

Chorzów, 17.08.2014 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie
ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów
tel.: +48 (32) 349 91 15, fax: +48 (32) 241 39 52
e-mail: zsm@zsm.com.pl
Dział Zamówień Publicznych
tel.: +48 (32) 349 92 98, fax: +48 (32) 349 92 99
e-mail: zp@zsm.com.pl

Odwołujący:

MOTOSTAL ZABRZE
Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.
Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice
tel.: +48 (32) 339 70 30, fax: +48 (32) 339 70 31
e-mail: gbbp@mz.pl

Przystępujący:

ERBUD S.A.
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa
reprezentowany przez: r.pr. Wojciecha Ryczana
adres do doręczeń:
Kancelaria Radcowska E. Guzowska K.J. Kaweckii i S-ka Sp. K.
ul. Ogrodowa 37, 00-873 Warszawa
tel.: +48 (22) 654 74 54, fax: +48 (22) 624 17 96
e-mail: wryczan@kgk.com.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych z późn. zm. (o wartości szacunkowej zamówienia nieprzekraczającej równowartości w złotych kwoty 5 225 000 euro) na roboty budowlane pn.: **„Rozbudowa Pawilonu nr 1 o nową kubaturę wraz z modernizacją wschodniego skrzydła na potrzeby apteki, oddziału AilT wraz z wejściem głównym do budynku szpitala na terenie ZSM w Chorzowie przy ul. Strzelców Bytomskich 11”**. Oznaczenie sprawy SPZOZZSM ZP/31/2017. Ogłoszenie Nr 547448-N-2017 z dnia 07.07.2017 oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia Nr 500005738-N-2017 z dnia 28.07.2017r.

Odpowiedź na odwołanie znak RM/1161/17 z dnia 11.08.2017r.

Zamawiający w dniu 11.08.2017r. poinformował Wykonawcę: ERBUD S.A. - uczestniczącego w postępowaniu przetargowym o wniesieniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej przez firmę MOSTOSTAL ZABRZE S.A. poprzez publikację treści odwołania oraz informacji o jego wpłynięciu na stronie internetowej pod adresem <http://www.zsm.com.pl/zsm/przetargi-i-konkursy/1/zakladka/zamowienia-publiczne/> w miejscu udostępniania informacji i dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania oraz przesyłając tego samego dnia dokument pocztą elektroniczną na adres wskazany w ofercie przetargowej.

Zamawiający zgodnie z przesłankami art. 186 ust. 1 i ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – „Prawo Zamówień Publicznych” z późn. zm. składa pisemną odpowiedź na odwołanie.

Treść odwołania:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego składamy odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

wybór oferty najkorzystniejszej — oferty Wykonawcy ERBUD S.A. ul. Klimczoka 1, 02-797 Warszawa dokonanej przez Zamawiającego w dniu **09.08.2017 r.** w piśmie z dnia 09.08.2017 r., oznaczenie sprawy SPZOZZSM ZP/31/2017 (doręczone Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 09.08.2017 r.).

Składając niniejsze odwołanie zarzucamy Zamawiającemu naruszenie: art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych z późn. zm. – zwana dalej ustawą).

Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej - Wykonawcy **ERBUD S.A.** w Warszawie,
3. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ i przepisami ustawy,
4. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

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

Pismem z dnia 09.08.2017 r., oznaczenie sprawy SPZOZZSM ZP/31/2017 (doręczone Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 09.08.2017 r.) Zamawiający powiadomił Odwołującego, że w wyniku przeprowadzonej przez niego oceny i porównania ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą to uznał ofertę Wykonawcy ERBUD S.A. w Warszawie. Zamawiający stwierdził, że oferta tego Wykonawcy spełnia wymagania SIWZ i jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów wyboru oferty zawartych w SIWZ.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone dwie oferty – oferta Wykonawcy ERBUD S.A. w Warszawie i oferta Odwołującego. Żadna z ofert nie została odrzucona, ani też żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania.

Rozstrzygnięcie narusza postanowienia art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący ma interes prawny do wnoszenia niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy co potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO, m. in. wyrok z dnia 31 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 309/10: „odwołujący (...) legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PZP, albowiem odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, który złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. (...) Odwołując się do orzecznictwa jak również wykładni pro wspólnotowej interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP powinien być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricte) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).”

