez pozostałych wykonawców niewłaściwej stawki VAT jest w pełni uzasadniony i potwierdza w tej sytuacji błędy w obliczeniu ceny wykonawców, które powinny skutkować odrzuceniem złożonych przezeń ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p., a w konsekwencji - także zmianą wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy p.z.p.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem o sygn. akt KIO 1457/10 oraz odwołaniem 1458/10 po stronie Zamawiającego w dniu 16 lipca 2010 r. (wpływ do Izby - forma pisemna, faksem w dniu 15 lipca 2010 r.) zgłosiło Konsorcjum I. Ponadto przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem o sygn. akt KIO 1458/10 po stronie Zamawiającego w dniu 15 lipca 2010 r. (wpływ do Izby - forma pisemna) zgłosił wykonawca E. S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) - tzw. "małej nowelizacji" oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) - tzw. "dużej nowelizacji". Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, tj. w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. (z wyjątkiem zarzutu podniesionego przez wykonawcę E. S.A. a dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum M., ze względu, iż potwierdzenie się zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum M. nie spowoduje, iż oferta Odwołującego E. zostanie uznana za najkorzystniejszą).

Odwołania, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących E. oraz Konsorcjum M., wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy E. S.A. (KIO/1457/10) skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca Konsorcjum I. oraz Konsorcjum M.

Zważywszy brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołania o sygnaturach akt KIO/1457/10 oraz KIO/1458/10, zdaniem Izby nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO/1457/10

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na:

"Rozbudowę i modernizację Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w szpitalu Wojewódzkim nr 2 w Rzeszowie".

W pkt XVII "Opis sposobu obliczenia ceny" wskazano w ppkt 1, iż cenę ofertową stanowić będzie wartość brutto wpisana na formularzu oferty za całość przedmiotu zamówienia wyliczona przez dodanie przewidzianego prawem podatku VAT (naliczonego od wartości ceny netto), zaś zgodnie z ppkt 2 Zamawiający wskazał, iż ustala się formę wynagrodzenia za przedmiot zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, a w przypadku konieczności realizacji robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych - wynagrodzenie wyliczone na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego przez wykonawcę i zatwierdzonego przez zamawiającego przed przystąpieniem do tych robót.

Ponadto w ppkt 7 Zamawiający zawarł zapis, że wynagrodzenie ryczałtowe powinno zawierać wszystkie należności związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z dokumentacji, ze SIWZ (w tym postanowień umowy) z przekonania i doświadczenia wykonawcy oraz inne niezbędne do prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego - w szczególności:

- koszty robót budowlanych i montażowych,
- roboty i czynności przygotowawcze w tym wszystkie rozbiórki i prace wyburzeniowe,
- koszty przeglądów gwarancyjnych i technicznych urządzeń na zasadach określonych w warunkach gwarancji iw dokumentacji techniczno-ruchowej dla tych urządzeń w okresie udzielonej gwarancji,
- ubezpieczenia budowy,
- zagospodarowanie placu budowy (w tym wykonania zadaszenia karetek i zorganizowania zaplecza budowy) oraz doprowadzeniem mediów dla potrzeb budowy wraz z ich opomiarowaniem, koszty za zużyte media,
- dozorowanie i ochronę budowy, utrzymanie zaplecza, prace porządkowe,
- składowania ziemi, wywozu jej nadmiaru oraz utylizacji gruzu i odpadów,
- zatrudnienia geologa i geodety,
- płatnych odbiorów technicznych i pomiarów oraz rozruchów,
- wszelkie koszty związane z dopuszczeniem obiektu do użytkowania,
- szkolenia personelu technicznego Zamawiającego w zakresie konserwacji, napraw i obsługi instalacji oraz urządzeń dostarczanych przez wykonawcę. Przeszkolenie powinni prowadzić przedstawiciele autoryzowanych serwisów,
- opracowanie instrukcji konserwacji, serwisowania oraz obsługi instalacji i urządzeń,
- opracowania instrukcji bezpieczeństwa pożarowego,
- trwałego oznakowania sieci oraz pomieszczeń według dokumentacji powykonawczej,
- opracowania dokumentacji powykonawczej,
- prac porządkowych, likwidacji zaplecza, uporządkowania placu budowy i otoczenia, doprowadzenie do stanu pierwotnego z wyrównaniem wszystkich ewentualnych szkód związanych z realizacją inwestycji,
- pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy.

