

Sygn. akt: KIO 2655/19

KIO 2656/19

WYROK

z dnia 17 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 stycznia 2020 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 grudnia 2019 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **TMS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2655/19)** oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **BFF MEDFinance S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Alteris S.A., z siedzibą w Katowicach (sygn. akt: KIO 2656/19),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyślu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **BFF MEDFinance S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Alteris S.A., z siedzibą w Katowicach,** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2655/19 po stronie zamawiającego, oraz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2656/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołania.**
2. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 2655/19** obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **TMS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **TMS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **TMS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę **300 zł 89 gr** (słownie: trzysta złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą połowę kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę.
3. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 2656/19** obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **BFF MEDFinance S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Alteris S.A., z siedzibą w Katowicach** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **BFF MEDFinance S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Alteris S.A., z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **BFF MEDFinance S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Alteris S.A., z siedzibą w Katowicach** na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset

złoty) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę **300 zł 89 gr** (słownie: trzysta złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą połowę kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Przemysłu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2655/19

KIO 2656/19

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 2655/19

W dniu 27 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie konsorcjum firm: TMS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący I**”) zarzucając zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi im. Św. Ojca PIO w Przemyślu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn. zakup, montaż rezonansu magnetycznego wraz z dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 5, 6 oraz z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy konsorcjum: BFF MEDFinance S.A., Alteris S.A., która podlega odrzuceniu;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum: BFF MEDFinance S.A., Alteris S.A.;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyjaśnień treści oferty konsorcjum w sposób skutkujący zmianą jej treści oraz prowadzenie negocjacji z wykonawcą;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 28) ustawy VAT poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum: BFF MEDFinance S.A., Alteris S.A., pomimo że wskazany wykonawcy przyjął w ofercie błędną stawkę podatku VAT w odniesieniu detektora implantów metalowych (tj. 8% zamiast 23%), pomimo, że nie stanowi on wyrobu medycznego, a jest odrębnym produktem niemedyceznym, co stanowi błąd w obliczeniu ceny oraz innych wynikających z treści odwołania

Odwołujący I wniósł o: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania; (ii) wykluczenie oferty Konsorcjum: BFF MEDFinance S.A., Alteris S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp; (iii) powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, w sposób zgodny z żądaniami Odwołującego I oraz z uwzględnieniem przyjętych kryteriów oceny ofert; (iv) odrzucenie

oferty konsorcjum firm: BFF MEDFinance S.A., i Alteris S.A., z postępowania na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 5 oraz 6 Pzp ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący I wskazał, że przedmiotem zamówienia jest Zakup, montaż rezonansu magnetycznego wraz z dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu Konkurencyjną ofertę złożył Wykonawca, konsorcjum: BFF MEDFinance S.A., Al. Piłsudskiego 76, 90-330 Łódź - Lider Konsorcjum i Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice - Partner Konsorcjum (dalej „**Konsorcjum BFF**”), którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą (pismo ZAWIADOMIENIE o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16.12.2019 r.). Oferta Odwołującego I została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Odwołujący I wskazał, że w załączniku nr 1, KOSZTORYS OFERTOWY, wykonawcy byli zobligowani do przedstawienia cen zaoferowanego asortymentu z ich rozbiem na wartość netto, brutto oraz podania zastosowanej dla danego produktu, stawki VAT. Zamawiający wyszczególnił asortyment, w stosunku do którego żądał podania modeli i nazw producentów oraz podania zastosowanych stawek podatku VAT, natomiast nie narzucał konieczności zastosowania konkretnych stawek podatku VAT. Wykonawca, Konsorcjum BFF wypełniając żądanie Zamawiającego wyszczególnił w punkcie 1.12 załącznika nr 1 „Kosztorys ofertowy” (dowód nr 1) następujące informacje dotyczące wymaganego produktu, detektora implantów metalowych: I.p Asortyment Producent Model Rok wprowadzenia do produkcji j.m. Ilość Cena jednostkowa netto [zł] Vat [%] Wartość netto [zł] Wartość brutto [zł] typ Rok produkcji 12 Detektor implantów metalowych zał. nr 2a, rozdz. I, pkt. VI.264 Garrett Electronics, Inc.1881 W. State St. Garland, TX 75042 Super Scanner® V 2019 szt. 1, 1050,00 8% 1050,00 1134,00 Super Scanner® V 2019 0,00 0,00.

Konsorcjum BFF złożył wraz z ofertą załączniki w postaci: a) Załącznika nr 2a - tabela techniczna - punkt 264 załącznika (dowód nr 2); b) Materiałów potwierdzających - folder produktu - detektor implantów metalowych, model Super Scanner V - folder sygnowany logo firmy Bertz Medical Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Poznaniu, (dowód nr 3) c) Dokumentu dopuszczającego do obrotu dla produktu detektor implantów metalowych, model Super Scanner V - gdzie wskazano zgodność z dyrektywami Unii Europejskiej EMD Directive 2004/108/EC oraz RoS 2002/95/EC (dowód nr 4). Odwołujący I wskazał, że zgodnie ze wszystkimi złożonymi wraz z ofertą: dokumentami, oświadczeniami, treścią Kosztorysu ofertowego, wynika złożenie przez Konsorcjum oświadczenia woli w postaci zaoferowania detektora implantów metalowych, którego producentem jest Garrett Electronics, Inc.1881 W. State St. Garland, TX 75042, model Super Scanner V, z zastosowaniem stawki podatku VAT

8%. Jednoznacznie, w ocenie Odwołującego I powyższe okoliczności potwierdzają pełną świadomość wykonawcy zaoferowania detektora implantów metalowych Super Scanner V, producenta Garrett Electronics. Z treści oferty Konsorcjum BFF, nie można wywieść woli, ani możliwości zaoferowania detektora implantów metalowych jako części czy opcji zestawu rezonansu magnetycznego Signa Explorer. Z treści oferty Konsorcjum BFF wynika jednoznacznie, że w punkcie 1.12 załącznika nr 1 „Kosztorys ofertowy”, zastosowano błędną stawkę podatku VAT w wysokości 8% adekwatną dla wyrobu medycznego. W ocenie Odwołującego I Konsorcjum BFF winno było zastosować właściwą stawkę VAT wynoszącą 23%, gdyż detektor implantów nie jest wyrobem medycznym. W ocenie Odwołującego I zaoferowanie detektora z zastosowaniem preferencyjnej stawki podatku VAT jest błędem. Zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT dla tego produktu byłoby możliwe, tylko w przypadku, gdyby urządzenie to było certyfikowane łącznie z rezonansem. Zatem detektor implantów metalowych Super Scanner V, nie będący częścią aparatu Signa Explorer, nie korzysta z preferencyjnej stawki podatku VAT(8%). Wskazanie 8% stawki podatku VAT w treści oferty stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Zamawiający, po analizie oferty i złożonych dokumentów, wezwał Konsorcjum BFF do uzupełnienia dokumentów w zakresie detektora implantów metalowych Garrett Electronics Super Scanner V., tj. takich dokumentów, na podstawie których wykonawca mógł zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 8%. W wezwaniu Zamawiający żądał przedstawienia dokumentów poświadczających dopuszczenie do obrotu oferowanych wyrobów, w tym co najmniej: - deklaracji zgodności, - certyfikatu CE, - zgłoszenie wyrobu medycznego jeżeli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do użytkowania (ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 107 poz.679).

Odwołujący I wskazał, że dopiero po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego (wezwanie z dnia 01.10.2019) Konsorcjum BFF uświadomiło sobie fakt zastosowania błędnej stawki podatku VAT dla tego produktu. Wykonawca mając świadomość restrykcji wynikających z zastosowania błędnej stawki podatku VAT w kosztorysie ofertowym, czyli odrzucenie oferty przez błąd w obliczeniu ceny, postanowił obronić swoje stanowisko poprzez złożenie serii pism i oświadczeń, w tym:

a) Pismo przewodnie z dnia 10.10.2019. (dowód nr 5) - wykonawca zawarł w nim następującą informację: „Ad. 3 Dla detektora implantów metalowych załączamy oświadczenie producenta rezonansu magnetycznego zawierające wykaz elementów wchodzących w skład systemu rezonansu magnetycznego. W wykazie tym znajduje się

także detektor implantów metalowych. Dla elementów wymienionych w oświadczeniu nie jest wymagane posiadanie dodatkowych dokumentów z uwagi na to, że stanowią one część składową rezonansu magnetycznego. Dokumenty dla rezonansu magnetycznego zostały złożone wraz z ofertą. W wezwaniu zostało również wskazane, że deklaracja zgodności oraz certyfikat CE nie są wymagane na części składowe, ale wyłącznie na cały aparat.”

b) pismo Wyjaśnienia stawki podatku VAT edit 1417, (dowód nr 6). Wykonawca zawarł w nim następującą informację: „3.oświadczenie zawierające wykaz elementów będących integralną częścią rezonansu magnetycznego. Dla elementów wskazanych w oświadczeniu, w związku z indywidualną interpretacją podatkową, zastosowano stawkę podatku VAT 8%, który to w całości stanowi wyrób medyczny.”

c) oświadczenia przedstawiciela producenta na terenie Polski, firmę GE Healthcare, z siedzibą w Warszawie, przy ul. Wołoskiej 9, z dnia 9.10.2019 (dowód nr 7). W oświadczeniu przedstawiciela producenta wskazano, następujące produkty: • (...) Detektor implantów metalowych • Zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu • Zestaw podglówek i podkładek • System typu Interkom.

Odwołujący I wskazał, że jak wynika z pisma Konsorcjum BFF stawki podatku VAT dla elementów wskazanych w oświadczeniu, w związku z indywidualną interpretacją podatkową, zastosowano stawkę podatku VAT 8%, który to w całości stanowi wyrób medyczny.” Czyli, jak wynika z powyższych wyjaśnień, według wykonawcy, detektor implantów metalowych może być objęty 8% stawką podatku VAT w związku z indywidualną interpretacją podatkową. W ocenie jednak Odwołującego I złożona wraz z wyjaśnieniami interpretacja nie dotyczy detektora implantów, tylko wykonania robót budowlanych i montażu sprzętu. Pisma i oświadczenia wykonawcy, pismo przedstawicieli producenta, złożone dokumenty świadczą tylko i wyłącznie o tym, że konsorcjum firm, próbuje poprzez lawirowanie słownictwem, ilością dokumentów i wyjaśnień „uratować” złożoną ofertę.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający po otrzymaniu wskazanych wyżej dokumentów, uznał ofertę Konsorcjum BFF za najkorzystniejszą. Następnie w dniu 15.11.2019 r, unieważnił wynik postępowania, gdyż uznał za zasadną konieczność wystąpienia do wykonawców o dodatkowe wyjaśnienia treści złożonych ofert oraz przedłożonych dokumentów. Wykonując to zobowiązanie, Zamawiający w dniu 27.11.2019 r, wezwał Konsorcjum BFF do kolejnych wyjaśnień treści złożonej oferty, (dowód nr 8). W zakresie detektora implantów metalowych Zamawiający wezwał Konsorcjum BFF do wyjaśnienia następujących kwestii: 1) „Dlaczego w deklaracji zgodności dla systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer nie został wymieniony (wyspecyfikowany) detektor implantów metalowych? Czy załączona do oferty deklaracja zgodności jest aktualna? 2)

Dlaczego do oferty została dołączona deklaracja zgodności dot. detektora implantów metalowych Super Scanner V marki Garret? Czy załączona do oferty deklaracja zgodności jest aktualna? 3) Czy GE Medical Systems Polska sp. z o.o. jest władna przekazywać wiążące oświadczenia woli i oświadczenia wiedzy w zakresie specyfikacji technicznej zaoferowanego przez Państwa systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer? 4) Na jakiej podstawie Wykonawca przyjął kosztorysie ofertowym stawkę podatku VAT 8% dla detektora implantów metalowych Super Scanner V marki Garret?” Odwołujący I wskazał, że wyjaśnienia Konsorcjum BFF z dnia 06.12.2019r. (dowód nr 9), stanowią trudny do określenia twór. Konsorcjum BFF zawarło w nim: minimalne informacje, merytorycznie związane z treścią pytań Zamawiającego, bardzo dużo nie merytorycznych informacji, nie związanych z treścią pytań Zamawiającego a dotyczących treści ofert firm konkurencyjnych - konsorcjum TMS Sp. z o.o. BNP Paribas Lease Group Sp. z o.o oraz konsorcjum firm PROMEDS.A.ul.Działkowa5602 - 234 Warszawa & Krajowy Fundusz Szpitalny Sp. z o.o., ul. Hubska 44, 50 - 502,Wrocław.

W ocenie Odwołującego I analiza przedłożonych wyjaśnień, nasuwa wrażenie, że Konsorcjum BFF przyjęło dwa wariantowe stanowiska obrony swojego błędu. Konsorcjum w wyjaśnieniach wskazuje następujące warianty mające uzasadnić błędnie przyjętą stawkę podatku VAT dla detektora implantów metalowych: a) Czasami wskazuje, że jest to część systemu objęta certyfikatem rezonansu magnetycznego lub b) Czasami wskazuje, że jest to produkt niezbędny do prawidłowego wykonania badania, objęty interpretacją indywidualną. W ocenie Odwołującego I Konsorcjum BFF błędnie przyjmuje za tożsame określenia „część systemu objęta certyfikatem” oraz „produkt niezbędny do prawidłowego wykonania badania”. Konsorcjum BFF w wyjaśnieniach odnosi się do oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta, firmy GE Healthcare z siedzibą w BUC, Francja. Konsorcjum wywodzi, że z tego oświadczenia wynika, że detektor implantów metalowych Super Scanner V marki Garret Jest certyfikowany łącznie z rezonansem magnetycznym i jako taki jest objęty stawką podatku VAT 8%. Natomiast w oświadczeniu autoryzowanego przedstawiciela Producenta z dnia 29 listopada 2019r. zawarto oświadczenie o zupełnie innej treści (dowód nr 10), niż twierdzi Konsorcjum: „GE Medical Systems SCS, z siedzibą we Francji jest autoryzowanym przedstawicielem wytwórcy w odniesieniu do wyrobu medycznego - rezonansu magnetycznego Signa Explorer marki GE Healthcare. Deklaracja zgodności ww. wyrobu medycznego zawiera zestawienie akcesoriów i wyposażenia, które m.in. wchodzi w skład systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer. Ponadto informujemy, że następujące akcesoria i wyposażenie •(...)• Detektor implantów metalowych; • Zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu; • Zestaw podgłówek i podkładek; • System typu Interkom - jest wymagane do korzystania z ww. wyrobu medycznego”.