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym sensu stricte i sensu largo, ponieważ w przypadku, gdyby odwołanie zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą to oferta Odwołującego jako druga w kolejności klasyfikacji ofert w tym postępowaniu przetargowym, po ponownym badaniu i ocenie ofert, powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza - wygrywająca przetarg. Działanie Zamawiającego spowodowało brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Zamawiający **dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy:** art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z art. 7 ust. 3 ustawy wynika natomiast bezwzględny obowiązek dla Zamawiającego - zamówienia udziela się **wyłącznie** wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zasada przejrzystości wymaga w szczególności podejmowania przez zamawiających transparentnych działań w stosunku do wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z definicją Słownika języka polskiego słowo "przejrzysty" oznacza „łatwy do odgadnięcia, zrozumienia”. Z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przejrzystość będzie oznaczać obowiązek Zamawiającego do ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SIWZ.

Z kolei na etapie badania i oceny ofert, przejrzystość może być realizowana poprzez wyjaśnienie przez Zamawiającego treści ofert lub dokumentów, jak również wyjaśnienie kalkulacji ceny ofert w drodze wezwań do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Art. 7 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do **udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy**, co w konsekwencji nakłada na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy. W przypadku, gdy Zamawiający niewłaściwie stosuje przepisy ustawy, naraża się na odwołanie oraz skargę, a co za tym idzie — koszty oraz przewlekłość postępowania. Należy także zwrócić uwagę na fakt, że większość przepisów ustawy ma charakter norm *ius cogens*, w związku z czym Zamawiający **ma obowiązek ścisłego ich przestrzegania**. Każde odejście od stosowania przepisów ustawy może mieć bowiem wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie m.in. art. 7 ust. 3 ustawy.

Mimo oświadczenia Zamawiającego zawartego w jego piśmie z dnia 09.08.2017 r. że „przekazuje **streszczenie oceny i porównania złożonych ofert** wraz z przyznaną Wykonawcą punktacją, które przedstawiono w poniższej tabeli”, Zamawiający faktycznie nie mógł w toku badania i oceny ofert, w wyniku której dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, porównać tych ofert, ponieważ zawierały różne stawki podatku VAT. Spowodowało to sytuację, że **oferty były nieporównywalne**. Zamawiający pominął ten fakt i nie podejmując żadnych czynności wyjaśniających lub przesądzających w zakresie prawidłowości i zgodności złożonych ofert z SIWZ i przepisami ustawy, dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści SIWZ w pkt XII Opis sposobu obliczania ceny Zamawiający określił swoje wymogi w tym zakresie. I tak w ust. 4 tegoż punktu XII podał „Wykonawca podaje cenę za całość wykonania przedmiotu umowy zgodnie z tabelą zamieszczoną w formularzu ofertowym. **Do cen netto należy doliczyć podatek VAT w wysokości wynikającej ze stosownych przepisów.**” Zaś w ust. 7 pkt XII SIWZ podał „Cena ofertowa brutto zawiera wszystkie obciążenia publiczno-prawne, **a w szczególności zawiera kwotę podatku VAT obliczoną zgodnie z obowiązującymi Wykonawcę stawkami** (art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 o informowaniu o cenach towarów i usług)”. Formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do SIWZ) składa się z m.in. z tabeli złożonej z 3 kolumn: pierwsza - Przedmiot zamówienia, druga — wartość brutto (zł) i trzecia Stawka (%) i kwota VAT (zł).

Zamawiający w treści SIWZ nie określił wysokości stawki podatku VAT, cedując w tym zakresie obowiązek wskazania prawidłowej, zgodnej z powszechnie obowiązującymi, aktualnymi przepisami stawki podatku VAT na wykonawców. Z treści tego formularza wynika też, że Zamawiający oczekiwał jednej stawki podatku VAT, ponieważ użył w tej kolumnie liczby pojedynczej, Stawka (%) i kwota VAT (zł), a nie liczby mnogiej stawki i kwoty. Miejsca do wypełnienia tego formularza zostały „wykropkowane” w sposób jednoznaczny: **jest jedno miejsce na wpisanie stawki VAT — w procentach i jedno miejsce na wpisanie kwoty w złotych.**

Odwołujący, stosując się do treści SIWZ, w ten sposób wypełnił formularz ofertowy. W miejscu stawki (%) VAT wpisał 23%. Tak został wypełniony formularz ofertowy Odwołującego we wszystkich trzech pozycjach (trzy elementy przedmiotu umowy).

Natomiast Wykonawca ERBUD S.A. w Warszawie, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, w pierwszej pozycji przedmiotu umowy zawiera wpis 23 i 8 % VAT, 2 177 810,00. Czyli zawiera dwie stawki VAT (%) i jedną kwotę podatku VAT, w odniesieniu do jednej pozycji przedmiotu zamówienia.