Izba ponadto ustaliła, że w ppkt 17 wprowadzono zapis, iż kosztorysy ofertowe nie podlegają ocenie w zakresie: omyłek w obliczeniu ceny, innych niż wynikające z dokumentacji i przedmiarów ilości materiałów i urządzeń, zastosowania innych niż w przedmiarach podstaw wyceny, pominięcia którejkolwiek pozycji przedmiaru.

Izba stwierdziła, że we wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) wskazano, że należy podać cenę brutto oferty w złotówkach liczbą oraz słownie. Powyższa cena miała zawierać wszelkie koszty związane z realizacją niniejszego zamówienia.

Dodatkowo w formularzu kosztów wykonania zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ) Zamawiający wskazał zakres robót obejmujący:

- roboty nieujęte w przedmiarach, wynikające z zapisów SIWZ,

- roboty budowlane,
- zagospodarowanie terenu,
- instalacje zewnętrzne wraz z przekładkami,
- instalacja wewnętrzna wod - kan.,
- instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacja c.o.,
- instalacja gazów medycznych,
- instalacja elektryczna silnoprądowa - tom I (część 1, 2),
- instalacja elektryczna: sygnalizacji pożaru - tom II,
- instalacja elektryczna: kontroli dostępu, nagłaśniająca, telewizji dozorowej oraz instalacja przywoławcza - tom III,
- instalacja elektryczna: sieć strukturalna - instalacja telefoniczna i komputerowa - tom IV,
- instalacja elektryczna: AKPIA, sieć BMS - tom V,
- sieci elektryczne zewnętrzne: oświetlenie, przebudowa linii kablowych SN-15kV i NN - tom VI,
- przyłącz zasilania rezerwowego z agregatu prądotwórczego - tom VII

Wskazując w każdej pozycji cenę netto oraz cenę brutto.

Ponadto Izba wzięła pod rozwagę również zapisy projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ). W § 6 "Wynagrodzenie" Zamawiający zawarł następujące zapisy:

1) ppkt 1 - Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie w formie ryczałtu. Ustalone w tej formie wynagrodzenie wykonawcy jest niezmienne do czasu zakończenia realizacji przedmiotu umowy i odbioru robót.
2) ppkt 2 - wynagrodzenie ustala się w następujący sposób:
   - netto:,... zł,
   - brutto (z VAT):,... zł
3) ppkt 4 - wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z prawidłowym i kompletnym wykonaniem przedmiotu umowy wynikające z przekonania i doświadczenia wykonawcy oraz warunków określonych w SIWZ, a w szczególności:
   - koszty robót budowlanych i montażowych,
   - wszelkich robót przygotowawczych w tym wyburzeń i robót rozbiórkowych,
   - koszty przeglądów gwarancyjnych i technicznych instalacji i urządzeń w okresie gwarancji i rękojmi zgodnie z warunkami gwarancji i dokumentacją techniczno-ruchową,
   - ubezpieczenia budowy,
   - organizacji placu budowy (z zapleczem), wykonania tymczasowego zadaszenia podjazdu karetek oraz doprowadzenie mediów dla potrzeb budowy wraz z ich opomiarowaniem, koszty za zużyte media,
   - dozorowania i ochrony budowy,
   - składowania ziemi, wywozu jej nadmiaru oraz utylizacji gruzu i odpadów,
   - obsługi geodezyjnej budowy i geodezyjnej inwentaryzacji powykonawcze,
   - obsługi geologicznej budowy,
   - płatnych odbiorów technicznych, pomiarów oraz rozruchów,
   - wszelkie koszty związane z dopuszczeniem obiektu do użytkowania,
   - szkolenie personelu technicznego Zamawiającego w zakresie konserwacji, napraw i obsługi instalacji i urządzeń wraz z opracowaniem stosownej instrukcji - na zakres realizowany przez wykonawcę. Przeszkolenie powinni prowadzić przedstawiciele autoryzowanych serwisów,
   - koszty wszelkich usług serwisowych w okresie udzielonej gwarancji i rękojmi,
   - koszty prowadzenia robót w okresie zimowym i letnim przy wysokich temperaturach,
   - koszty opracowania dokumentacji powykonawczej,

- koszty trwałego oznakowania (według dokumentacji powykonawczej) pomieszczeń oraz sieci,
- koszty opracowania instrukcji bezpieczeństwa pożarowego,
- koszty prac porządkowych.