W ocenie Odwołującego I z powyższego oświadczenia jednoznacznie wynika, że detektor implantów jest wymagany do korzystania z rezonansu natomiast nie jest produktem wchodzącym w skład systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer. Biorąc pod uwagę powyższe, oferta Konsorcjum BFF podlega odrzuceniu ze względu na m.in. błąd w obliczeniu ceny. Z żadnego z przedstawionych dokumentów i oświadczeń nie wynika fakt, że produkt detektor implantów metalowych Super Scanner® V, producenta Garrett Electronics, Inc. 1881 W. State St. Garland, TX 75042 stanowi część składową systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer marki GE Healthcare i jest objęte deklaracją zgodności tego systemu. Dodatkowo, Odwołujący I wskazał, że w treści oferty, w kosztorysie ofertowym w pkt 12 wskazano również rok 2019 jako datę wprowadzenia do produkcji oraz datę produkcji. Dla systemu rezonansu magnetycznego podano odpowiednio rok 2016 jako datę wprowadzenia do produkcji oraz rok 2019 jako rok produkcji. Ta rozbieżność, w ocenie Odwołującego I, również wskazuje na fakt, że wykonawca świadomie zaoferował detektor implantów metalowych jako samodzielne urządzenie. Wykonawca przedstawił w ofercie wymagane dokumenty potwierdzające dla konkretnego produktu, konkretnie nazwanego - Super Scanner® V. To wykonawca oświadczył, że ten konkretny model spełnia warunki SIWZ. Następnie w toku wyjaśnień konsorcjum zmieniło oświadczenie woli, twierdząc, że jednak oferuje w pkt 12 inny produkt. Czyli już nie Super Scanner® V, producenta Garrett Electronics, tylko system rezonansu magnetycznego Signa Explorer marki GE Healthcare, którego składową jest jakiś, bliżej nieokreślony, detektor implantów. W ocenie Odwołującego I ze względu na istotę popełnionych błędów oraz niezgodną z przepisami próbą ich obrony, oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Jest to klasyczny przypadek, stwierdzenia zawinionego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji przez wykonawcę, o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma, w tej sytuacji, obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego I nie ulega wątpliwości, że informacje przedstawione przez Konsorcjum BFF w Kosztorysie ofertowym, złożonych wyjaśnieniach, w istotny sposób wpłynęły na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla potrzeb zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wystarczające jest wykazanie, że wykonawca przedstawił zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje zawierające nieprawdziwe elementy. Wyjaśnienia przedstawione Zamawiającemu stanowią zmianę oświadczenia woli Konsorcjum, a Zamawiający poprzez przyjęcie wyjaśnień jako wiarygodnych, umożliwił Konsorcjum

uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie SIWZ, co jest tożsame z pozwoleniem mu na zmianę dokumentów zawierających informacje prawdziwe na nieprawdziwe. A tak naprawdę, na dostosowanie treści Kosztorysu ofertowego w punkcie dotyczącym detektora implantów do zaistniałego błędu w cenie.

ZARZUT NR 2 DOT. PKT. 1.1 i 1.2 ZAŁĄCZNIKA NR 1, KOSZTORYS OFERTOWY, OFERTY ZŁOŻONEJ PRZEZ KONSORCJUM ORAZ DOKUMENTÓW DOŁĄCZONYCH DO OFERTY ZGODNIE Z WYMOGIEM PKT. VI. 6 „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY”

Odwołujący I wskazał, że zgodnie z zapisami pkt VI.6 SIWZ Wykonawca wymagał dołączenia do oferty dokumentów poświadczających dopuszczenie do obrotu oferowanych wyrobów w postępowaniu produktowym, w tym co najmniej: - deklaracja zgodności, - certyfikat CE, - zgłoszenie wyrobu medycznego jeżeli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienia do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do użytkowania (ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 107 poz.679). Jednocześnie w Kosztorysie Ofertowym, załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymagał podania modelu i typu zaoferowanego asortymentu oraz nazwy producenta zaoferowanego asortymentu. W ofercie Konsorcjum BFF wskazano zaoferowanie następujących produktów następujących producentów: a) W Kosztorysie Ofertowym: L.p Asortyment Producent Model Rok wprov. do produkcji j.m Ilość typ Rok produkcji 1 Rezonans Magnetyczny Załącznik nr 2a, rozdz. I. pkt I GE Medical Systems Signa Explorer 2016 (bieżąca wersja 2019) szt 1 Signa Explorer 2019 2 Konsola akwizycyjna (operatorska) aparatu MR GE Medical Systems Signa Explorer 2016 (bieżąca wersja 2019) zestaw 1 Signa Explorer 2019 3 System postprocessingowy z konsolą lekarską i oprogramowaniem 1. HP 2. Eizo 3. Eizo 4.Eaton 5.GE Medical Systems 1. Z2 2. 2 FlexScan EV2216W 3.RadiForce MX315W4. EllipseECO 1600 5.AW server 3.2 2019 zestaw 1 1Z2 TWR 2.EV2216W 3MX315W-BK 4.1600USB FR 5.AW serwer 3.2 2019 21 Zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu zał. nr 2a, rozdz. I, pkt. V1.272 General Electric Signa Explorer 2016 Zestaw 1 brak 2019 22 Zestaw podglówków i podkładek zał. nr 2a, rozdz. I, pkt. VI.273 General Electric Signa Explorer 2016 zestaw 1 brak 2019 26 Systemy typu Interkom zał. nr 2a, rozdz. I, pkt. VI.277 GE Medical Systems Signa Explorer 2016 zestaw 1 brak 2019 b) w załączonych materiałach informacyjnych - General Electric Company c) w załączonych dokumentach dopuszczających GE Healthcare (Tianjin) Company Limited.

W ocenie Odwołującego I z oferty Konsorcjum BFF, nawet po złożonych wyjaśnieniach, nie wynika, kto konkretnie jest producentem zaofertowanych produktów. Odwołujący I wskazał, że po wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum, Zamawiający może wybrać, producenta z poniższych firm: a) GE Medical Systems (Kosztorys ofertowy) b) General Electric (Kosztorys ofertowy) c) General Electric Company (materiały informacyjne) d) GE Healthcare (Tianjin) Company Limited (Certyfikat CE, Deklaracja zgodności i wyjaśnienia). W ocenie Odwołującego I, w świetle złożonej dokumentacji, co najmniej dziwna wydaje się odpowiedź Konsorcjum na pytanie: „Jaki podmiot faktycznie jest producentem systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer?” Konsorcjum wyjaśniło: „Producentem (wytwórcą) systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer są: • GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL) oraz • GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA)”. Powyższe nie znajduje uzasadnienia w złożonej dokumentacji. Zgodnie z deklaracją zgodności tego produktu, producentem produktu Signa Explorer jest GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL). Firma GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA) nie występuje w deklaracji zgodności w ogóle. W ocenie Odwołującego I oświadczenia złożone przez Konsorcjum BFF stanowią umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący I wskazał, że w dokumentacji przetargowej nie złożono dokumentacji dopuszczającej do obrotu na terenie Polski oferowanego systemu rezonansu magnetycznego, którego producentem jest firma GE Medical Systems LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA). Ze względu na uchybienia znajdujące się w ofercie Konsorcjum BFF, a w szczególności w Kosztorysie ofertowym, oferta Konsorcjum BFF podlega odrzuceniu jako nie spełniająca treści SIWZ, oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP. W ocenie Odwołującego I nie ulega wątpliwości, że informacje przedstawione przez Konsorcjum BFF w Kosztorysie ofertowym, złożonych wyjaśnieniach, w istotny sposób wpłynęły na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący I wskazał, że wyjaśnienia przedstawione Zamawiającemu, stanowią zmianę oświadczenia woli Konsorcjum BFF. Zamawiający, poprzez przyjęcie wyjaśnień jako wiarygodnych, umożliwił Konsorcjum BFF uzupełnienie oświadczenia woli mającego potwierdzić spełnianie SIWZ. W ocenie Odwołującego I jest to tożsame z pozwoleniem Zamawiającego na zmianę przez wykonawcę oświadczeń woli (zawierających informacje błędne/nieprawdziwe) stanowiących treść oferty Konsorcjum BFF na kolejne oświadczenia woli (zawierające informacje bardziej prawdopodobne), a stanowiące zmianę treści oferty. Treść wspomnianych wyjaśnień Konsorcjum, złożonych na wezwanie Zamawiającego, służy do dostosowania treści Kosztorysu ofertowego w punktach dotyczących produktów będących składowymi rezonansu magnetycznego, do treści złożonych dokumentów dopuszczających.

W ocenie Odwołującego I takie traktowanie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przeczy ich sensowi. Przepisy te stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Konsorcjum BFF umyślnie wprowadził w błąd Zmawiającego, po raz kolejny wypełniając przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, wskazując w złożonych wyjaśnieniach, że w oświadczeniu producenta (dowód nr 10) wskazano, że produkty wymienione w punktach 21 oraz 22 Kosztorysu ofertowego stanowią komplet objęty deklaracją zgodności systemu rezonansu magnetycznego. Natomiast, jak wskazał Odwołujący I, zgodnie z treścią wspomnianego oświadczenia autoryzowany przedstawiciel producenta na rynek europejski, firma GE Medical Systems SCS, wskazała: „GE Medical Systems SCS, z siedzibą we Francji jest autoryzowanym przedstawicielem wytwórcy w odniesieniu do wyrobu medycznego - rezonansu magnetycznego Signa Explorer marki GE Healthcare. Deklaracja zgodności ww. wyrobu medycznego zawiera zestawienie akcesoriów i wyposażenia, które m.in. wchodzi w skład systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer. Ponadto informujemy, że następujące akcesoria i wyposażenie •(...)• Zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu; • Zestaw podgłówek i podkładek; • System typu Interkom Jest wymagane do korzystania z ww. wyrobu medycznego” Czyli jak jednoznacznie napisano: • Zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu; • Zestaw podgłówek i podkładek są wymagane do korzystania z rezonansu, natomiast, w ocenie Odwołującego, nie stanowią produktów wchodzących w skład systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer. Z treści złożonego oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela, nie można wywieść innych wniosków. Treść pisma jest jednoznaczna i nie ma możliwości innej interpretacji. W kosztorysie Ofertowym, wskazano dla tych produktów producenta - firmę General Electric, w pozostałych częściach oferty nie przedstawiono innych dokumentów, potwierdzających informacje zawarte w kosztorysie ofertowym.

W ocenie Odwołującego I oferta Konsorcjum BFF, wraz ze złożonymi wyjaśnieniami, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” Z takim działaniem Konsorcjum BFF mamy do czynienia w tym przypadku. W swojej ofercie Konsorcjum podało informacje: • wprowadzające w błąd co do oznaczenia przedsiębiorstwa, • wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług a w konsekwencji • utrudnianie dostępu do rynku. Stanowi to, że działania Konsorcjum w postaci podania informacji wprowadzających w błąd, są sprzeczne z prawem i/lub dobrymi obyczajami oraz naruszają interes przedsiębiorcy - Konsorcjum firm TMS Sp. z o.o.. W

związku z powyższym wykonawca podlega wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu.

Sygn. akt: KIO 2656/19

W dniu 27 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: BFF MEDFinance S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Alteris S.A., z siedzibą w Katowicach (dalej „**Odwołujący II**”) zarzucają Zamawiającemu: (i) zaniechaniu wykluczenia konsorcjum TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz BNP Paribas Lease Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej łącznie: „**Konsorcjum TMS**” lub „**Odwołujący I**”)) oraz zaniechaniem odrzucenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie i Krajowy Fundusz Szpitalny Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej łącznie: „**Konsorcjum PROMED**”); (ii) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum TMS, choć jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ; (iii) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum TMS, choć zawiera ona błędy w obliczeniu ceny; (iv) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum PROMED, choć jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ i naruszenie w ten sposób:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum TMS z Postępowania oraz zaniechanie uznania oferty Konsorcjum TMS za odrzuconą, pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w ramach wyjaśnień informacji, że w skład rezonansu magnetycznego wchodzi elementy, których pochodzenie nie jest mu znane, lecz ma pewność, że wchodzi one w skład systemu rezonansu magnetycznego, tym samym - w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiając Zamawiającemu informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do składu systemu rezonansu magnetycznego (włączenie zasilacza UPS oraz mebli), co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż Zamawiający, na skutek podjętej negocjacji treści oferty Konsorcjum TMS, zaniechał odrzucenia tej oferty z uwagi na błąd w cenie (zaoferowanie na kwestionowane części zamówienia preferencyjnej, 8% stawki VAT);
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum TMS z Postępowania oraz zaniechanie uznania oferty Konsorcjum TMS za odrzuconą,

- pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w ramach wyjaśnień informacji, że w skład „świadczenia kompleksowego” wchodzi świadczenia dostawy sprzętu komputerowego, które powinny być zostać objęte podstawową stawką podatku VAT, tym samym - w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawiając Zamawiającemu informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do możliwości zaoferowania komputerów HP i monitorów DELL z 8% stawce VAT, co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż Zamawiający, na skutek podjętej negocjacji treści oferty Konsorcjum TMS, zaniechał odrzucenia tej oferty z uwagi na błąd w cenie (zaoferowanie na kwestionowane części zamówienia preferencyjnej, 8% stawki VAT);
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez Konsorcjum TMS, lecz uprawniony jest do negocjacji treści tej oferty, pomimo że nieprawidłowości zawarte w tej ofercie, a wskazane w uzasadnieniu odwołania, dotyczące nieuwzględnienia w wycenie niezbędnych elementów oferty, skutkują koniecznością jej odrzucenia;
 - 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez Konsorcjum TMS, lecz uprawniony jest do negocjacji treści tej oferty, pomimo że nieprawidłowości zawarte w wycenie tej oferty, dotyczące zastosowania preferencyjnej stawki 8% VAT względem pięciu (5) elementów zakresów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, dla których Konsorcjum TMS powinno było zastosować stawkę 23% VAT, skutkują koniecznością jej odrzucenia;
 - 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez Konsorcjum PROMED, lecz uprawniony jest do negocjacji treści tej oferty, pomimo że nieprawidłowości zawarte w tej ofercie, dotyczące niezaoferowania komputerów z wiersza 189 ani monitorów z wiersza 195, tudzież zaoferowania ww. sprzętu w miejscu sprzecznym z żądanym przez Zamawiającego, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia.