Dowód: oferta Odwołującego (w aktach Zamawiającego),
oferta ERBUD S.A. (w aktach Zamawiającego),
wzór formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ),
kopia formularza ofertowego Odwołującego,
kopia formularza ofertowego ERBUD S.A.

Sam fakt rozbieżności w zakresie stawki podatku VAT w dwóch złożonych w tym przetargu ofertach nakłada na Zamawiającego obowiązek wyjaśnienia tego zagadnienia, ponieważ **stan ten uniemożliwia Zamawiającemu porównanie ofert w celu ich oceny i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej.**

Zamawiający nie dokonał żadnej czynności mającej na celu wyjaśnienie rozbieżnych stawek VAT w ofertach na ten sam przedmiot umowy. Wybór najkorzystniejszej oferty w tej sytuacji jest niemożliwy zgodnie z przepisami ustawy i powoduje niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Działanie Zamawiającego, a raczej jego brak, doprowadziło do tego, że pomimo rozbieżności żadna z ofert nie została odrzucona, a Zamawiający uznał, że oferty nieporównywalne można porównać i je ocenić wg kryteriów określonych przez niego w SIWZ. Zamawiający bezzasadnie uznał, że podanie różnych stawek VAT na ten sam przedmiot jest w obu przypadkach prawidłowe. Takie wnioskowanie Zamawiającego jest nieuprawnione i sprzeczne z prawem.

W pkt XIII SIWZ Opis kryteriów wyboru oferty Zamawiający ustalił trzy kryteria: cena, okres gwarancji i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Jednym z kryteriów wyboru oferty jest cena, na którą składa się kwota netto i kwota podatku VAT, ustalonego według stawki VAT, którą miał obowiązek podać wykonawca.

Bez wyjaśnienia zagadnienia prawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem ceny, a ta będąca jednym z kryteriów wyboru oferty, Zamawiający nie miał prawa dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, co jednak zrobił. Naruszył zatem niewątpliwie art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy.

„Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, **zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.** (...) Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada **wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego.** Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z

uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT. Dlatego też przy uwzględnieniu i przyjęciu zasadności argumentacji odwołującego, zamawiający zobligowany będzie do zbadania prawidłowości zastosowania stawek podatku VAT z złożonych ofertach, w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2015-05-19, KIO 911/15).

„Błędem w obliczeniu ceny jest m.in. przyjęcie do obliczenia ceny błędnej stawki podatku od towarów i usług. Przyjęcie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT, w sytuacji, gdy zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił stawki podatku VAT, zostawiając określenie prawidłowości tej stawki wykonawcom, stanowiłoby podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2016-03-24, KIO 349/16).

„Niezgoda oferty z treścią SIWZ występuje w sytuacji, gdy treść zobowiązania ofertowego pozostaje merytorycznie niezgodna z wyartykułowanymi przez zamawiającego w SIWZ wymaganiami. O błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeżeli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi (jak np. zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT) lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez zamawiającego w SIWZ". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2016-04-13, KIO 460/16).

„Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek poprawienia omyłki". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2016-03-17, KIO 305/16).

„Błędem w obliczeniu ceny jest każdy inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2016-03-21, KIO 326/16).

„Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane **z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT**, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to **wystąpienia błędu w obliczeniu ceny**". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2016-02-01, KIO 80/16).

„Świadczenie ma charakter kompleksowy (złożony z kilku lub więcej różnych czynności, które łącznie składają się na jedną całość), jeżeli z ekonomicznego punktu widzenia oraz z perspektywy oczekiwań nabywcy, określone czynności (świadczenia) wchodzi w skład jednej złożonej usługi i w takim przypadku **dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług nie należy sztucznie rozdzielać poszczególnych czynności**. Podstawowe znaczenie przy ocenie, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową, ma ustalenie okoliczności, czy rozdzielenie czynności (usług) miałoby **sztuczny charakter**. Istotne jest ustalenie, czy bez spełnienia jednej usługi, świadczenie drugiej ma jakiegokolwiek znaczenie dla odbiorcy usługi, a zatem stwierdzenie, czy usługa stanowi cel sam w sobie, czy też jest środkiem do zrealizowania usługi zasadniczej". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2015-08-18, KIO 1643/15).

„Zamawiający może **poprawić** nieprawidłową stawkę podatku VAT, wskazaną przez wykonawcę w złożonej ofercie, **tylko w sytuacji, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawkę podatku VAT, jaką należy zastosować przy obliczeniu ceny oferty**. Poprawienie przez zamawiającego stawki podatku VAT wskazanej w ofercie nie jest natomiast możliwe, gdy zamawiający wskazał wprost w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że ustalenie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług należy do wykonawców". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2015-02-10, KIO 153/15).