4) ppkt 8 - Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany wynagrodzenia za wykonany zakres, w przypadku jego realizacji odbiegającej od kosztorysu ofertowego.

Izba ustaliła również, że:

Załącznik nr 4A do SIWZ ("Oświadczenie") Zamawiający skonstruował w ten sposób, iż należało dokonać odpowiednich skreśleń w celu wykazania się, przez wykonawcę, spełnieniem bądź nie postawionymi przez Zamawiającego warunkami. Zamawiający zawarł jednocześnie zapis, iż nieskreślenie żadnej z opcji lub skreślenie obydwu, w którejkolwiek pozycji spowoduje nieważność oświadczenia.

Jednakże w toku postępowania wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania w powyższym zakresie:

Zamawiający ostatecznie udzielił odpowiedzi w dniu 29 kwietnia 2010 r., iż informuje że załączone do SIWZ oświadczenia są wzorami, wykonawca może zmodyfikować treść tych oświadczeń w taki sposób aby były zgodne z jego stanem faktycznym.

**Uzasadnienie prawne**

W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez nie wykluczenie Konsorcjum I. oraz nieodrzucenia jego oferty ze względu na fakt, iż wykonawca ten w dokumencie załączonym do oferty pn.: "Ogólny harmonogram rzeczowo-finansowy" w pkt 16 zawarł pozycję: "Pozwolenie na użytkowanie" jednocześnie nie wskazując w niniejszej pozycji żadnej kwoty, nie potwierdził się w zebranym przez Izbę materiale dowodowym.

Odwołujący E. w odwołaniu powołał się na wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ, gdzie jego zdaniem cykl realizacji wynosił 18 miesięcy z pozwoleniem na użytkowanie. Ponadto Odwołujący powołał się jednocześnie na projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z którym Zamawiający byłby zobowiązany zapłacić za czynność która nie jest objęta zobowiązaniem zawartym w Harmonogramie (tj. § 7.5 gdzie podstawę do wystawienia faktury końcowej miał stanowić protokół odbioru końcowego robót podpisany przez strony oraz pozwolenie na użytkowanie).

Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez Odwołującego E. wskazując, jednocześnie iż Zamawiający w SIWZ ustalił, iż formą wynagrodzenia za przedmiot zamówienia będzie wynagrodzenie ryczałtowe, które powinno zawierać wszystkie należności związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z dokumentacji, z SIWZ (w tym postanowień umowy) z przekonania i doświadczenia wykonawcy oraz inne niezbędne do prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego - w szczególności:

- płatnych odbiorów technicznych i pomiarów oraz rozruchów,
- wszelkie koszty związane z dopuszczeniem obiektu do użytkowania.

Nie ulega wątpliwości, iż wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej, które to określa się z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytworzenia dzieła. Wynagrodzenie ryczałtowe nie wymaga przeprowadzania rozliczeń i przysługuje wykonawcy bez względu na rzeczywiste koszty wykonania zamówienia.

Określenie w SIWZ ryczałtowego wynagrodzenia zostało również potwierdzone treścią załącznika nr 3 do SIWZ pn: "formularz kosztów wykonania zamówienia", który to formularz nie zawierał pozycji dotyczącej kosztów pozwolenia na użytkowanie, jednakże wynagrodzenie za cały przedmiot zamówienia miało zostać wskazane przez wykonawcę w formularzu ofertowym

(załącznik nr 2), zgodnie z którym cena w nim wskazana miała zawierać wszelkie koszty związane z realizacją niniejszego zamówienia.

Powyższe zapisy (w tym także zapisy projektu umowy) wyraźnie wskazują, iż w związku z przewidzianym przez Zamawiającego wynagrodzeniem ryczałtowym wykonawcy w swojej ofercie mieli wskazać cenę za całość przedmiotu zamówienia, a cena wskazana przez wykonawcę obejmowała również wszelkie koszty związane z dopuszczeniem obiektu do użytkowania (pkt XVII ppkt 7 SIWZ).

Ponadto, co również należy podkreślić, iż w świetle zapisów SIWZ wykonawca miał dostarczyć jedynie "Ogólny harmonogram rzeczowo-finansowy" realizacji robót, zaś zgodnie z § ust. 2 projektu umowy w ciągu 1 miesiąca od podpisania umowy wykonawca miał dostarczyć Zamawiającemu szczegółowo sporządzony harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót w oparciu o harmonogram ogólny.