W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu, aby: 1. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, 2. powtórzył czynność badania i oceny oferty Konsorcjum TMS oraz Konsorcjum PROMED z uwzględnieniem: 2.1. wykluczenia Konsorcjum TMS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp; 2.2. odrzucenia oferty Konsorcjum TMS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; 2.3. odrzucenia oferty Konsorcjum TMS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp; 2.4. odrzucenia oferty Konsorcjum PROMED na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; 3. dokonał ponownego wyboru oferty Odwołującego II jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący II wskazał, że Postępowaniu zostały złożone trzy (3) oferty. Oferta Odwołującego została wybrana ofertą najkorzystniejszą. Jednakże już przy pierwszym wyborze, unieważnionym przez Zamawiającego z uwagi na zauważoną konieczność wyjaśnienia różnych kwestii we wszystkich trzech ofertach, Konsorcjum TMS zapowiadało podczas posiedzenia KIO 2054/19, że będzie wnosić odwołanie od ponownego wyboru, jeżeli ponownie oferta Odwołującego zostanie wybrana ofertą najkorzystniejszą. Na wniosek Konsorcjum TMS, skład orzekający odnotował w protokole postępowania KIO 2054/19, iż Konsorcjum TMS będą przysługiwały środki ochrony prawnej po ponownym wyborze oferty Odwołującego II. Z tego względu, Odwołujący II ma przekonanie graniczące z pewnością, że Konsorcjum TMS wnieśnie odwołanie na ponowny wybór oferty Odwołującego. Odwołujący jest przekonany, że nie podlega wykluczeniu oraz, że jego oferta jest zgodna z SIWZ, tym samym - że ewentualne odwołanie Konsorcjum TMS podlegać będzie oddaleniu. Niemniej jednak, z najdalej idącej ostrożności, Odwołujący II wskazuje, że wyniku szczegółowego badania oferty Konsorcjum TMS oraz Konsorcjum PROMED, Zamawiający powziął informacje, które powinny były skutkować odrzuceniem obu tych ofert. Tym samym, z najdalej idącej ostrożności, Odwołujący II wskazał, że jeżeli - na skutek ewentualnego odwołania Konsorcjum TMS lub Konsorcjum PROMED - Izba uznałaby, że w ofercie Odwołującego II znajdują się uchybienia eliminujące Odwołującego II z Postępowania, to wówczas Izba powinna uwzględnić okoliczność, że oferty Konsorcjum TMS oraz Konsorcjum PROMED obarczone są wadami, eliminującymi również tych dwóch pozostałych wykonawców z postępowania, co skutkować powinno unieważnieniem Postępowania. Na przestrzeni minionych lat powstała ugruntowana linia orzecznicza, zgodnie z którą Krajowa Izba Odwoławcza - w ślad za wyrokami Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - orzeka, że ewentualne unieważnienie postępowania, będące skutkiem wniesienia dowołania, mieści się w zakresie definicji interesu, zawartej w art. 179 ust. 1 Pzp. Rzeczona linia orzecznicza oparta została na wyroku wydanym dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama), TSUE odniósł się do pojęcia „dane zamówienie”,

zawartego przez polskiego ustawodawcę w art. 179 ust. 1 Pzp, które dotychczas w orzecznictwie KIO interpretowane było wyłącznie w powiązaniu z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Trybunał uznał, iż w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, pojęcie „dane zamówienie” może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Trybunału, dyrektywę należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta. Pogląd ten zachowuje swoją aktualność również w zakresie obecnie obowiązujących dyrektyw klasycznej 2014/24/UE i sektorowej 2014/25/UE. Odwołujący II przywołał również obszerny fragment uzasadnienia z wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17 KIO 2014/17. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 5.04.2016 r. w sprawie C-689/13, w którym w pkt 27 Trybunał uznał, że „W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie”. Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. (...) W związku z powyższym należały uznać, że Odwołującemu II przysługuje prawo negocjowania wyboru oferty innego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia oferty kolejnego wykonawcy, gdyby miało to skutkować unieważnieniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. W ocenie Odwołującego II, stwierdzając na dzień rozstrzygnięcia Postępowania wady w zakresie procesu oceny ofert i zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert Konsorcjum TMS oraz Konsorcjum PROMED z przyczyn wskazanych w treści odwołania, nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było wniesienie w tym zakresie środka ochrony prawnej. W ten sposób Izba dokonując oceny prawidłowości czynności oceny ofert w postępowaniu przez Zamawiającego dokona jej w sposób kompleksowy a jednocześnie skoncentrowany. Należy wskazać, że dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonał i zakończył, w odniesieniu do każdej ze złożonych w postępowaniu ofert, jej oceny merytorycznej tj. w aspekcie jej zgodności z SIWZ. Obszerność zakresów niejasnych, o których wyjaśnienie wnosił Zamawiający oraz obszerność udzielonych wyjaśnień, a także ich ocena ta została dokonana w sposób kompleksowy. Zatem, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TMS oraz Konsorcjum

PROMED nie wynika z braku weryfikacji tych ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ, lecz wynika z uznania wyjaśnień udzielonych przez te podmioty za wystarczające dla potwierdzenia zgodności tych ofert z treścią SIWZ. W przypadku ewentualnego ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, inni wykonawcy nie mogliby już skutecznie wnosić odwołań wobec zaniechania odrzucenia ofert jako niezgodnej z treścią SIWZ, sklasyfikowanych na drugim czy trzecim miejscu. Nie ulega wątpliwości, że gdyby takie czynności faktycznie nastąpiły, z pewnością wykonawca taki podniósłby, najprawdopodobniej skuteczny zarzut, wniesienia odwołania po terminie. Zgodnie z ustawą Pzp, zawity termin na wniesienie odwołania w przypadku zaniechania odrzucenia oferty, jest ustalany począwszy od upływu terminu, w którym wykonawca konkurencyjny mógł powziąć informację o zaniechaniu Zamawiającego. Takim momentem w Postępowaniu jest bez wątpienia II wybór oferty najkorzystniejszej, poprzedzony wezwaniem do wyjaśnień skierowanych do Konsorcjum TMS i Konsorcjum PRIMED, przy jednoczesnym zakończeniu oceny pozostałych ofert w Postępowaniu. Wobec powyższego, Odwołujący II stwierdził, że w sytuacji, w której w Postępowaniu wpłynie inne odwołanie - wykonawców sklasyfikowanych poniżej w rankingu ofert - to wówczas może zaistnieć sytuacja, w której Izba uzna, że Postępowanie powinno zostać unieważnione z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Taka sytuacja - w świetle powołanego orzecznictwa TS UE - niezbiecie dowodzi istnienia interesu Odwołującego II i, w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymuje do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE A. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA KONSORCJUM TMS - NIEPRAWDZIWE INFORMACJE W ZAKRESIE SKŁADU SYSTEMU REZONANSU MAGNETYCZNEGO

Odwołujący II wskazał, że w dniu 29 listopada 2019r., w skutek powziętych wątpliwości w zakresie zgodności oferty Konsorcjum TMS z treścią SIWZ, Zamawiający zadał Konsorcjum TMS następujące pytanie: „Do Państwa oferty została dołączona deklaracja zgodności i certyfikat CE dotyczący systemu rezonansu magnetycznego Canon Medical Systems Corporation MRT-2020 /E2 (Vantage Elan) 1,5 T, który zgodnie z załącznikiem nr 1 do projektu umowy posiada niżej wymienione części składowe: A. Konsola akwizycyjna (operatorska) aparatu MR - poz. 2 zał. nr 1 do projektu umowy, B. Monitor poziomu tlenu w pomieszczeniu badań - poz. 6 zał. nr 1 do projektu umowy, C. Kabina RF - poz. 7 zał. nr 1 do projektu umowy, D. Rolki niemagnetyczne - poz. 10 zał. nr 1 do projektu umowy, E. Mata niemagnetyczna - poz. 11 zał. nr 1 do projektu umowy, F. UPS do zasilania konsoli operatorskiej - poz. 20 zał. nr 1 do projektu umowy, G. Zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu - poz. 21 zał. nr 1 do projektu umowy, H. Zestaw podgłówek i

podkładek - poz. 22 zał. nr 1 do projektu umowy, I. Zestaw szafek do przechowywania cewek i fantomów - poz. 23 zał. nr 1 do projektu umowy, J. Kamera do obserwacji pacjenta - poz. 24 zał. nr 1 do projektu umowy, K. Słuchawki tłumiące hałas dla pacjenta - poz. 25 zał. nr 1 do projektu umowy, L. Systemy typu Interkom - poz. 26 zał. nr 1 do projektu umowy. W deklaracji zgodności dotyczącej systemu rezonansu magnetycznego nie zostały uwzględnione wyżej wymienione elementy. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wnosi o wyjaśnienie: 1) Dlaczego w deklaracji zgodności dla systemu rezonansu magnetycznego Canon Medical Systems Corporation MRT-2020 /E2 (Vantage Elan) 1,5 T nie zostały wymienione (wyspecyfikowane) pozycje 2, 6, 7, 10, 11,20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy? 2) Czy asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21,22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy jest tego samego producenta co cały system rezonansu magnetycznego? 3) Czy asortymenty wymienione w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy nie posiadają osobno deklaracji zgodności? 4) Jeśli asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11,20, 21,22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy jest produkowany przez innego producenta prosimy o wskazania nazwy producenta modelu oraz typu urządzenia. 5) Na jakiej podstawie Wykonawca przyjął w kosztorysie ofertowym (zał. nr 1 do projektu umowy) stawkę podatku VAT 8% na asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11,20, 21, 22, 23, 24, 25, 26? 6) Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca wnosimy aby Wykonawca przekazał dokument producenta na podstawie, którego asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11,20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 jest opodatkowany stawką VAT wynoszącą 8% i jest uznawany za integralną część całego systemu”.

W ocenie Odwołujący II wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TMS są wzajemnie wykluczające się - albo Odwołujący I nie ma wiedzy, czy dane produkty są produkowane przez innych producentów, a tym samym nie wie, czy mają odrębne deklaracje zgodności, albo wie kto jest producentem tych elementów i jest w stanie potwierdzić, że te elementy te nie posiadają odrębnej deklaracji zgodności. Wykonawca, w cytowanych wyjaśnieniach, wprowadza więc w błąd Zamawiającego w zakresie tego, jakie elementy faktycznie wchodzi w zakres oferowanego systemu rezonansu magnetycznego, i usiłuje wywrzeć wrażenie, że deklaracja zgodności Canon jest niejako blankietowa, i że to pośrednik (Konsorcjum TMS), uwzględniając potrzeby końcowego odbiorcy (Zamawiającego), decyduje, co objęte jest oferowanym systemem rezonansu magnetycznego. Tymczasem, w ocenie Odwołującego II, faktyczny skład części składowych systemu określa producent rezonansu magnetycznego, zaś pośrednik oferuje w ramach systemu tylko te części, które były poddane przez producenta testom w ramach danego systemu. Innymi słowy, Konsorcjum TMS nie może włączać we własnej ofercie dowolnych produktów do systemu rezonansu magnetycznego,

obejmując je preferencyjną 8% stawką VAT, gdyż oświadczenie dot. składu systemu rezonansu magnetycznego nie polega na prawdzie. Ponadto, w ocenie Odwołującego II, skoro producent Canon wydał oświadczenie w zakresie objęcia ww. pozycji systemem rezonansu magnetycznego, to równie dobrze mógł oświadczyć - na prośbę swojego pośrednika, Konsorcjum TMS - oświadczyć, kto jest producentem następujących elementów: UPS do zasilania konsoli operatorskiej - poz. 20 zał. nr 1 do projektu umowy, I. Zestaw szafek do przechowywania cewek i fantomów - poz. 23 zał. nr 1 do projektu umowy.

Odwołujący II wskazał, że chociaż nie oferuje sprzętu Canon, to jednak- podobnie jak szereg innych profesjonalnych podmiotów, działających na danym rynku właściwym - ma pełną świadomość, że powyższe elementy nie są produkowane przez Canon. W przedstawionych wyjaśnieniach, Konsorcjum TMS oświadcza jednak, że ww. sprzęt wchodzi w zakres systemu rezonansu magnetycznego Canon, co jednak nie polega na prawdzie. W ocenie Odwołującego II UPS do zasilania konsoli operatorskiej produkowane jest przez takich wytwórców jak EATON czy APC i dostępne są np. w EURO RTV AGD. Zaś „zestaw szafek do przechowywania cewek i fantomów” to meble, o wymiarach zgodnych z preferencjami użytkownika końcowego, które mogą być zamykane na klucz, mogą być z szufladami, z przegródkami - te preferencje nie mają jednak jakiegokolwiek wpływu na możliwość rzetelnego wykonania badania. Canon, jako producent sprzętu o zaawansowanej technologii, nie produkuje mebli.

W ocenie Odwołującego II asortyment wymieniony w poz. 20 i 23 posiada odrębne deklaracje zgodności. Jednakże, o niemożności uwzględnienia tego sprzętu w poczet części rezonansu magnetycznego przesądza fakt, że producent musiałby objąć testami konkretny, niezmienny model zasilacza USB, oraz konkretne niezmiennie szafki do przechowywania cewek i fantomów, i musiałby wykazywać, że jedynie one mogą być sprzedawane w ramach systemu rezonansu magnetycznego, oferowanego przez Konsorcjum TMS. Tymczasem, zasilacz UPS to całkowicie niezależne urządzenie, dowolnie wymienne na inne (dowolnego producenta), które spełnia wymagane parametry techniczne. Jest bardzo dużo produktów na rynku, które spełniają wymagania Zamawiającego dotyczące zasilacza UPS i wszystkie one mogą być zastosowane zamiennie. Zaś szafki do przechowywania cewek i fantomów są zupełnie zbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu rezonansu magnetycznego - Zamawiający zażądał ich dostawy w treści SIWZ zapewne z uwagi na chęć utrzymania porządku w pracowniach, jednakże fakt posiadania mebli w żaden sposób nie determinuje funkcjonowania systemu rezonansu magnetycznego. Równie dobrze Zamawiający mógłby ich w ogóle nie żądać, a dostarczony system rezonansu magnetycznego umożliwiłby rzetelne wykonanie badań.

Z ostrożności Odwołujący II wskazał, że nawet jeżeli Konsorcjum TMS oświadczyło, że nie usiłowało nieprawdziwymi informacjami wywrzeć w wyjaśnieniach wrażenie na Zamawiającym, że właściwie sformułowało treść swej oferty w zakresie preferencyjnej stawki 8% VAT na zasilacz UPS oraz meble, lecz opierało się w tej kwestii na oświadczeniu Canon, złożonym Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami, to i wówczas należy wskazać, że informacje pochodzące od podmiotu trzeciego powinny być każdorazowo przez wykonawców weryfikowane. Wykonawca, który posłużył się w postępowaniu nieprawdziwymi informacjami, nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci, dopuszcza się niedbalstwa. W przypadku dokumentów pochodzących od samego wykonawcy, ich weryfikacja jest uproszczona, ponieważ sam wykonawca, czy jego pracownicy mogą potwierdzić prawidłowość informacji w nich zawartych. Natomiast, przy składaniu dokumentów od podmiotów trzecich, które nie biorą udziału w ubieganiu się o uzyskanie zamówienia, konieczne jest podjęcie dodatkowych czynności, potwierdzających ich prawdziwość. W przypadku posługiwania się oświadczeniem producenta Canon o częściach składowych systemu rezonansu magnetycznego przykładową formą weryfikacji będzie uzyskanie od tego podmiotu informacji/dokumentów potwierdzających, że jakie konkretnie części składowe brały udział w odnośnych testach, celem uzyskania informacji o wszystkich częściach rezonansu magnetycznego oraz ich pochodzeniu. Reasumując, w ocenie Odwołującego II, Konsorcjum TMS wprowadziło w błąd Zamawiającego, stwierdzając, że w ramach systemu rezonansu magnetycznego testowany był konkretny model zasilacza UPC oraz konkretne szafki dla przechowywania cewek i fantomów, i dlatego też elementy te stanowią część systemu rezonansu magnetycznego. Znamienne jest, że Konsorcjum TMS celowo unika udzielenia odpowiedzi na pytanie, kto jest producentem wyszczególnionych w zapytaniu elementów, gdyż ujawnienie wszystkich poszczególnych producentów prowadziłoby do wniosku, że Konsorcjum TMS zaoferowało błędną stawkę VAT. Tymczasem, wprowadzając Zamawiającego w błąd w zakresie składu części systemu Konsorcjum TMS dąży do przekonania Zamawiającego, że nie doszło do błędu w obliczeniu ceny w zakresie ww. elementów, które faktycznie nie stanowią część systemu rezonansu magnetycznego. Zatem, w ocenie Odwołującego II, Zamawiający nie powinien był podejmować w tym zakresie negocjacji z Konsorcjum TMS i nie powinien był uznać, że zasilacz UPS oraz meble mogą być objęte preferencyjną stawką 8% VAT, jaką objęty jest system rezonansu magnetycznego.