„Jeżeli zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, **nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT**, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z zobowiązującymi przepisami **podlega odrzuceniu** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2015-01-13, KIO 2761/14).

„Błąd w określeniu prawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i skutkować powinien odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907). Zamawiający nie podał bowiem w treści SIWZ stawki podatku VAT, która powinna być dla poszczególnych usług zastosowana, wykluczając tym samym możliwość poprawienia w tym zakresie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2014-11-25, KIO 2294/14).

Z przedstawionych powyżej orzeczeń jasno wynika, że stawka VAT ma istotne znaczenie przy badaniu i ocenie ofert, co w konsekwencji prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty. W sytuacji gdy Zamawiający w SIWZ nie określił stawki VAT, a tak jest w przedmiotowym postępowaniu, brak jest podstaw do dokonania poprawy przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy.

Prawidłowo określona stawka VAT w cenie ofertowej jest elementem niezbędnym do zgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym stanie sprawy Zamawiający wybierając ofertę ERBUD S.A. w Warszawie jako spełniającą wymagania SIWZ i uznając ją za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów wyboru oferty zawartych w SIWZ, naruszył art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z analizy treści oferty ERBUD S.A. wynika, że podanie w ofercie dwóch stawek VAT może wynikać z błędnej oceny stanu faktycznego — przedmiotu zamówienia. Po pierwsze przedmiot zamówienia nie obejmuje wyrobów medycznych, do

których mogłaby mieć zastosowanie preferencyjna stawka podatku VAT — 8%. Mamy tu bowiem roboty związane z gazami medycznymi (taka jest kwalifikacja Zamawiającego w Tabeli Cen Ryczałtowych — Załącznik nr 9 do SIWZ), a nie kompletną instalację gazów medycznych (wraz z panelami przyłóżkowymi). Zakres tych robót jest opisany przez Zamawiającego w Przedmiarze robót w branży — Instalacje gazów medycznych. Po drugie zaś, nawet gdyby istniały jakiegokolwiek podstawy do oceny przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym instalacje gazów medycznych jako wyroby medyczne, to zgodnie z ustaloną linią interpretacyjną organów podatkowych oraz orzecznictwem KIO oraz sądów, należy zamówienie potraktować jako jedną całość w sposób kompleksowy i zastosować jedną stawkę VAT.

„Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego poparte orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego, że przy **czynnościach o charakterze kompleksowym**, na które składają się czynności podstawowa, będąca celem umowy, a także inne czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej i nie mogące samodzielnie funkcjonować, należy przyjmować za właściwą jedną stawkę podatku VAT dla całości zamówienia, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej (tak wyrok NSA z dnia 5 lipca 2006 roku, sygn. akt I FSK 1512/07). Zatem jeśli zamówienie tworzy jedną całość należy je traktować w sposób kompleksowy a o wysokości zastosowanej stawki podatku VAT powinna przesądzać czynność główna. (...) Izba podziela także pogląd, że jeżeli przedmiot postępowania stanowi jedno świadczenie, jedną z punktu widzenia ekonomicznego całość to należy zastosować **jednolitą stawkę** i czynność ta **nie powinna być w sposób sztuczny dzielona jedynie dla celów podatkowych**.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2014-04-28, KIO 746/14).

W tym postępowaniu czynnością podstawową/ główną są roboty budowlane, a roboty związane z gazami medycznymi stanowią jedynie części instalacji gazów medycznych (niekompletnych). Brak jest jakichkolwiek podstaw do stosowania osobnej stawki VAT dla tego zakresu przedmiotu zamówienia. Jasno z tego wynika, że powinna być zastosowana jedna stawka VAT w wysokości jak dla robót budowlanych tj. 23%.