Nie można również zgodzić się z argumentem Odwołującego, iż skoro sam Odwołujący wykazał taką kwotę w harmonogramie to każdy z wykonawców miał obowiązek zamieszczenia niniejszej pozycji w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Dlatego też Izba uznała, że wskazanie w harmonogramie rzeczowo-finansowym pozycji nr 16: "pozwolenie na użytkowanie" jednocześnie nie wskazując w niniejszej pozycji żadnej kwoty biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej argumentację należy stwierdzić, iż niniejsza nieścisłość nie ma wpływu na wynagrodzenie wykonawcy wskazane w formularzu ofertowym. Wobec powyższego zdaniem Izby nie znalazło potwierdzenia twierdzenie Odwołującego, iż w świetle zebranego materiału dowodowego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego, iż na stronie 178 oferty Konsorcjum Inżynierii R. znajduje się oświadczenie z art. 22 ustawy p.z.p. a Konsorcjum I. w pkt 3.2) oświadczenia nie dokonało wymaganego przez Zamawiającego przekreślenia odpowiedniego fragmentu oświadczenia, wskazując jednocześnie, że na stronie 179 oferty i wzoru przygotowanego przez Zamawiającego wyraźnie zaznaczono, że "nieskreślenie żadnej z opcji w którejkolwiek pozycji spowoduje nieważność oświadczenia!" Izba stwierdza, iż Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2010 r. na pytanie wykonawcy udzielił odpowiedzi, iż załączone do SIWZ oświadczenia są wzorami, a wykonawca może zmodyfikować treść tych oświadczeń w taki sposób, aby były one zgodne ze stanem faktycznym.

Zdaniem Izby nie można przyjąć, iż brak wypełnienia, skreślenia powyższej rubryki będzie powodował nieważność oświadczenia woli wykonawcy. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie oraz na rozprawie.

Zamawiający ponownie podkreślił, iż oświadczenie woli wykonawcy musi być zgodne ze stanem faktycznym, co w toku badania i oceny ofert miało zostać stwierdzone przez Zamawiającego na podstawie załączonych przez wykonawców dokumentów.

Zdaniem Izby wskazane przez Odwołującego E. argumenty nie dają podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. oraz odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.

Mając powyższe na względzie Izba pragnie przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach, (wyrok z dnia 23 lutego 2007 r.) w którym Sąd stwierdził, iż: "Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad (przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. (...)" dlatego też zdaniem Izby niezgodność oferty z treścią SIWZ to taka niezgodność, która ma wpływ na osiągnięcie właściwego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 oraz w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. w świetle przedstawionego stanu faktycznego również nie znalazł potwierdzenia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 i 87 ust. 1 ustawy p.z.p., iż Konsorcjum I. nie

posiada odpowiednich kwalifikacji w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia, co zdaniem Odwołującego powinno zostać wyjaśnione przez Zamawiającego w świetle przytoczonych przepisów ustawy, Izba uznała, iż zarzuty te są również niezasadne i biorąc pod uwagę całokształt sprawy należy uznać, iż nie znajdują one odzwierciedlenia w przedstawionym materiale dowodowym.

Według Odwołującego E. powinno zostać wyjaśnione czy Konsorcjum I. jako konsorcjum dwóch firm budowlanych jest w stanie z uwzględnieniem wymagań SIWZ i obowiązujących przepisów dla wyrobów instalacji gazów medycznych wykonać wymagane prace i nadać temu zakresowi znaki odpowiednie CE. Odwołujący wskazywał, iż wykonawca konsorcjum I. nie posiada wymaganego certyfikatu oraz zgłoszenia dokonania wpisu do rejestru wyrobów medycznych i jest nie zdolne do wykonania zamówienia. Odwołujący podnosi, że wykonawca nie wykazał się podwykonawstwem. Dodatkowo wskazuje, że instalacja gazów medycznych w związku z przedmiotowym zamówieniem nie jest możliwa ponieważ nie ma odpowiednich testów i certyfikatów.