ZANIECHANIE WYKLUCZENIA KONSORCJUM TMS - NIEPRAWDZIWE INFORMACJE DOTYCZĄCE ZAKRESU ŚWIADCZENIA KOMPLEKSOWEGO OBJĘTEGO PREFERENCYJNĄ STAWKĄ 8% VAT

Odwołujący II wskazał, że w dniu 29 listopada 2019 r., w skutek powziętych wątpliwości w zakresie zgodności oferty Konsorcjum TMS z treścią SIWZ, Zamawiający zadał Konsorcjum TMS następujące pytanie: Do Państwa oferty został dołączony Załączniku nr 1 „Kosztyryś ofertowy”, w którym potwierdziliście Państwo zaoferowanie i wycenienie urządzenia Vital Images, Inc Vitrea Advanced Visualisation 7.10.1. Wskazany w pozycji 3 kosztorysu ofertowego system postprocesingowy z konsolą lekarską i oprogramowaniem został opodatkowany w całości 8% stawką Vat oraz wymieniono tylko jednego producenta tj. Vital Images Inc. Tymczasem pozycja nr 3 kosztorysu ofertowego miała obejmować cały asortyment wymieniony w rozdz. 1 pkt III załącznika nr 2a (pkt. od 185 do 242). Powyższe punkty obejmowały również m. in. pozycje: -189. Konsole oparte o komputer klasy PC; -194. Kolorowe monitory diagnostyczne, każdy o min. przekątnej min. 28" i rozdzielczości min. 3280x2048 pikseli, -195. Monitory opisowe o min. przekątnej min. 21" i rozdzielczości min. 1920x1080 pikseli Wykonawca w ww. pozycjach wymienił: ad. 189. " Tak, 2 komputery HP EliteDesk 800 G4 (2 szt.)" ad. 194. " Tak, Monitory diagnostyczne Eizo RX660 30" 3280x2048 pikseli (2 szt.)" ad. 195." Tak, monitory opisowe Dell P2217H o przekątnej 21,5" i rozdzielczości 1920x1080 pikseli (2 szt.)". Z wiedzy Zamawiającego wynika, że komputer HP EliteDesk 800 G4 oraz monitor Dell P2217H nie są wyrobami medycznymi, a deklaracja zgodności wystawiona przez producenta Vital Images, Inc. obejmuje tylko oprogramowanie. W deklaracji zgodności nie ma też wymienionych wyżej przytoczonych komputerów, ani też monitorów. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wnosi o wyjaśnienie: 1) Czy Wykonawca wycenił pozycje 189, 194 i 195? 2) Jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest twierdząca, to proszę o wskazanie, w której pozycji kosztorysu ofertowego (załącznika nr 1 do projektu umowy) zostały wycenione wyżej wskazane pozycje? 3) Jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest twierdząca, to prosimy o wyjaśnienie jaką stawką Vat zostały opodatkowane oraz na podstawie jakich dokumentów lub przepisów zaklasyfikowano je do wyrobów medycznych? Jeżeli asortyment z pozycji 189, 194 i 195 z zał. nr 2a rozdz. 1 pkt. III został zaklasyfikowany jako wyrób medyczny wnosimy aby firma Canon Medical Systems Corporation przekazała dokument lub dokumenty na podstawie, których asortymenty opisane w pozycjach 189, 194 i 195 są wyrobami medycznymi".

W ocenie Odwołującego II wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TMS wprowadziły Zamawiającego w błąd co do możliwości włączenia dostawy komputerów HP oraz monitorów Dell w „świadczenie kompleksowe”. Konsorcjum TMS nie jest władne decydować, jakie elementy świadczenia mogą zostać objęte preferencyjną stawką 8% VAT, gdyż w tym zakresie zastosowanie mają odnośne przepisy prawne. Innymi słowy, Konsorcjum TMS nie może włączać we własnej ofercie dowolnych elementów dostawy w zakres świadczenia

podstawowego, obejmując je preferencyjną 8% stawką VAT, gdyż to legislator decyduje, kiedy dane świadczenie pomocnicze opodatkowane jest podstawową stawką 23% VAT, a w jakich przypadkach korzysta z obniżonej 8% stawki VAT. 14. Nieprawdą są oświadczenia, zawarte w cytowanych wyjaśnieniach, jakoby komputery klienckie HP oraz monitory DELL stanowiły część systemu postprocesingowego. Wymienione urządzenia to standardowe komputery, przy których należy zastosować stawkę VAT 23%. Komputery z poz. 189 oraz monitory z 195 mają własne deklaracje zgodności. Nie są nierozzerwalnie związane z dostawą systemu postprocesingowego, gdyż tego typu dostawy mogą odbywać się niezależnie.

W podsumowaniu, Odwołujący II wskazał, że Konsorcjum TMS wprowadziło w błąd Zamawiającego, stwierdzając, że w ramach „świadczenia kompleksowego” są uprawnieni do objęcia komputerów klienckich HP oraz monitorów DELL stawką 8% VAT. W złożonych wyjaśnieniach, Konsorcjum TMS stworzyło strategię wytłumaczenia się z zaoferowania standardowych produktów po stawce 23% VAT, która przyniosła pożądane przez Konsorcjum TMS rezultat, gdyż Zamawiający podjął się negocjacji z tym wykonawcą w zakresie treści oferty. Oświadczenie przez Konsorcjum TMS, że przedmiotowy sprzęt ten nie jest nierozzerwalnie powiązany ze świadczeniem głównym prowadzić musiałoby Zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum TMS zaoferowało błędną stawkę VAT. Jednakże, samo przyjęcie przez Zamawiającego oświadczenia Konsorcjum TMS za prawdziwe jest niewystarczające dla rzetelnego zbadania tej oferty. Konsorcjum TMS, wprowadzając Zamawiającego w błąd w zakresie możliwości dostawy omawianego sprzętu w ramach „świadczenia kompleksowego” dąży do przekonania Zamawiającego, że nie doszło do błędu w obliczeniu ceny w zakresie ww. elementów, które faktycznie stanowią świadczenie odrębne, a zatem nie powinny być objęte preferencyjną stawką 8% VAT.

ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY KONSORCJUM TMS Z UWAGI NA ZANIECHANIE ZAOFEROWANIA KOMPUTERÓW KLIENCKICH HP ORAZ MONITORÓW DELL

W uzupełnieniu zarzutów wskazanych powyżej, Odwołujący II wskazał, że alternatywnie, Konsorcjum TMS w ogóle nie zaoferowało: ad. 189. " Tak, 2 komputery HP EliteDesk 800 G4 (2 szt.)" ad. 195. " Tak, monitory opisowe Dell P2217H o przekątnej 21,5" i rozdzielczości 1920x1080 pikseli (2 szt.)" Gdyby bowiem intencją Konsorcjum TMS było zaoferowanie ww. sprzętu, to wówczas Konsorcjum TMS wyszczególniłoby w ofercie odrębną cenę ze stawką 8% VAT i odrębną ze stawką 23% VAT. W ocenie Odwołującego II produkty te nie został uwzględniony w pkt.II.3 „Kosztorysu ofertowego” złożonego wraz z ofertą Konsorcjum TMS, a w wyjaśnieniach swych Konsorcjum TMS nie wskazało żadnego racjonalnego

wytłumaczenia, dlaczego ww. produkty faktycznie zostały wycenione oraz zaoferowane. W związku z powyższym należy uznać, że cena ofertowa nie obejmuje produktu z poz. 189 i 195, a tym samym złożona oferta nie spełnia wymogów zapisów pkt. 241 Załącznika nr 2a i powinna zostać odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ. Tymczasem, Zamawiający - w toku wyjaśnień treści oferty Konsorcjum TMS - dopuścił się negocjacji jej treści, uznając, że ww. pozycje 189 i 195 zostały zaoferowane przez Konsorcjum TMS.

ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY KONSORCJUM TMS Z UWAGI NA BŁĘDY W CENIE

W ocenie Odwołującego II nieprawdziwe informacje złożone przez Konsorcjum TMS wraz z wyjaśnieniami, na które Odwołujący II wskazał powyżej, miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie należnej stawki VAT, która została określona przez Konsorcjum TMS w sposób sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2018 poz. 2174 z późn. zm.; dalej: „ustawa o VAT”). W odniesieniu do argumentacji Konsorcjum TMS, dotyczącej świadczenia kompleksowego oraz włączanie w zakres dostawy wyrobu medycznego urządzeń, które nie są nierozdzielnie związane z dostawą rezonansu magnetycznego, wskazać należy, że dla celów podatkowych należy dzielić zlecenie w taki sposób, aby tworzyły one integralne części. Ani Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE L 347 str. 1 ze zm.), ani przepisy krajowe nie zawierają definicji „świadczenia złożonego”. Zatem, analizując konkretny przypadek należy indywidualnie rozpatrywać okoliczności, czy w danej sytuacji na konkretny zakres należy stosować stawkę VAT podstawową, czy możliwe jest zastosowanie stawki preferencyjnej. W ocenie TSUE jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy, albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałyby charakter sztuczny (vide: wyrok TSUE w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property sro, pkt 17). W kontekście tego wyroku za świadczenia odrębne należy uznać świadczenia wykonywane przez jednego świadczącego na rzecz nabywcy, które mogą być rozdzielone w sposób obiektywnie uzasadniony, nawet jeśli są w pewien sposób powiązane. Zatem, sam fakt, że Konsorcjum TMS dostarcza w ramach realizacji usługi świadczenie korzystające z preferencyjnej stawki 8% VAT nie oznacza, że Konsorcjum TMS jest uprawnione do objęcia tą preferencyjną stawką również innych urządzeń, tj.: UPS do zasilania konsoli operatorskiej - poz. 20 zał. nr 1 do projektu umowy oraz Zestaw szafek do przechowywania cewek i fantomów - poz. 23 zał. nr 1 do projektu umowy ad. 189. " Tak, 2 komputery HP EliteDesk 800 G4 (2 szt.)" ad. 195. " Tak, monitory opisowe Dell P2217H o przekątnej 21,5" i

rozdzielczości 1920x1080 pikseli (2 szt.), które nie są nierozzerwalnie związane z systemem rezonansu magnetycznego. Odwołujący II powołał się na Interpretację indywidualną przepisów ustawy o VAT z dnia 23 lutego 2016 r.nr IBPP3/4512-993/15/KG, która została wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, działającego w imieniu Ministra Finansów.

W ocenie Odwołującego II dostawa rezonansu magnetycznego nie może stać się podstawą do objęcia preferencyjną stawką VAT również dostawy zasilacza USB, mebli, komputera klienckiego HP czy monitora DELL. Te urządzenia nie są wyrobem medycznym ani nie są nierozzerwalnie związane z dostawą rezonansu magnetycznego, który może po jego dostarczeniu bezpiecznie funkcjonować w środowisku zastanym (tj. bez dostawy 4 kwestionowanych pozycji, z 8% stawką VAT, zaoferowaną przez Konsorcjum TMS).

Odwołujący II dalej wskazał, że kolejnym błędem w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia i objęcia go nieprawidłową stawką podatku VAT, jest objęcie robót budowlanych, polegających na instalacji gazów medycznych, preferencyjną stawką 8% VAT. Konsorcjum TMS nie wykazało bowiem w treści swych wyjaśnień, iż względem planowanego sposobu wykonania przez Konsorcjum TMS świadczenia faktycznie zaistniały okoliczności, skutkujące możliwością powołania się na art. 41 ust. 12-12c ustawy o VAT. Konsorcjum TMS wskazało interpretację indywidualną dotyczącą innego podatnika, która dotyczyła konkretnego stanu faktyczno - prawnego. Jednakże, nawet w tej interpretacji podkreśla się, że kluczowe znaczenie dla opodatkowania instalacji medycznych stawką 8% albo 23% VAT mają faktyczne okoliczności, związane z realizacją świadczenia. Zatem, ogólnikowe twierdzenia Konsorcjum TMS, jakoby wszystkie instalacje gazów medycznych realizowane w ramach dostawy rezonansu magnetycznego stanowiły usługę powiązaną z dostawą, a nie z robotą budowlaną, stanowią daleko idącą nadinterpretację przywołanej Interpretacji indywidualnej. Tym samym, w ocenie Odwołującego II, Konsorcjum TMS naruszyło przepis art. 41 ust. 1 ustawy w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. 22. Tak jak wskazywał Odwołujący II we własnych wyjaśnieniach dotyczących się zaoferowania instalacji gazów medycznych po stawce 23% VAT, świadczeniami ze sobą powiązanymi, które jednak mogą być rozdzielone w sposób obiektywnie uzasadniony, są (i) różne roboty budowlane, mające na celu przystosowanie pomieszczeń pod instalację systemu rezonansu, oraz (ii) dostawa i instalacja samego systemu. Roboty budowlane muszą być wykonane w pierwszej kolejności i na raz. Dopiero po ich kompletnym zakończeniu (w tym również wszelkich prac związanych z instalacjami pod gazy medyczne), możliwe jest przystąpienie do prac montażowych. Sama dostawa i montaż rezonansu magnetycznego może odbywać się na kilka tygodni lub nawet miesięcy po przygotowaniu budynku szpitala pod pracownię rezonansu magnetycznego.

Stąd też wszystkie rodzaje robót budowlanych można wyodrębnić jako roboty objęte podstawową, 23% stawką VAT. Przerzucanie wyłącznie instalacji gazów medycznych do drugiego świadczenia, jakim jest dostawa i montaż systemu rezonansu magnetycznego, byłoby działaniem sztucznym. Instalacje te stanowią bowiem część robót budowlanych i w ramach tej czynności muszą być wykonane. W ocenie Odwołującego II, system rezonansu magnetycznego - choć nie będzie działał bez należyście wykonanych robót budowlanych (w tym również instalacji gazów medycznych), stanowi jednak kolejny połączony ze sobą funkcjonalnie zakres czynności, który jednak może być wykonany dużo później i przez inny podmiot, w już uprzednio przygotowanej pracowni. Wszystkie roboty budowlane, polegające na przebudowie pomieszczeń oraz prowadzeniu nowych instalacji wykonuje się w ramach robót budowlanych. Z uwagi na fakt, że roboty budowlane opodatkowane są podstawową stawką VAT, również i roboty instalacyjne w zakresie gazów medycznych, wykonywane w toku tych robót budowlanych, opodatkowane są podstawową stawką VAT. W odniesieniu do dostawy i instalacji systemu rezonansu magnetycznego, bardzo istotną kwestią jest instalacja w pomieszczeniu badań rezonansem magnetycznym specjalnej klatki (tzw. klatka RF lub Faradaya), która izoluje rezonans magnetyczny od wszelkich zakłóceń elektromagnetycznych ze środowiska zewnętrznego, a dodatkowo jest zabezpieczeniem środowiska zewnętrznego przed wpływem pola elektro-magnetycznego pochodzącego od rezonansu magnetycznego. Każda klatka jest projektowana indywidualnie pod potrzeby pomieszczenia (sali badań) i pod konkretny rozkład pola magnetycznego i moc rezonansu. Lokalizacja (umiejscowienie) rezonansu magnetycznego musi być dokonana w oddali od wszelkich innych źródeł elektromagnetycznych, ruchliwych arterii miejskich, transformatorów, traktów instalacji elektrycznych itp. Ważne jest, by pomieszczenia bezpośrednio sąsiadujące z salą badań nie były pokojami socjalnymi personelu medycznego lub innymi pokojami, gdzie przebywa często personel. Podobnie jest z pomieszczeniami znajdującymi się nad i pod salą badań rezonansu magnetycznego. W ocenie Odwołującego II z powyższego opisu wynika, że roboty budowlane przygotowują cały szpital pod kontem wyodrębnienia nowej pracowni rezonansu magnetycznego. Usługi montażowe wykonuje się natomiast w konkretnej pracowni, w celu zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta badanego, innych pacjentów przebywających w budynkach klasy 1261, oraz personelu. Wszystkie roboty budowlane, choć różnią się od siebie w zakresie metod wykonywania, specjalistów odpowiedzialnych za konkretne odcinki, stanowią nierozdzielalną całość, gdyż ich prawidłowe wykonanie determinuje, czy szpital jest prawidłowo przygotowany do dostawy i montażu systemu rezonansu magnetycznego. Zaś drugim etapem, który może nastąpić bezpośrednio po robotach budowlanych, jest dostawa rezonansu magnetycznego i jego montaż (w skład którego wchodzi budowa klatki RF), które odbywają się w wydzielonym i uprzednio przystosowanym do tego pomieszczeniu. Choć sama klatka nie jest wyrobem medycznym,

to z uwagi na fakt, że jest dostarczana w celu prawidłowego funkcjonowania rezonansu magnetycznego (zapewnienia bezpieczeństwa), objęta jest preferencyjną stawką 8% VAT.