Dowód:

oferta Odwołującego (w aktach Zamawiającego),
oferta ERBUD S.A. (w aktach Zamawiającego),
wzór Tabeli Cen Ryczałtowych — Załącznik nr 9 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawiony stan tej sprawy, należy stwierdzić, że niewątpliwie Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem ustawy. Uchybienia Zamawiającego przy dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty są tego rodzaju, że **mają istotny wpływ na wynik postępowania**. Uzasadnione są zatem wnioski i zarzuty Odwołującego postawione na wstępie tego odwołania. Konieczne jest unieważnienie wyboru i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, tak aby Zamawiający mógł wyjaśnić rozbieżności związane ze różnymi stawkami VAT w ofertach wykonawców, co w konsekwencji może doprowadzić do konieczności odrzucenia oferty z błędną stawką VAT (oferta ERBUD S.A.) i co w konsekwencji doprowadzi do dokonania prawidłowego, zgodnego z ustawą wyboru oferty najkorzystniejszej, spełniającej wymogi SIWZ. Dopiero taki wybór będzie dokonany w oparciu o kryteria wyboru ofert opisane w SIWZ. A Zamawiający uczyni zadość swoim ustawowym obowiązkom tj. będzie mógł udzielić zamówienia **wyłącznie** wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy).

Odwołujący informacyjnie podaje, że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 10 000 000 zł (brutto). Obie złożone oferty zawierają ceny przekraczające tę wartość.

ERBUD S.A. zaoferował cenę (z błędną stawką VAT) — 12 578 124,00 zł.

Odwołujący zaoferował cenę — 12 918 991,35 zł.

W treści swojego pisma z dnia 09.08.2017 r., oznaczenie sprawy SPZOZZSM ZP/31/2017 (doręczone Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 09.08.2017 r.) Zamawiający poinformował, że podjął decyzję o przeznaczeniu większej kwoty na realizację przedmiotowego zadania, bowiem stwierdzono, że jest możliwość uruchomienia kredytu w rachunku bieżącym do kwoty 4 000 000 zł. Dopłata do którejkolwiek z ofert mieści się w tej kwocie, a różnice w ich wysokościach nie są znaczące.

Dodatkowo, Odwołujący zwraca uwagę na pozostałe zachowania Zamawiającego, zmierzające do utrudnienia konkurencji, stojące w sprzeczności z jedną z podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy).

Zamawiającemu oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej i w tym samym dniu 09.08.2017r. o godzinie 13.57 Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty — oferty Wykonawcy ERBUD S.A. w Warszawie. Termin na wniesie środków zaskarżenia w tym postępowaniu wynosi 5 dni od dnia powzięcia informacji o dokonanej przez Zamawiającego czynności. Ostatni dzień tego terminu upływa w dniu 14.08.2017 r., który to jest dniem wolnym od pracy w administracji rządowej, jak to wynika z informacji zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Jest to także środek tzw. „długiego weekendu”, bowiem dzień 12.08.2017 r. to jest sobota, dzień 13.08.2017 r. to jest niedziela (dzień ustawowo wolny od pracy), a dzień 15.08.2017 r. to jest święto (dzień ustawowo wolny od pracy).

Zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. W związku z tym, że dzień wolny od pracy w Urzędzie Zamówień Publicznych w dniu 14.08.2017 r. nie jest ani sobotą, ani dniem ustawowo wolnym od pracy, a więc art. 185 ust. 8 ustawy nie będzie miał zastosowania. A zatem dzień wyboru został dobrany celowo tak, aby skrócić faktyczny termin/czas na ewentualne przygotowanie i wniesienie odwołania do 2 dni — 10 i 11.08.2017 r. (czwartek i piątek).

Takie postępowanie Zamawiającego, oprócz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy (brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji), jest także sprzeczne po prostu z zasadami współżycia społecznego.

W tej sytuacji Odwołujący wnosi o łączną ocenę działań formalnych/prawnych i pozaprawnych Zamawiającego w tym przetargu.

W tym stanie sprawy wnioski postawione na wstępie są konieczne i w pełni uzasadnione.

Odpowiedź zamawiającego na Odwołanie Wykonawcy MOSTOSTAL ZABRZE SA:

- 1) **Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przez Wykonawcę MOSTOSTAL Zabrze S. A.**
- 2) Zamawiający postanawia unieważnić czynności polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy - **ERBUD S.A. w Warszawie**, a w szczególności decyzję podjętą dnia 09.08.2017r. dotyczącą wyboru oferty wyrażoną w piśmie o symbolu SPZOZ ZSM ZP/31/2017.
- 3) Zamawiający postanawia:
 - ponowić czynności polegające na badaniu złożonych ofert,
 - przeprowadzić czynności nowe polegające na wyjaśnieniu treści ofert w zakresie dotyczącym stawek podatku VAT,
 - dokonać analizy otrzymanych wyjaśnień oraz dokonać wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu tj. spełniającej warunki zawarte w SIWZ.

Zamawiający wnosi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o umorzenie postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem odwołania w całości.

DYREKTOR
SP ZOZ Zespół Szpitali Miejskich
mgr Anna Knysok

RADCA PRAWNY

Zdzisław REJEK