Zdaniem Izby nie ma podstaw do skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy oraz art. 87 ustawy p.z.p., gdyż Zamawiający w powyższym zakresie w SIWZ nie zawarł żadnych wymagań dotyczących przedłożenia przez wykonawców jakichkolwiek testów czy certyfikatów. Powyższa okoliczność została również potwierdzona przez Zamawiającego w toku rozprawy, podczas której Zamawiający wskazał, iż nie zawarł żądań w SIWZ w powyższym zakresie. Ponadto w treści odwołania znajdują się ogólne stwierdzenia, iż Konsorcjum I. nie posiada odpowiednich kwalifikacji w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy pamiętać, iż w toku postępowania odwoławczego to na wykonawcy, który korzysta z prawa do odwołania spoczywa ciężar wykazania, ze konkretne czynności Zamawiającego czy też jego zaniechania są sprzeczne z przepisami ustawy p.z.p., a poprzez to ograniczają wykonawcy możliwość uzyskania danego zamówienia. To Odwołujący powinien przedstawić na tą okoliczność konkretne dowody, czego w niniejszej sprawie w sposób dostateczny nie uczynił. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. Ponadto Izba nie badała zarzutu dotyczącego złożenia przez Konsorcjum I. nieprawdziwych informacji, ponieważ zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu, a Odwołujący E. powołał się na ten zarzut dopiero na rozprawie w związku z powyższym Izba uzna, że powyższy zarzut jest spóźniony, a Izba w powyższym zakresie związana jest dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p., zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż Konsorcjum M. w swojej ofercie zaoferowało stawki podatku VAT 7 % i 22 %, co wyczerpuje przesłanki do odrzucenia tej oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny Izba uznała, iż Odwołujący E. nie ma interesu (w rozumieniu dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p.) w podtrzymywaniu powyższego zarzutu, biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący zakwestionował ofertę, która w rankingu ofert znajduje się na 3 miejscu, tj. za ofertą Odwołującego E. Izba stwierdza, że Odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu powyższego zarzutu.

Zdaniem Izby interes Odwołującego się w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. może doznać uszczerbku jedynie wówczas, gdy w następstwie uwzględnienia odwołania i ponownej oceny ofert, jego oferta byłaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Potwierdzenie się zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum M. nie spowoduje, iż oferta Odwołującego E. zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Jednakże w zakresie zastosowania właściwej stawki VAT Izba stwierdza, iż powyższa okoliczność była przedmiotem rozpoznania przez Izbę w związku z wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniem przez Konsorcjum M. o sygn. akt KIO 1458/10.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy p.z.p. orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie

przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt KIO/1458/10

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

W pkt XVII "Opis sposobu obliczenia ceny" wskazano w ppkt 1, iż cenę ofertową stanowić będzie wartość brutto wpisana na formularzu oferty za całość przedmiotu zamówienia wyliczona przez dodanie przewidzianego prawem podatku VAT (naliczonego od wartości ceny netto), zaś zgodnie z ppkt 2 Zamawiający wskazał, iż ustala się formę wynagrodzenia za przedmiot zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, a w przypadku konieczności realizacji robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych - wynagrodzenie wyliczone na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego przez wykonawcę i zatwierdzonego przez zamawiającego przed przystąpieniem do tych robót.

Ponadto w ppkt 7 Zamawiający zawarł zapis, że wynagrodzenie ryczałtowe powinno zawierać wszystkie należności związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z dokumentacji, ze SIWZ (w tym postanowień umowy) z przekonania i doświadczenia wykonawcy oraz inne niezbędne do prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego - w szczególności:

- koszty robót budowlanych i montażowych,
- roboty i czynności przygotowawcze w tym wszystkie rozbiórki i prace wyburzeniowe,
- koszty przeglądów gwarancyjnych i technicznych urządzeń na zasadach określonych w warunkach gwarancji iw dokumentacji techniczno-ruchowej dla tych urządzeń w okresie udzielonej gwarancji,
- ubezpieczenia budowy,
- zagospodarowanie placu budowy (w tym wykonania zadaszenia karetek i zorganizowania zaplecza budowy) oraz doprowadzeniem mediów dla potrzeb budowy wraz z ich opomiarowaniem, koszty za zużyte media,
- dozorowanie i ochronę budowy, utrzymanie zaplecza, prace porządkowe,
- składowania ziemi, wywozu jej nadmiaru oraz utylizacji gruzu i odpadów,
- zatrudnienia geologa i geodety,
- płatnych odbiorów technicznych i pomiarów oraz rozruchów,
- wszelkie koszty związane z dopuszczeniem obiektu do użytkowania,
- szkolenia personelu technicznego Zamawiającego w zakresie konserwacji, napraw i obsługi instalacji oraz urządzeń dostarczanych przez wykonawcę. Przeszkolenie powinni prowadzić przedstawiciele autoryzowanych serwisów,
- opracowanie instrukcji konserwacji, serwisowania oraz obsługi instalacji i urządzeń,
- opracowania instrukcji bezpieczeństwa pożarowego,
- trwałego oznakowania sieci oraz pomieszczeń według dokumentacji powykonawczej,
- opracowania dokumentacji powykonawczej,
- prac porządkowych, likwidacji zaplecza, uporządkowania placu budowy i otoczenia, doprowadzenie do stanu pierwotnego z wyrównaniem wszystkich ewentualnych szkód związanych z realizacją inwestycji,
- pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy.