W ocenie Odwołującego II z powyżej przedstawionym stanie faktycznym, mamy więc do czynienia ze świadczeniem złożonym, zgodnie z którym, element poboczny jest klasyfikowany podatkowo zgodnie z elementem głównym. Dzieje się tak zarówno w przypadku robót budowlanych i instalacyjnych dot. gazów medycznych, jak i w przypadku dostawy i montażu systemu rezonansu magnetycznego, w skład którego wchodzi wyroby medyczne i niemedyce. W podsumowaniu Interpretacji indywidualnej nr IBPP3/4512-993/15/KG zostały wskazane jasne instrukcje, kiedy można mówić o świadczeniu złożonym. Mianowicie, „Odnosząc się natomiast do zagadnienia poruszonego w pytaniu drugim, tj. czy w odniesieniu do usługi wykonania robót budowlanych lub przebudowy obiektu budowlanego, w którym będzie ostatecznie funkcjonować wyrób medyczny, Wnioskodawca jest zobowiązany zastosować 23% stawkę podatku od towarów i usług, należy wskazać, że w myśl art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, stawkę podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. (...) Zatem świadczenie usług wykonania robót budowlanych lub przebudowy, jako świadczenie odrębne od dostawy wyrobu medycznego, podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla tego typu robót. W przypadku, gdy przy wykonaniu ww. robót nie zostaną spełnione warunki do zastosowania stawki obniżonej 8% na podstawie art. 41 ust. 12—12c ustawy o VAT, wykonanie tych usług podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23%, w myśl art. 41 ust. 1 ustawy w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. Stanowisko Wnioskodawcy w zakresie 23% stawki podatku VAT dla robót budowlanych lub przebudowy, jest prawidłowe.”

W ocenie Odwołującego II Konsorcjum TMS nie wykazało, aby zaplanowany przez Konsorcjum TMS „sposób realizacji świadczenia” uprawniał tego wykonawcę do zastosowania preferencyjnej stawki VAT. Tym samym. Konsorcjum TMS, oferując 8% stawkę VAT na instalacje gazów medycznych, nie zastosował się do przepisów ustawy o VAT oraz do wykładni tych przepisów wskazanych w obu interpretacjach indywidualnych, tj. nr IBPP2/45 12-44 1/15/WN oraz nr IBPP3/4512-993/15/KG. Powyższa okoliczność przesądza o tym, że Konsorcjum TMS popełniło błąd w obliczeniu ceny, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Skoro zaś Konsorcjum TMS zastosowało stawkę preferencyjną, to Konsorcjum TMS zobowiązane było wyjaśnić na żądanie Zamawiającego, dlaczego zaplanowany „sposób realizacji świadczenia” uprawnia Konsorcjum TMS do zastosowania preferencyjnej stawki 8% VAT. Z uwagi jednak na brak danych w tym zakresie, brak podjęcia

próby indywidualnego wytłumaczenia danej stawki, i poleganie jedynie na ogólnych interpretacjach, które nie mogą jednak być stosowane blankietowo, stwierdzić należy, że Konsorcjum TMS nie wykazało w wyjaśnieniach podstawy prawnej dla zastosowania preferencyjnej stawki 8% VAT.

W ocenie Odwołującego II mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że Konsorcjum TMS popełniło pięć (5) niezależnych błędów, z których każdy z osobna skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum TMS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał jednak tej czynności, dając wiarę niepopartym niczym twierdzeniom Konsorcjum TMS, które są wprost sprzeczne z przepisami prawa oraz odnośnym orzecznictwem krajowym i unijnym. Zatem, Konsorcjum TMS, w toku wyjaśnień, faktycznie doprowadziło do negocjowania treści oferty w zakresie należnego VAT-u na poszczególne części oferty.

ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY KONSORCJUM PROMED

Odwołujący II wskazał, że w dniu 29 listopada 2019 r., w skutek powziętych wątpliwości w zakresie zgodności oferty Konsorcjum PROMED z treścią SIWZ, Zamawiający zadał Konsorcjum PROMED następujące pytanie: „Do Państwa oferty został dołączony Załączniku nr 1 „Kosztorys ofertowy”, w którym potwierdziliście Państwo zaoferowanie i wycenienie urządzenia Philips Medical Systems Nederland B.V., IntelliSpace Portal V.10. Wskazany w pozycji 3 kosztorysu ofertowego system postprocesingowy z konsolą lekarską i oprogramowaniem został opodatkowany w całości 8% stawką Vat oraz wymieniono tylko jednego producenta tj. Philips Medical Systems Nederland B.V. Tymczasem pozycja nr 3 kosztorysu ofertowego miała obejmować cały asortyment wymieniony w rozdz. 1 pkt. III załącznika nr 2a (pkt. od 185 do 242). Powyższe punkty obejmowały również m. in. pozycje: -189. Konsole oparte o komputer klasy PC; -194. Kolorowe monitory diagnostyczne, każdy o min. przekątnej min. 28" i rozdzielczości min. 3280x2048 pikseli, -195. Monitory opisowe o min. przekątnej min. 21" i rozdzielczości min. 1920x1080 pikseli Wykonawca w ww. pozycjach wymienił: ad. 189. " Tak, konsole oparte o komputer klasy PC 2 szt." ad. 194." Tak, 30" o rozdzielczości 3280x2048 2 szt." ad. 195." Tak, 23,8" o rozdzielczości 1920x1080 2 szt." Z załączonego do wyjaśnień dokumentu „broszura ds-ESPRIMO-P558" oraz dokumentów załączonych do oferty „EV2450_2455" oraz „RX660_ulotka PL" wynika, że Wykonawca oferuje konsole postprocessingowe (lekarskie): ad. 189 - oparte są o 2 szt. komputerów klasy PC FUJITSU ESPR1MO P558 2 szt., ad. 194 - kolorowe monitory diagnostyczne EIZO RadiForce® RX660 2 szt., ad. 195 - monitory opisowe EIZO FlexScan EV2450 2 szt. Z

wiedzy Zamawiającego wynika, że komputer FUJITSU ESPRIMO P558 oraz monitor EIZO FlexScan EV2450 nie jest wyrobem medycznym. W deklaracji zgodności wystawione przez Philips Healthcare nie ma też wymienionych wyżej przytoczonych komputerów, ani też monitorów. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wnosi o wyjaśnienie: 1) Czy Wykonawca wycenił pozycje 189, 194 i 195? 2) Jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest twierdząca, to proszę o wskazanie, w której pozycji Kosztorysu ofertowego (załącznika nr 1 do projektu umowy) zostały wycenione wyżej wskazane pozycje? 3) Jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest twierdząca, to prosimy o wyjaśnienie jaką stawką Vat zostały opodatkowane oraz na podstawie jakich dokumentów lub przepisów zaklasyfikowano je do wyrobów medycznych? 4) Jeżeli asortyment z pozycji 189, 194 i 195 z zał. nr 2a rozdz. 1 pkt. III został zaklasyfikowany jako wyrób medyczny wnosimy aby firma Philips Healthcare przekazała dokument lub dokumenty na podstawie, których asortymenty opisane w pozycjach 189, 194 i 195 są wyrobami medycznymi.

Dalej Odwołujący II wskazał, że na tak zadane pytania, Konsorcjum PROMED udzieliło następujących odpowiedzi:

W ocenie Odwołującego II powyższe wyjaśnienie wskazuje, że oferta Konsorcjum PROMED jest niezgodna z treścią SIWZ. Pozycja „Kosztorysu ofertowego” nie tylko powinny być bowiem zgodne w swej treści z obowiązującymi przepisami ustawy o VAT, w zakresie należnej stawki w odniesieniu do poszczególnych zakresów, lecz również powinny uwzględniać wymóg Zamawiającego w zakresie wyceny w odpowiednich pozycjach wskazanego w nim asortymentu. I tak, asortyment wymieniony w Rozdziale I punkt III miał być wyceniony w 1.3 „Kosztorysu ofertowego”, a w 1.4.1 miała być wyceniona integracja z pkt. IV243.1 (jest to wyraźnie zaznaczone w kosztorysie). Alternatywnie, z uwagi na fakt, że w ust. 1.4.1 Kosztorysu ofertowego” Konsorcjum PROMED nie wpisało nazwy ani producenta sprzętu, przyjęć należy, że sprzęt ten faktycznie nie został zaoferowany, a niniejsze tłumaczenia stanowią próbę dopisania brakującego asortymentu w pozycję, która zdaniem Konsorcjum PROMED da największe szanse na uniknięcie odrzucenia tej oferty. Odwołujący II wskazał, że również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, iż zmiany w kosztorysie ofertowym w zakresie przypisywania poszczególnym pozycjom odmiennych treści niż wynika to z SIWZ stanowi o niezgodności danej oferty z treścią SIWZ. Odwołujący II powołał się na wyrok KIO z dnia 14 września 2016r., sygn. akt: KIO 1630/16.

W ocenie Odwołującego II oferta Konsorcjum PROMED nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymogu wyceny w poz. 1.3 „Kosztorysu ofertowego komputerów z wiersza 189 ani

monitorów z wiersza 195. Konsorcjum PROMED albo w ogóle nie wyceniło tych pozycji w swojej ofercie, albo też dokonało tej wyceny w innym miejscu, co jednak nie może stanowić o niezgodności formalnej, lecz stanowi merytoryczną niezgodność oferty z treścią SIWZ. Ponadto, brak wskazania nazw oferowanych produktów w ust. 1.4.1 „Kosztorysu ofertowego” wskazuje raczej, że w toku wyjaśnień doszło do negocjacji treści oferty, gdyż ze złożonego „Kosztorysu ofertowego” nie wynika fakt zaoferowania kwestionowanych komputerów z wiersza 189 ani monitorów z wiersza 195.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia; (ii) ofertę Odwołującego I, Odwołującego II oraz PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie i Krajowy Fundusz Szpitalny Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej łącznie: „Konsorcjum PROMED”) na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 1 października 2019 roku skierowane do Konsorcjum BFF, wyjaśnienia Konsorcjum BFF z 10 października 2019 roku, oświadczenie GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z dnia 9 października 2019 roku, wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2019 r. i wyjaśnienia Konsorcjum BFF z dnia 6 grudnia 2019 roku, oświadczenie GE Medical Systems SCS z siedzibą w Buc (Francja), certyfikat CE – na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień w zakresie części składowych rezonansu magnetycznego i przyjętej podstawy opodatkowania podatkiem VAT przedmiotu zamówienia; (iv) wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień wykonawcę Konsorcjum TMS z dnia 27 listopada 2019 roku, wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum TMS z dnia 6 grudnia 2019 roku, oświadczenie Canon Medical Systems Corporation z dnia 2 grudnia 2019 roku, wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień wykonawcę Konsorcjum TMS z dnia 10 grudnia 2019 roku, wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum TMS z dnia 13 grudnia 2019 roku - na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień w zakresie części składowych rezonansu magnetycznego i przyjętej podstawy opodatkowania podatkiem VAT przedmiotu zamówienia; (v) wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień skierowane do wykonawcy Konsorcjum PROMED z dnia 27 listopada 2019 roku, wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum PROMED z dnia 6 grudnia 2019 r. - na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień w zakresie części składowych rezonansu magnetycznego i przyjętej podstawy opodatkowania podatkiem VAT przedmiotu zamówienia; (vi) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (vii) deklaracji zgodności dla komputerów HP oraz DELL na okoliczność wykazania, iż produkty te nie stanowią produktu medycznego i podlegają stawce

podstawowej VAT 23%; (viii) oferty złożone w innych postępowaniach, w tym ofertę wykonawcy ALTERIS na okoliczność wykazania, iż detektor implantów metalowych objęty jest stawką podstawową VAT 23%; (ix) oświadczenie GE Medcial Systems z dnia 13 stycznia 2019 r. na okoliczność wykazania, że wszystkie elementy składowe rezonansu magnetycznego są objęte certyfikatem wystawionym dla rezonansu magnetycznego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest zakup, montaż rezonansu magnetycznego wraz z dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu - wg opisu oraz wymogów projektu umowy jako załącznik nr 5 i załącznik nr 5a do SIWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załączniki nr 2a, 2b, 2c. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 128-312267, pod adresem <https://ted.europa.eu>.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacjami zawartymi w Rozdziale VI SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy” Zamawiający wskazał, że wykonawcy są zobowiązani złożyć: (i) wypełniony FORMULARZ OFERTOWY – wymaganą treść formularza zawiera załącznik nr 1 do SIWZ; (ii) wypełniony KOSZTORYS ofertowy przedmiotu zamówienia, oferowanego przez wykonawcę z podaniem wartości i informacji określonych w załączniku nr 1 do projektu umowy, załącznik 2a – opis przedmiotu zamówienia do MR, załącznik 2b – wyposażenie pracowni MR w meble do wszystkich pomieszczeń oraz załącznik nr 2c – program funkcjonalno – użytkowy; (iii) wymagane do oferty dokumenty poświadczające dopuszczenie do obrotu oferowanych wyrobów, w tym co najmniej:

- deklaracja zgodności*,
- certyfikat CE,
- zgłoszenie wyrobu medycznego jeżeli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania (ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 107 poz.679).

* Deklaracja zgodności i certyfikat CE na cały aparat, nie na części składowe, zgodna z aktualnie obowiązującym prawem (w tym dyrektywy UE).

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 2a Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zadanie nr 1 Zamawiający określił jako: Rezonans Magnetyczny wraz z

dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu. Zamawiający w Rozdziale nr 1 opisał wymagane parametry techniczne i eksploatacyjne. Zamawiający wskazał, iż wymaga od wykonawców wskazania w Załączniku nr 1 oferowanego parametru wraz ze sprecyzowaniem nr strony oferty potwierdzającego spełnienie oferowanego parametru urządzenia.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Odwołujący I, Odwołujący II oraz Konsorcjum Promed.

1. Nr oferty: 0158/DZP/8/PN/2019

Konsorcjum TMS
ul. Wiertnicza 84 84
02-952 Warszawa, Polska

Termin wykonania: 98 dni
Okres gwarancji: 61 miesięcy
Warunki płatności: sprzedaż ratalna 60 miesięcy

Nazwa kryterium	Wartość kryterium
Cena	6488775,60
Gwarancja i obsługa serwisowa	4
Parametry techniczne	83

2. Nr oferty: 0159/DZP/8/PN/2019

BFF MEDFINANCE SPÓŁKA AKCYJNA
ul. al. Piłsudskiego 76
90-330 Łódź, Polska

ALTERIS SPÓŁKA AKCYJNA
ul. CEGLANA 35
40-514 Katowice, Polska

Termin wykonania: 98 dni od zawarcia umowy
Okres gwarancji: 60 m-cy
Warunki płatności: Zgodnie z SIWZ.