Izba stwierdziła, że we wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) wskazano, że należy podać cenę brutto oferty w złotówkach liczbą oraz słownie. Powyższa cena miała zawierać wszelkie koszty związane z realizacją niniejszego zamówienia.

Dodatkowo w formularzu kosztów wykonania zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ) Zamawiający wskazał zakres robót obejmujący:

- roboty nieujęte w przedmiarach, wynikające z zapisów SIWZ,
- roboty budowlane,
- zagospodarowanie terenu,

- instalacje zewnętrzne wraz z przekładkami,
- instalacja wewnętrzna wod - kan.,
- instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacja c.o.,
- instalacja gazów medycznych,
- instalacja elektryczna silnoprądowa - tom I (część 1, 2),
- instalacja elektryczna: sygnalizacji pożaru - tom II,
- instalacja elektryczna: kontroli dostępu, nagłaśniająca, telewizji dozorowej oraz instalacja przywoławcza - tom III,
- instalacja elektryczna: sieć strukturalna - instalacja telefoniczna i komputerowa - tom IV,
- instalacja elektryczna: AKPIA, sieć BMS - tom V,
- sieci elektryczne zewnętrzne: oświetlenie, przebudowa linii kablowych SN - 15kV i NN - tom VI,
- przyłącz zasilania rezerwowego z agregatu prądotwórczego - tom VII

Wskazując w każdej pozycji cenę netto oraz cenę brutto.

Ponadto Izba wzięła pod rozwagę również zapisy projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ). W § 6 "Wynagrodzenie" Zamawiający zawarł następujące zapisy:

1) ppkt 1 - Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie w formie ryczałtu. Ustalone w tej formie wynagrodzenie wykonawcy jest niezmienne do czasu zakończenia realizacji przedmiotu umowy i odbioru robót.
2) ppkt 2 - wynagrodzenie ustala się w następujący sposób:
   - netto:,... zł,
   - brutto (z VAT):,... zł. Ponadto Izba ustaliła, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2010 r. wezwał Konsorcjum M. do wyjaśnienia treści złożonej oferty, tj. złożenia wyjaśnień w zakresie stawki podatku VAT.

Pismem z dnia 24 czerwca 2010 r. Konsorcjum M. udzieliło odpowiedzi, iż:

1 5.2 "Instalacja wewnętrzna wod. - kan., dostawa urządzeń": 1) myjnia dezynfektor nieprzelotowy służąca do mycia i dezynfekcji narzędzi i naczyń operacyjnych, 2) płuczka - dezynfektor przeznaczona do opróżniania, płukania i dezynfekcji butli z krwią wszelkich naczyń operacyjnych, drobnych narzędzi itp.,

2 8.2. "Instalacja gazów medycznych - dostawa urządzeń": 1) kolumny anestezjologiczne, 2) kolumny chirurgiczne i OIM, 3) ścienne systemy zasilające, 4) osprzęt ruchomy w instalacji gazów medycznych takie jak: dozowniki tlenu, końcówki kątowe, dreny ciśnieniowe, reduktory nabutlowe z dozownikiem, ssawki inżektorowe z wakuometrem, regulatory membranowe próżni, zestawy naczyń odsysających jednorazowe i wielorazowe, zaworki czerpalne z manometrami,

3 9.2 "Instalacja elektryczna silnoprądowa - tom I (część 1,2) - dostawa urządzeń": 1) oprawy oświetleniowe - lampa bakteriobójcza sufitowa przepływowa, 2) oprawy oświetleniowe - lampa bakteriobójcza ścienna przepływowa, 3) oprawy oświetleniowe - lampa 1 - projektorowa w zawieszeniu ściennym, 4) oprawy oświetleniowe - lampa operacyjna, 5) lampy oświetleniowe - lampa zabiegowa

Na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zostały opodatkowane 7 % stawką podatku VAT, jako że każdy z ww. elementów jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896 z późn. zm.). Konsorcjum M. na potwierdzenie swoich argumentów zawartych ww. piśmie powołało się na Interpretację indywidualną z dnia 20 kwietnia 2009 r.