Nazwa kryterium	Wartość kryterium
Cena	5 924 620,13 zł

Gwarancja i obsługa serwisowa	60 m- cy
Parametry techniczne	zgodnie z załącznikiem do oferty

3. Nr oferty: 0160/DZP/8/PN/2019

PROMED S.A.
ul. Działkowa 56
02-234 Warszawa, Polska

Krajowy Fundusz Szpitalny Sp. z o.o.
ul. Hubska 44
50-502 Wrocław, Polska

Termin wykonania: 98 dni
Okres gwarancji: 72 miesiące
Warunki płatności: zgodnie z SIWZ

Nazwa kryterium	Wartość kryterium
Cena	7744034,40
Gwarancja i obsługa serwisowa	72 miesiące
Parametry techniczne	według tabelki technicznej

Izba ustaliła na podstawie ofert wykonawców, że Konsorcjum TMS zaoferowało urządzenie Canon Medical Systems Corporation, Typ MRT – 2020, Model - Vantage Elan 1,5T. Konsorcjum BFF zaoferowało urządzenie firmy GE Medical Systems, Typ i Model Urządzenia - Signa Explorer, zaś Konsorcjum Promed zaoferowało urządzenie Philips Healthcare (Suzhou) Co., Ltd, Typ i Model - Prodiva 1.5T CX.

Izba ustaliła, że w Kosztorysie ofertowym Konsorcjum BFF w zakresie detektora implantów metalowych wskazało, że jako producenta urządzenia firmę Garrett Electronic Inc. State St. Garland TX 7504, Model Super Scanner V, rok produkcji 2019. Wykonawca wskazał w Kosztorysie ofertowym, iż detektor implantów metalowych jest objęty jest stawką VAT 8%. Izba ustaliła, że Konsorcjum BFF w zakresie zestawu fantomów do kalibracji i testowania aparatu oraz zestawu podglówek i podkładek wskazał, że asortyment ten podlega opodatkowaniu podatkiem VAT w wysokości 8%. Ponadto, Izba ustaliła, że Konsorcjum BFF wskazało jako producenta rezonansu magnetycznego GE Medical Systems.

W zakresie Konsorcjum TMS Izba ustaliła, że wykonawca ten w Kosztorysie ofertowym wskazał, iż w odniesieniu do asortymentu oferowanego w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 189, 194 i 195 Kosztorysu ofertowego zastosował stawkę VAT 8%. Jednocześnie Konsorcjum TMS w zakresie robót budowlanych wskazało w Kosztorysie ofertowym dwie stawki VAT – 23% oraz 8%.

W zakresie Konsorcjum BFF, Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał w dniu 1 października 2019 r. Konsorcjum BFF do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie detektora implantów metalowych Garrett Electronics Super Scanner V., tj. takich dokumentów, na podstawie których Konsorcjum BFF mogło zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 8%. W wezwaniu Zamawiający żądał przedstawienia dokumentów poświadczających dopuszczenie do obrotu oferowanych wyrobów, w tym co najmniej: (i) deklaracji zgodności; (ii) certyfikatu CE, zgłoszenia wyrobu medycznego jeżeli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania - ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 175 j.t. z późn. zm.).

Konsorcjum BFF w odpowiedzi na w/w wezwanie przedstawiło w dniu 10 października 2019 roku pismo, w którym zawarło informację: „Dla detektora implantów metalowych załączamy oświadczenie producenta rezonansu magnetycznego zawierające wykaz elementów wchodzących w skład systemu rezonansu”. Konsorcjum BFF załączył do pisma oświadczenie firmy GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z dnia 9 października 2019 roku. W treści oświadczenie zawarta została informacja, że detektor implantów metalowych, zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu, zestaw podglówek i podkładek jest integralnymi częściami składowymi oferowanego systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 23 października 2019 r. rozstrzygnął postępowanie i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum BFF.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 15 listopada 2019 r. unieważnił wynik postępowania.

Zamawiający wezwał Konsorcjum BFF w dniu 27 listopada 2019 r. do złożenia wyjaśnień złożonej oferty w zakresie detektora implantów metalowych, zestawu fantomów do kalibracji i testowania aparatu, zestawu podglówek i podkładek. Konsorcjum BFF w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 roku udzieliło odpowiedzi na powyższe pytania. Konsorcjum BFF

wskazało, że nie wszystkie elementy systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer są wprost wymienione w deklaracji zgodności. Konsorcjum BFF wskazało również, że detektor implantów metalowych, zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu, zestaw podglówek i podkładek jako część zestawu całościowego określanego jako rezonans magnetyczny objęte jest stawką VAT 8%. Konsorcjum BFF złożyło również oświadczenie z dnia 29 listopada 2019 r. GE Medical Systems SCS z siedzibą w Buc (Francja), w którym to dokumencie zawarto oświadczenie jakie akcesoria i wyposażenie jest wymagane do korzystania z rezonansu magnetycznego. Wśród wymienionych elementów został wskazany detektor implantów metalowych, zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu, zestaw podglówek i podkładek. W oświadczeniu zawarto również informację, że podmiotem kompetentnym do wydawania wiążących oświadczeń woli i wiedzy m. in. w zakresie specyfikacji technicznej systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer jest GE Medical Systems Polska sp. z o. o. Ponadto Konsorcjum BFF załączyło certyfikat CE dla oferowanego urządzenia.

Ponadto Konsorcjum BFF wyjaśniło, że „producentem (wytwórcą) systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer są: GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL) oraz GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA)”. Konsorcjum BFF wyjaśniło, że „producentem jednego urządzenia może być jeden lub więcej niż jeden wytwórca, a także, że podmiotem wpisanym do deklaracji zgodności jest GE MEDICAL SYSTEMS SCS, jako autoryzowany dystrybutor dla produktów GE Healthcare wprowadzanych na rynek europejski. Zgodnie z informacją zawartą w Certyfikacie CE, jest dwóch producentów systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer— GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL) oraz GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA). Zatem, poszczególne dokumenty wskazujące na odmienne spółki z grupy kapitałowej GE nie są ze sobą wzajemnie sprzeczne, lecz komplementarne. Konsorcjum BFF złożyło certyfikat CE w treści którego wskazane jest, że GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL) jest główną siedzibą i uprawnionym wytwórcą odpowiedzialnym za i kontrolę końcową natomiast GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA) jest siedzibą w USA odpowiedzialną za wytwarzanie i kontrolę końcową.

Izba ustaliła, że w dniu 27 listopada 2019 roku Zamawiający wezwał do wyjaśnień Konsorcjum TMS poprzez zadanie poniższych pytań:

- dlaczego w deklaracji zgodności dla systemu rezonansu magnetycznego Canon Medical Systems Corporation MRT-2020/E2 (Vantage Elan) 1,5 T nie zostały

wymienione (wyspecyfikowane) pozycje 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy?

- czy asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy jest tego samego producenta co cały system rezonansu magnetycznego?
- czy asortymenty wymienione w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy nie posiadają osobno deklaracji zgodności?
- jeśli asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 do projektu umowy jest produkowany przez innego producenta prosimy o wskazania nazwy producenta modelu oraz typu urządzenia;
- czy wskazana w kosztorysie ofertowym (zał. nr 1 do projektu umowy) 8% stawka podatku VAT na asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 jest prawidłowa?
- jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca wnosimy aby firma Canon Medical Systems Corporation przekazała dokument na podstawie, którego asortyment wymieniony w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał. nr 1 jest opodatkowany stawką VAT wynoszącą 8% i jest uznawany za integralną część całego systemu;
- czy Wykonawca wycenił pozycje 189, 194 i 195? Jeżeli odpowiedź pytanie jest twierdząca, to proszę o wskazanie, w której pozycji kosztorysu ofertowego (załącznika nr 1 do projektu umowy) zostały wycenione wyżej wskazane pozycje oraz prosimy o wyjaśnienie jaką stawką Vat zostały opodatkowane oraz na podstawie jakich dokumentów lub przepisów zaklasyfikowano je do wyrobów medycznych?
- jeżeli asortyment z pozycji 189, 194 i 195 z zał. nr 2a rozdz. I pkt. III został zaklasyfikowany jako wyrób medyczny wnosimy, aby firma Canon Medical Systems Corporation przekazała dokument lub dokumenty na podstawie, których asortymenty opisane w pozycjach 189, 194 i 195 są wyrobami medycznymi.
- Zamawiający również zażądał wyjaśnień dotyczących przyjętej stawki VAT odnośnie robót budowlanych.

Izba ustaliła, że Konsorcjum TMS w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 roku oświadczyło, że „deklaracja zgodności systemu rezonansu magnetycznego Canon, podobnie jak deklaracje zgodności innych producentów, nie zawiera enumeratywnie wszystkich elementów i części składowych, jakie są niezbędne do pracy systemu, gdyż deklaracja objęty jest cały system pracujący jako zorganizowany zespół składników ". Na potwierdzenie faktu, że asortymenty wymienione w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 zał.

nr 1 do projektu umowy są częściami składowymi oferowanego rezonansu magnetycznego MRT-2020 /E2 (Vantage Elan) 1,5 T, Konsorcjum przedstawiło oświadczenie Canon Medical Systems Europe B.V. producenta z dnia 2 grudnia 2019 r., w którym zostały sprecyzowane elementy dostawy tj. rezonans magnetyczny MRT-2020 Vantage Elan wraz z wyposażeniem niezbędnym do jego prawidłowego działania. W zestawie tych elementów zostały wymienione pozycje 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26. Konsorcjum TMS wskazało, że mając na uwadze ww. oświadczenie oraz na podstawie załączonej do oferty deklaracji zgodności systemu rezonansu magnetycznego jako wyrobu medycznego daje podstawę do naliczenia 8% VAT na wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej pracy systemu MRT-2020 /E2 (Vantage Elan) 1,5 T.

W zakresie zapytań dotyczących pozycji nr 189, 194, 195 Konsorcjum TMS wskazało, że pozycje te zostały wycenione i wliczone do 3 pozycji kosztorysu ofertowego załącznika nr 1 do projektu umowy jako wliczone w cenę zestawu Vitrea Advanced Visualisation 7.10.1. Konsorcjum TMS wyjaśniło, że jest gotowe do dostarczenia „Vitrea Advanced Visualisation 7.10.1. produkowanego przez wchodzącą w skład grupy kapitałowej Canon spółkę Vital Images, Inc. Przedmiotowy system postprocesingowy z konsolą lekarską i oprogramowaniem wraz z przynależną do niej infrastrukturą komputerową tworząc zintegrowany system został opodatkowany w całości 8% stawką Vat. W skład tego zestawu wchodzi również:

- 2 sztuki komputerów klienckich HP EliteDesk 800 G4 służących do odczytu danych,
- 2 sztuki monitorów diagnostycznych Eizo RX660 30 ”
- 2 sztuki monitorów opisowych Dell P221 71-1.

Całość, wraz z stanowiącym główny element dostawy oprogramowaniem Vitrea Advanced Visualisation 7.10. 1., będącym wyrobem medycznym jako świadczenie kompleksowe winna być opodatkowana stawką 8 % VAT.” Ponadto Konsorcjum TMS przedstawiło oświadczenie producenta z dnia 2 grudnia 2019 roku, w którym to potwierdziło, że Komputer HP EliteDesk 800 G4 - 2 szt., Eizo RX660 30” 3280 x 2048 pikseli - 2 szt., Dell P22171-121 ,5 ” 1920x 1080 pikseli — 2 szt. są niezbędne dla zapewnienia prawidłowego działania systemu rezonansu magnetycznego jako całości oraz, że powyższe elementy są częściami składowymi oferowanego rezonansu magnetycznego MRT-2020 /E2 (Vantage Elan) 1,5 T. Ponadto Konsorcjum TMS oświadczyło, że „monitory diagnostyczne Eizo RX660 30” są wyrobami medycznymi i posiadają własne deklaracje zgodności jako wyroby medyczne, a komputery klienckie wraz z monitorami opisowymi niezbędne do korzystania z wyrobu medycznego i łącznie z nim dostarczane korzystają ze stawki 8 % VAT jako elementy świadczenia kompleksowego”.

W zakresie podatku VAT dotyczącego robót budowlanych, Konsorcjum TMS w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 roku wskazało, że: „system instalacji gazów medycznych, jako wyrób medyczny, zgodnie z art. 41 ust. 1 i ust. 2 ustawy o VAT w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT podlega opodatkowaniu VAT według stawki 8%, co wynika z pozycji 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Na podstawie przywołanej pozycji przedmiotowego załącznika stawkę 8% stosuje się bez względu na symbol PKWiU do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wyrobami medycznymi są: narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: 1) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, 2) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia; 3) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego; 4) regulacji poczęć - który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami”. Następnie Konsorcjum TMS stwierdziło, „że oferowany przez Konsorcjum system gazów medycznych, posiada certyfikaty wyrobu medyczne i powinien być traktowany jako wyrób odrębnie opodatkowany (jako świadczenie odrębne). ” Na potwierdzenie prawidłowo zastosowanej stawki podatku VAT Konsorcjum TMS podało Indywidualną Interpretację wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach; znak IBPP2/4512-441/15/WN.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2019 r. ponownie wezwał Konsorcjum TMS do złożenia wyjaśnień żądając wskazania, czy asortyment w pozycjach 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 załącznika nr 1 do projektu umowy jest tego samego producenta co cały system rezonansu magnetycznego? Jeśli nie, Zamawiający wniósł o wskazanie producenta powyższego asortymentu. Izba ustaliła, że Konsorcjum TMS pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. udzieliło wyjaśnień. Konsorcjum TMS wskazało, że asortyment wymieniony w pozycjach: 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, załącznika nr 1 do projektu umowy, jest dostarczany przez tego samego producenta, co cały system rezonansu magnetycznego. Wykonawca nie posiada wiedzy, czy poszczególne elementy całego systemu rezonansu magnetycznego są produkowane przez innych producentów, nie mniej

jednak, są to elementy systemu rezonansu magnetycznego produkowanego przez producenta Canon Medical Systems Corporation.

W odniesieniu do Konsorcjum Promed Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Konsorcjum Promed do wyjaśnień w dniu 27 listopad 2019 roku. Zakres wezwania obejmował:

- czy wykonawca wycenił pozycje 189, 194 i 195? Jeżeli odpowiedź na pytanie jest twierdząca, to proszę o wskazanie, w której pozycji kosztorysu ofertowego (załącznika nr 1 do projektu umowy) zostały wycenione wyżej wskazane pozycje? Jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest twierdząca, to prosimy o wyjaśnienie jaką stawką Vat zostały opodatkowane oraz na podstawie jakich dokumentów lub przepisów zaklasyfikowano je do wyrobów medycznych?
- jeżeli asortyment z pozycji 189, 194 i 195 z zał. nr 2a rozdz. I pkt. III został zaklasyfikowany jako wyrób medyczny wnosimy, aby firma Philips Healthcare przekazała dokument lub dokumenty na podstawie, których asortymenty opisane w pozycjach 189, 194 i 195 są wyrobami medycznymi.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Promed w dniu 6 grudnia 2019 roku przedstawił wyjaśnienia, w których wskazało, że pozycje 189, 194 oraz 195 zostały wycenione w kosztorysie ofertowym (załącznika nr 1 do projektu umowy), potwierdziło, że monitory diagnostyczne (o których mowa w wierszu 194) jako wyroby medyczne zostały wycenione w ramach pozycji 1.3 zał. nr 1 do projektu umowy, zaś komputery, których dot. wiersz 189 oraz monitory opisowe wspomniane w wierszu 195 zostały, z uwagi na swój charakter (niemedyczny sprzęt IT) wycenione łącznie w ramach pozycji 1.4.1 (23% VAT) zał. nr 1 do projektu umowy.