W związku z udzielonymi wyjaśnieniami Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia w przeanalizowanym przez Izbę materiale dowodowym w przedmiotowej sprawie.

Spór wniesiony odwołaniem o sygn. akt 1458/10 sprowadza się do pytania czy ceny zaproponowane przez wykonawców konsorcjum I. a także E. S.A. zawierają właściwe stawki podatku VAT, i czy w związku z potwierdzeniem się zarzutów Odwołującego oferty tych wykonawców nie powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, że zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem ofert wykonawców konsorcjum I. a także wykonawcy E. S.A.

Jak ustalono przedmiotem sporu pomiędzy stronami wywołanym wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniem jest ustalenie, czy przy wynagrodzeniu (wynagrodzeniu ryczałtowym) Zamawiający powinien badać prawidłowość ustalenia stawki podatku VAT pomimo tego, że ocenie poddawał cenę brutto. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, że zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem ofert Konsorcjum I. oraz E. S.A.

Na powyższe zdaniem Izby wskazują następujące okoliczności na których głównie Izba oparła swoją argumentację:

W opinii Izby przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, gdyż zgodnie z art. 632 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy nie ma możliwości przy wynagrodzeniu ryczałtowym podwyższenia wynagrodzenia w przypadku błędnie zastosowanej stawki podatku VAT.

Ponadto zgodnie z art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług to na Odwołującym jako wystawcy faktury ciąży obowiązek prawidłowego obliczenia i przekazania podatku VAT, zaś po stronie Zamawiającego nie powstają z tego tytułu żadne dodatkowe obowiązki.

Zamawiający będzie w przypadku ceny ryczałtowej zobowiązany wyłącznie do zapłacenia wskazanej w ofercie ceny brutto i Odwołujący nie będzie mógł podnosić skutecznie roszczeń.

Zdaniem Izby zapisy SIWZ nie przesądziły o tym która ze stawek będzie miała zastosowanie, i czy będą miały zastosowanie dwie stawki podatku VAT.

Ponadto z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że wykonawcy byli zobowiązani do wskazywania procentowej wysokości stawki podatku. W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał, iż wykonawcy mieli wskazać cenę brutto z VAT. Zamawiający nie zawarł w formularzu ofertowym oddzielnej rubryki w której wykonawcy mieli zadeklarować procentową stawkę VAT. Dodatkowo też należy dodać, że sam Zamawiający w treści takiego formularza nie narzucił wykonawcom stawki podatku VAT.

Zdaniem Izby Zamawiający nie jest właściwy i kompetentny do przesądzania jaka stawka podatku VAT będzie miała zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Zdaniem Izby zapisy SIWZ nie przesądziły o tym która ze stawek będzie miała zastosowanie, i czy będą miały zastosowanie dwie stawki podatku VAT.

Zdaniem Izby KIO nie może stwierdzić i narzucić wykonawcom jaka będzie właściwa i prawidłowa stawka VAT.

Na podstawie przepisów o podatku od towarów i usług to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczania i wpłacania podatku w odpowiednim terminie.

Ponadto Izba nie dała wiary przedłożonej przez Odwołującego Interpretacji indywidualnej z dnia 20 kwietnia 2009 r. Izba zwraca uwagę, iż niniejsza interpretacja wskazuje, iż przedmiot zamówienia składał się niejako z dwóch części. Izba stwierdza, iż nie znając dokładnie opisu przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem niniejszej interpretacji oraz biorąc pod uwagę okoliczność, iż w niniejszej sprawie wywołanej wniesionym odwołaniem Odwołujący na rozprawie przyznał, iż nie posiada indywidualnej opinii dotyczącej przedmiotu zamówienia, którego dotyczy spór wskazując jedynie, iż wystąpił o wydanie takiej opinii (jednakże nie otrzymał w powyższym zakresie odpowiedzi), nie można mówić o błędach w obliczeniu ceny w ofertach wykonawców: Konsorcjum I. oraz E. S.A.

Izba stwierdza, iż Zamawiający nie miał tym samym dostatecznej podstawy aby odrzucić oferty wykonawców: Konsorcjum I. oraz wykonawcy E. S.A.

jako zawierające błąd w obliczeniu ceny, dlatego też zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).