Izba ustaliła, że w dniu 16 grudnia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum BFF jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie o sygn. akt: KIO 2655/19

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący I – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego

przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego I nie znalazły potwierdzenia w analizowanym stanie faktycznym, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut dotyczący detektorów implantów metalowych oraz zestawu fantomów do kalibracji testowania aparatu i zestaw podgłówek i podkładek – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Istota zarzut Odwołującego I sprowadzała się do twierdzenia wykonawca Konsorcjum BFF zastosował błędną stawkę VAT w wysokości 8%, adekwatną do wyrobu medycznego, mimo, iż detektor implantów metalowych oraz zestaw fantomów do kalibracji i zestaw podgłówek i podkładek takimi wyrobami medycznym nie są. Odwołujący I wskazał ponadto, że oświadczenia na jakie powołał się wykonawca w treści złożonych Zmawiającemu wyjaśnień nie pozwalają na przyjęcie za prawdziwe twierdzenia Konsorcjum BFF jakoby producent GE Healthcare zaliczył detektor implantów metalowych do części składowych rezonansu magnetycznego. Podobnie, w ocenie Odwołującego I, producent nie uznaje zestawu fantomów do kalibracji testowania aparatu i zestawu podgłówek i podkładek za części składowe rezonansu magnetycznego.

W ocenie Izby kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzut podniesionego przez Odwołującego I było ustalenie czy Konsorcjum BFF określiło w treści Kosztorysu ofertowego niewłaściwą stawkę VAT w stosunku do detektora implantów metalowych oraz w odniesieniu do zestawu fantomów do kalibracji i testowania aparatu oraz zestawu podgłówek i podkładów.

Powyższy zarzut wymaga w pierwszej kolejności analizy problemu świadczenia kompleksowego. W tym zakresie wskazać należy, że aby móc sklasyfikować daną usługę jako usługę złożoną (kompleksową) na gruncie podatku od towarów i usług, to należy ustalić czy usługa ta składa się z różnych świadczeń, których wykonanie prowadzi do realizacji jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Usługę należy natomiast uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego sobie, lecz jest środkiem do pełnego

zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej.

Należy wskazać, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia, usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

Ocena, w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy traktować jako świadczenia jednolite, kształtowana jest przede wszystkim na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, aczkolwiek każdorazowo rozstrzygnięcie w tym przedmiocie musi uwzględniać specyfikę konkretnego stanu faktycznego.

Problemem świadczeń złożonych zajął się Trybunał w wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd. Trybunał uznał, że jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. W uzasadnieniu wskazano: „(...) *pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona celu dla klienta samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej*”. Trybunał odwołał się do art. 2 (1) VI Dyrektywy (obecnie zastąpiona przez Dyrektywę 2006/112/WE), wedle którego każde świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne, a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Wskazał, że jeśli dana transakcja składa się z szeregu świadczeń i czynności należy uwzględnić wszystkie okoliczności, w jakich jest dokonywana

rozpatrywana transakcja. Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w wyroku w sprawie C-2/95 Sparekassernes Datacenter (SDC'), czy też w sprawie C-41 /04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV, w sprawie C-111 /05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket.

Analiza orzecznictwa pozwala na wskazanie m.in. następujących aspektów zagadnienia świadczeń kompleksowych:

1) potrzeb konsumenta (nabywcy świadczenia)

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że - rozpatrując problematykę świadczeń złożonych - na daną sytuację należy spojrzeć z perspektywy nabywcy (konsumenta, odbiorcy świadczenia) i ocenić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zaspokojeniem jednej potrzeby konsumenta, czy też jest ich wiele i są one względnie niezależne od siebie. Wskazuje się zatem, że jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny oraz faktyczny cel dokonywania transakcji. Istotne jest to, czy występuje jedno świadczenie złożone z punktu widzenia ekonomicznego.

2) nie pogorszenie jakości świadczeń cząstkowych

Świadczenie można uznać za niezależne i stanowiące odrębne przedmioty opodatkowania (a nie za świadczenia pozostające ze sobą w nierozzerwalnym związku) wówczas, gdy każde z tych świadczeń — jeśli w takich samych okolicznościach było dostarczane odrębnie — miałoby taką samą jakość i charakter dla nabywcy. Natomiast jeśli dostarczenie części świadczeń jednostkowych ma sens i zachowuje swoją wartość dla nabywcy jedynie wówczas, gdy będą one dokonywane wyłącznie razem ze świadczeniem głównym, to należałoby uznać dostarczane w jednym czasie i przez tego samego dostawcę świadczenia za jedno świadczenie złożone (kompleksowe);

3) nieistotność (brak wartości) świadczeń dodatkowych

Nierozzerwalność związku między świadczeniami przejawia się w tym, że w przypadku ich rozdzielenia część z tych świadczeń nie miałaby dla nabywcy żadnej wartości. W takiej sytuacji świadczenia dodatkowe jako takie nie zaspokajają żadnej potrzeby nabywcy. Samodzielnie nie przedstawiają one wartości.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Konsorcjum BFF zastosowało właściwą stawkę VAT w odniesieniu do detektora implantów metalowych oraz w odniesieniu do zestawu

fantomów do kalibracji testowania aparatu i zestawu podgłówek i podkładek, co w konsekwencji powoduje, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia na Zadanie nr 1, Zamawiający chce osiągnąć efekt polegający zakupie, montażu rezonansu magnetycznego wraz z dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu. Zakres elementów składających się na powyższe zadanie został określony szczegółowo w Załączniku 2a, gdzie Zamawiający określił w Rozdziale 1 parametry techniczne i eksploatacyjne. Nie ulega, w ocenie Izby, wątpliwości, że przedmiot zamówienia objęty zakresem Zadania nr 1 usługą złożoną, składającą się z szeregu elementów koniecznych do osiągnięcia zamierzonego przez Zamawiającego celu tj. uruchomienia i pełnego wykorzystania w swojej placówce medycznej rezonansu magnetycznego. Zakup rezonansu magnetycznego jest elementem głównym i podstawowym przedmiotu zamówienia. W Zadania nr 1 Zamawiający zawarł jednak szereg innych elementów składających się na przedmiot zamówienia, których realizacja ma służyć lepszemu i pełnemu wykorzystaniu świadczenia głównego.

Izba stoi na stanowisku, że detektor implantów metalowych oraz zestaw fantomów do kalibracji testowania aparatu i zestaw podgłówek i podkładek nie mają w omawianym stanie faktycznym istoty i charakteru samoistnego, lecz subsydiarny do świadczenia głównego. Są one ściśle związane, stanowią ekonomiczną całość, jedną usługę kompleksową. Podkreślić w tym kontekście należy aspekt perspektywy nabywcy usługi tj. samego Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający celem postępowania jest nabycie rezonansu magnetycznego oraz jego montaż w ten sposób, aby wykorzystał wszystkie jego funkcjonalności opisane w SIWZ. Zakwestionowane przez Odwołującego I elementy tworzą wraz z rezonansem całość świadczenia – innymi słowy elementy to umożliwiają Zamawiającemu uruchomienie w sposób bezpieczny dla lekarza i pacjenta zamawianego sprzętu w sposób umożliwiający pełne wykorzystanie posiadanych przez urządzenie możliwości. W ocenie Izby, co potwierdził również Zamawiający, dostarczenie świadczeń jednostkowych nie miałyby w omawianym stanie faktycznym sensu ze względu na brak samodzielnego charakteru. Takie samodzielne jednostkowe nabycie zakwestionowanych przez Odwołującego elementów powoduje utratę wartości urządzeń jaka wynika z przedmiotu zamówienia. W jakim bowiem celu innym niż wykorzystanie w obsłudze rezonansu magnetycznego, Zamawiający miałby nabywać detektor implantów metalowych oraz zestaw fantomów do kalibracji testowania aparatu i zestaw podgłówek i podkładek. Takich celów Odwołujący I nie wskazał. Wartość dla Zamawiającego ma wyłącznie

wykonanie i dostarczenie wszystkich elementów koniecznych do uruchomienia i pełnego wykorzystania rezonansu magnetycznego. Podział tych elementów prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomicznemu i faktycznemu celowi zamówienia.

Co do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego I w treści odwołania i podczas rozprawy, to Izba uznała, że nie zasługuje ona na uwzględnienie. Izba uznała, że sama dostawa rezonansu magnetycznego jest świadczeniem głównym, zaś wszystkie pozostałe, kwestionowane przez Odwołującego I elementy stanowią świadczenie pomocnicze. Zgodzić się należy z twierdzeniem Odwołującego I, że z treści oświadczenia z dnia 29 listopada 2019 r. nie wynika w sposób jednoznaczny, że detektor implantów metalowych oraz zestaw fantomów do kalibracji testowania aparatu i zestaw podgłówek i podkładek stanowią część składową rezonansu magnetycznego. Autor bowiem oświadczenia wskazał, że są to elementy wymagane do korzystania z wyrobu medycznego. Podkreślić jednakże należy, że, po pierwsze, z treści oświadczenia z dnia 9 października 2019 r. wynika jednoznacznie, że kwestionowane przez Odwołującego I elementy są integralnymi częściami składowymi systemu rezonansu magnetycznego, a zgodnie z treścią oświadczenia z dnia 29 listopada 2019 r. podmiotem kompetentnym do wydawania wiążących oświadczeń woli i wiedzy na terenie Polski m.in. w zakresie specyfikacji technicznej systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer jest GE Medical Systems Polska sp. z o.o., a więc podmiot, który wystawił oświadczenie z dnia 9 października 2019 r. Odwołujący I nie przedstawił Izbie żadnego dowodu na wykazanie, że treść oświadczenia wiedzy zawarta w oświadczeniu GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z dnia 9 października 2019 r. jest nieprawdziwa. Po drugie, wskazać należy, że nawet jeżeli hipotetycznie by założyć, że zakwestionowane przez Odwołującego I elementy nie stanowią części składowej rezonansu magnetycznego, to okoliczność ta w żaden sposób nie przekreśla możliwości zastosowania stawki preferencyjnej na dany element, który nie jest wyrobem medycznym. Podobnie zresztą nie sposób zgodzić się z Odwołującym I, że możliwość zastosowania stawki VAT 8% wyklucza okoliczność, iż elementy składowe zamówienia są wykonane przez inny podmiot niż producent świadczenia głównego tj. rezonansu magnetycznego. Jak Izba wskazała bowiem powyżej, znaczenie dla oceny charakteru świadczenia jako świadczenia pomocniczego w stosunku do świadczenia głównego ma rola jaką dla możliwości wykorzystania świadczenia głównego odgrywa świadczenie pomocnicze. Wszystkie zakwestionowane przez Odwołującego I elementy dostawy tworzą wraz z rezonansem magnetycznym jedno kompleksowe świadczenie ponieważ tylko w takim łącznym zestawieniu Zamawiający nabędzie potrzebny mu aparat do rezonansu – gotowy do bezpiecznej pracy. Z przywołanego powyższej przez Izbę orzecznictwa wynika, że zastosowanie preferencyjnej stawki VAT dotyczy również przypadku, gdy dany element umożliwia wykorzystanie pełnego

spektrum możliwości aparatu do rezonansu jako wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem. Podkreślić również należy, że to nie producent urządzenia decyduje o tym czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. Decyduje o tym przedmiot zamówienia i ocena okoliczności faktycznych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Oczywiście informacje pochodzące od producentów danych urządzeń są pomocne w sklasyfikowaniu danych elementów zamówienia jako elementów świadczenia kompleksowego, nie mają jednak, w ocenie Izby, znaczenia decydującego.

Dalej podkreślić również należy, że w wyjaśnieniach z dnia 10 października i 6 grudnia 2019 r. Konsorcjum BFF wyjaśniło znaczenie detektora implantów metalowych w procesie wykorzystania rezonansu magnetycznego i wykazało podstawy zastosowania preferencyjnej stawki VAT. Konsorcjum wskazało, że bezsprzecznie zachodzi konieczność, aby w ramach badania wykonywanego systemem rezonansu magnetycznego pacjent poddany był badaniu detektorem implantów metalowych, gdyż ten element badania jest niezbędny dla zachowania zdrowia i bezpieczeństwa pacjenta i dla prawidłowego wykonania badania rezonansem magnetyczny. Okoliczności tych Odwołujący I nie kwestionował. Konsorcjum BFF złożyło również stosowane oświadczenie z dnia 9 października 2019 r., którego nieprawdziwości Odwołujący I nie wykazał. W zakresie zestawu fantomów do kalibracji oraz zestawu podglówek i podkładek Konsorcjum BFF wyjaśniło podstawy zastosowania stawki VAT 8% w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 r. Argumentacja Konsorcjum pokrywa się z argumentacją przedawnioną przez Izbę powyższej. Elementy te stanowią część świadczenia kompleksowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Co do zarzut Odwołującego I dotyczącego zmiany treści oferty Konsorcjum BFF, to wskazać należy, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała, że Odwołujący I błędnie interpretuje pisma Konsorcjum BFF złożone w toku postępowania wyjaśniającego Zamawiającemu (tj. pismo z dnia 10.10.2019 r., pismo z dnia 27.11.2019 r. i 6.12.2019 r.). Wbrew twierdzeniom Odwołującego I nie doszło do zmiany treści oferty wykonawcy. Konsorcjum BFF w złożonym Kosztorysie ofertowym wskazało, że oferuje urządzenie – detektor implantów metalowych firmy Garrett Electronic SuperScanner V. Z żadnego

dokumentu złożonego przez Konsorcjum w toku wyjaśnień prowadzonych przez Zamawiającego nie wynika, iż Konsorcjum BFF zmieniło swoje pierwotne oświadczenie i zaoferowało inny produkt. Treść oferty Konsorcjum BFF nie ulegała w tym zakresie żadnej zmianie. To, iż Konsorcjum BFF wyjaśniło w treści składanych pism, że detektor implantów metalowych jest traktowany jako część rezonansu i w związku z tym jest objęty stawką preferencyjną VAT 8% nie stanowi, w ocenie Izby, zmiany treści oferty. Podkreślić bowiem należy, że w SIWZ, jak również w załącznikach składanych wraz z ofertą Zamawiający nie wymagał jednoznacznego sprecyzowania wszystkich części składowych rezonansu magnetycznego. Zamawiający wskazał wyłącznie, że wykonawcy mają złożyć deklarację zgodności i certyfikat CE na cały aparat, nie na części składowe, zgodna z aktualnie obowiązującym prawem. Uznać tym samym należy, że pozostawił wykonawcom swobodę do co zakresu określenia elementów składających się na rezonans magnetyczny. Wywodzenie przez Odwołującego I z oświadczenia wykonawcy, iż detektor implantów metalowych stanowi część składową rezonansu magnetycznego spowodowało zmianę treści oferty i zaoferowanie innego produktu jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Należy podkreślić, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, iż obowiązkiem wykonawcy było wyszczególnienie wszystkich elementów stanowiących części składowego rezonansu magnetycznego. Konsorcjum BFF wskazując stawkę VAT 8% na detektor pośrednio wskazało, że traktuje ten element jako część systemu rezonansu magnetycznego. Zamawiający wyjaśnił tę kwestię z wykonawcą. Wyjaśnienia te nie zmieniały treści oferty, zresztą sam Odwołujący I nie zidentyfikował innego zaoferowanego detektora. Ponadto podkreślić raz jeszcze należy, że okoliczność, iż detektor implantów metalowych jest produkowany przez inny podmiot niż podmiot oferujący rezonans magnetyczny nie wyklucza w żaden sposób, że element ten nie stanowi części składowej urządzenia. Po pierwsze, Odwołujący I nie przedstawił żadnego dowodu na wykazanie zasadności twierdzenie, iż za część składową rezonansu nie może być uznany element pochodzący od innego producenta niż producent rezonansu. Po drugie, sam Odwołujący I podczas rozprawy przyznał, że rezonans może składać się z elementów pochodzących od innych producentów. Tym samym Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzut dotyczący braku jednoznacznego wskazania w treści oferty przez Konsorcjum BFF producenta oferowanego urządzenia, to Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba w pełni aprobuje stanowisko Zamawiającego jak i Przystępującego i przyjmuje je jako własne. Wskazać należy za Zamawiającym, że zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 6 grudnia 2019 roku Konsorcjum BFF wyjaśniło, że „producentem (wytwórcą) systemu rezonansu magnetycznego jest GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL) oraz GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA). Zgodnie z

informacją zawartą w Certyfikacie CE, jest dwóch producentów systemu rezonansu magnetycznego Signa Explorer— GE Healthcare (Tianjin) Company Limited z siedzibą w Tianjin (ChRL) oraz GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA). Nie ulega wątpliwości, że producentem jednego urządzenia może być jeden lub więcej niż jeden wytwórca, szczególnie w sytuacji, gdy podmioty te należą do tej samej grupy kapitałowej, z czym mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Informacje zamieszczone w ofercie Konsorcjum BFF odzwierciedlają informacje zawarte w złożonym certyfikacie CE. Odwołujący I nie wykazał w żaden sposób, że informacje zawarte w treści kosztorysu ofertowego są nieprawdziwe w zakresie wskazania producenta elementów w punktach 1, 2, 3, 21, 22 i 26. To, że określone spółki w grupie kapitałowej GE są wytwórcami określonych elementów wchodzących w skład systemu rezonansu magnetycznego jest powszechne wśród dużych grup kapitałowych i nie sposób uznać, że w tym zakresie Konsorcjum BFF wprowadziło Zamawiającego w błąd czy podało informacje nieprawdziwe. Nawet gdyby przyjąć, iż Konsorcjum BFF powinno wskazać w treści Kosztorysu ofertowego jako producenta oba podmioty wskazane w certyfikacie CE, to uchybienie to nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Informacje dotyczące producent urządzenia są zawarte w złożonej przez Konsorcjum BFF dokumentacji, w tym deklaracji zgodności i certyfikatu CE i nie ma przeszkód, aby w tym zakresie dokonać ewentualnych uzupełnień w Kosztorysie ofertowym. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Wskazać należy, że analizowanym stanie faktycznym Izba uznała, że Konsorcjum BFF prawidłowo ustaliło stawkę VAT odnośnie detektora implantów metalowych, zestawu fantomów do kalibracji i testowania aparatu oraz zestawu podglówek i podkładek. Tym samym nie została spełniona przesłanka konieczna do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 – wykonawca nie przekazał Zamawiający informacji nieprawdziwych czy wprowadzających w błąd. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż Konsorcjum BFF podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący I oparł zarzut o art. 3 ust. 1 ww. ustawy twierząc Konsorcjum BFF: (i) wprowadziło w błąd co do oznaczenia przedsiębiorstwa; (ii) wprowadziło w błąd odznaczenie towarów lub usług; (iii) utrudniało dostęp do rynku. Tak sformułowany zarzut nie może być uwzględniony przez Izbę. Obowiązkiem strony jest wskazanie podstawy faktycznej każdego zarzutu i uzasadnienia każdego ze wskazanych w treści odwołania naruszeń. Zarzut Odwołującego I sprowadza się *de facto* do przytoczenia przepisów ustawy, bez jakiegokolwiek analizy wskazanych naruszeń. Wykonawca nie wyjaśnił w jakim zakresie nastąpiło wprowadzenie w błąd poprzez oznaczenie przedsiębiorstwa czy wprowadzenie w błąd poprzez oznaczenie towarów lub usług i na czym konkretnie polega utrudnianie dostępu do rynku. Tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołanie KIO 2656/19

W pierwszej Izba ustaliła, że Odwołujący II spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący II w treści odwołania w sposób wyczerpujący uzasadniał spełnienie przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba przyjmuje argumentację Odwołującego II jako własną, zaś powtarzanie jej w treści uzasadnienia wyroku uznać należy za zbędne.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy.

Zarzut dotyczący określenia w Kosztorysie ofertowym błędnej stawki VAT 8% na pozycje nr 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 i podania nieprawdziwych informacji w zakresie składu systemu rezonansu magnetycznego – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

Istota zarzut Odwołującego II sprowadza się do twierdzenia, iż Konsorcjum TMS błędnie określiło stawkę VAT na pozycje nr 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 Kosztorysu ofertowego przyjmując niezasadnie, że elementy te stanowią część składową rezonansu magnetycznego, w konsekwencji czego wykonawca przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Ponadto Odwołujący II wskazał, że Konsorcjum TMS przekazało nieprawdziwe informacje co do elementów składających się na system rezonansu magnetycznego, zaliczając do tego systemu bezpodstawnie elementy wskazane powyżej.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego II. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Z kolei przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym.

Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Analiza zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga w pierwszej kolejności analizy problemu świadczenia kompleksowego. W tym zakresie wskazać należy, że aby móc sklasyfikować daną usługę jako usługę złożoną (kompleksową) na gruncie podatku od towarów i usług, to należy ustalić czy usługa ta składa się z różnych świadczeń, których wykonanie prowadzi do realizacji jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Usługę należy natomiast uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego siebie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej.

Należy wskazać, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia, usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć

będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

Ocena, w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy traktować jako świadczenia jednolite, kształtowana jest przede wszystkim na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, aczkolwiek każdorazowo rozstrzygnięcie w tym przedmiocie musi uwzględniać specyfikę konkretnego stanu faktycznego.

Problemem świadczeń złożonych zajął się Trybunał w wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd. Trybunał uznał, że jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. W uzasadnieniu wskazano: „(...) pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. **Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona celu dla klienta samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej**”. Trybunał odwołał się do art. 2 (1) VI Dyrektywy (obecnie zastąpiona przez Dyrektywę 2006/112/WE), wedle którego każde świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne, a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Wskazał, że jeśli dana transakcja składa się z szeregu świadczeń i czynności należy uwzględnić wszystkie okoliczności, w jakich jest dokonywana rozpatrywana transakcja. Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w wyroku w sprawie C-2/95 Sparekassernes Datacenter (SDC'), czy też w sprawie C-41 /04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV, w sprawie C-111 /05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket.

Analiza orzecznictwa pozwala na wskazanie m.in. następujących aspektów zagadnienia świadczeń kompleksowych:

1) potrzeb konsumenta (nabywcy świadczenia)

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że - rozpatrując problematykę świadczeń złożonych - na daną sytuację należy spojrzeć z perspektywy nabywcy (konsumenta,

odbiorcy świadczenia) i ocenić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zaspokojeniem jednej potrzeby konsumenta, czy też jest ich wiele i są one względnie niezależne od siebie. Wskazuje się zatem, że jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny oraz faktyczny cel dokonywania transakcji. Istotne jest to, czy występuje jedno świadczenie złożone z punktu widzenia ekonomicznego.

2) niepogorszenie jakości świadczeń cząstkowych

Świadczenie można uznać za niezależne i stanowiące odrębne przedmioty opodatkowania (a nie za świadczenia pozostające ze sobą w nierozzerwalnym związku) wówczas, gdy każde z tych świadczeń — jeśli w takich samych okolicznościach było dostarczane odrębnie — miałooby taką samą jakość i charakter dla nabywcy. Natomiast jeśli dostarczenie części świadczeń jednostkowych ma sens i zachowuje swoją wartość dla nabywcy jedynie wówczas, gdy będą one dokonywane wyłącznie razem ze świadczeniem głównym, to należałoby uznać dostarczane w jednym czasie i przez tego samego dostawcę świadczenia za jedno świadczenie złożone (kompleksowe);

3) nieistotność (brak wartości) świadczeń dodatkowych

Nierozzerwalność związku między świadczeniami przejawia się w tym, że w przypadku ich rozdzielenia część z tych świadczeń nie miałaby dla nabywcy żadnej wartości. W takiej sytuacji świadczenia dodatkowe jako takie nie zaspokajają żadnej potrzeby nabywcy. Samodzielnie nie przedstawiają one wartości.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Konsorcjum TMS zastosowała właściwą stawkę VAT w odniesieniu do asortymentu oferowanego w pozycjach nr 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 Kosztorysu ofertowego, co w konsekwencji powoduje, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia na Zadanie nr 1, Zamawiający chce osiągnąć efekt polegający zakupie, montażu rezonansu magnetycznego wraz z dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu. Zakres elementów składających się na powyższe zadanie został określony szczegółowo w Załączniku 2a, gdzie Zamawiający określił w Zadaniu 1 parametry techniczne i eksploatacyjne. Nie ulega, w ocenie Izby, wątpliwości, że przedmiot zamówienia objęty zakresem Zadania nr 1 usługą złożoną, składającą się z

szeregu elementów koniecznych do osiągnięcia zamierzonego przez Zamawiającego celu tj. uruchomienia i pełnego wykorzystania w swojej placówce medycznej rezonansu magnetycznego. Zakup rezonansu magnetycznego jest elementem głównym i podstawowym przedmiotu zamówienia. W Zadaniu nr 1 Zamawiający zawarł jednak szereg innych elementów składających się na przedmiot zamówienia, których realizacja ma służyć lepszemu i pełnemu wykorzystaniu świadczenia głównego.

Izba stoi na stanowisku, że elementy zakwestionowane przez Odwołującego II nie mają w omawianym stanie faktycznym istoty i charakteru samoistnego, lecz subsydiarny do świadczenia głównego. Są one ściśle związane, stanowią ekonomiczną całość, jedną usługę kompleksową. Podkreślić w tym kontekście należy aspekt perspektywy nabywcy usługi tj. samego Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający celem postępowania jest nabycie rezonansu magnetycznego oraz jego montaż w ten sposób, aby wykorzystać wszystkie jego funkcjonalności opisane w SIWZ. Zakwestionowane przez Odwołującego II elementy tworzą wraz z rezonansem całość świadczenia – innymi słowy elementy to umożliwiają Zamawiającemu uruchomienie w sposób bezpieczny dla lekarza i pacjenta zamawianego sprzętu w sposób umożliwiać pełne wykorzystanie posiadanych przez urządzenie możliwości. W ocenie Izby, co potwierdził również Zamawiający, dostarczenie świadczeń jednostkowych nie miałyby w omawianym stanie faktycznym sensu ze względu na brak samodzielnego charakteru. Takie samodzielne jednostkowe nabycie zakwestionowanych przez Odwołującego II elementów powoduje utratę wartości urządzeń jaka przypisana jest im w związku z realizacją świadczenia głównego. W ocenie Izby, Odwołujący II nie wykazał, że zakup zakwestionowanego asortymentu tj. konsoli akwizycyjnej (operatorskiej), aparatu MR, monitora poziomu tlenu w pomieszczeniu badań, kabiny RF, rolki niemagnetyczne, maty niemagnetyczna, UPS do zasilania konsoli operatorskiej, zestawu fantomów do kalibracji i testowania aparatu, zestawu podgłówek i podkładek, zestawu szafek do przechowywania cewek i fantomów, kamery do obserwacji pacjenta, słuchawek tłumiących hałas dla pacjenta, systemu typu Interkom ma jakąkolwiek wartość dla Zamawiającego w przypadku zakupu tych elementów oddzielenie, nie w ramach usługi kompleksowej. Nie wykazał, iż urządzenie te samodzielnie mają taką samą wartość i znaczenie jak w przypadku wykorzystania ich montażu i w pracy rezonansu magnetycznego. W ocenie Izby, zakwestionowane dostawy jednostkowe zachowują swoją wartość dla Zamawiającego jedynie wówczas, gdy będą one dokonywane wyłącznie razem ze świadczeniem głównym tj. wraz z rezonansem magnetycznym. Wartość dla Zamawiającego ma wyłącznie wykonanie i dostarczenie wszystkich elementów koniecznych do uruchomienia i pełnego wykorzystania rezonansu magnetycznego. Podział tych elementów prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomicznemu i faktycznemu celowi zamówienia. Podkreślona przez Odwołującego II

odrębność szafek do przechowywania cewek i fantomów, jest w ocenie Izby błędna. Zamawiający bowiem oczekuje konkretnych szafek do przechowywania cewek i fantomów tylko dlatego, że jednocześnie przedmiotem dostawy jest rezonans magmatyczny, w skład którego wchodzi te elementy. Gdyby nie zakup rezonansu, Zamawiający nie potrzebowałby świadczenia pomocniczego w postaci szafek do przechowywania cewek i fantomów.

Co do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego II w treści odwołania i podczas rozprawy, to Izba uznała, że nie zasługuje ona na uwzględnienie. Po pierwsze, Izba uznała, że sama dostawa rezonansu magnetycznego jest świadczeniem głównym, zaś wszystkie pozostałe, kwestionowane przez Odwołującego II elementy zamówienia wskazane pod nr 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 Kosztorysu ofertowego stanowią świadczenie pomocnicze. Po drugie, Odwołujący II nie wykazał w żaden sposób, że zakwestionowane przez niego elementy dostawy nie mogą stanowić części składowych rezonansu magnetycznego. Podkreślić należy, że Zamawiający nie określił i nie sprecyzował w SIWZ co należy rozumieć pod pojęciem części składowych rezonansu. Tym samym uznać należy, że decyzja w zakresie uznania co stanowi część składową rezonansu magnetycznego leżała w gestii wykonawcy składającego ofertę. Jednocześnie przywołać w tym miejscu należy stanowisko Odwołującego II zaprezentowane w piśmie procesowym złożonym w sprawie KIO 2655/19. Odwołujący II wskazał, że nie ma jednej uniwersalnej odpowiedzi na pytanie jakie elementy stanowią część zestawu magnetycznego. Każdy z producentów indywidualnie ocenia, co składa się na system rezonansu magnetycznego przez danego producenta oferowany. Dalej Odwołujący II wskazał „(...) *Każdy producent systemu rezonansu magnetycznego indywidualnie analizuje własny sprzęt, ogólnodostępne dane oraz te dostępne wyłącznie danemu producentowi (badania własne) i na tej podstawie tworzy i certyfikuje własny zestaw rezonansu medycznego*”. W zakresie deklaracji zgodności Odwołujący II wskazał „ (...) *Z uwagi na fakt, że każdy producent systemu rezonansu magnetycznego (lub jego uprawniony przedstawiciel) wystawia deklarację zgodności samodzielnie, to każdy producent (lub jego uprawniony przedstawiciel) samodzielnie decyduje, co wchodzi w zakres objęty deklaracją zgodności na dany system*”.

Odwołujący II nie przedstawił Izbie żadnego dowodu na wykazanie, że zakwestionowane przez niego elementy nie mogą stanowić części składowych rezonansu magnetycznego oferowanego przez Konsorcjum TMS. Wobec zaś prezentowanego stanowiska w piśmie procesowym w sprawie KIO 2655/19 uznać należy, że każdy z producentów ma dowolność w określeniu elementów rezonansu, co nie wyklucza możliwości zaliczenia do części składowych rezonansu również elementów wskazanych przez Konsorcjum TMS w pozycjach nr 2, 6, 7, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 Kosztorysu ofertowego. Biorąc pod uwagę

powyższe oraz fakt, że Konsorcjum TMS załączyło do wyjaśnień z dnia 6 grudnia 2019 r. oświadczenie Canon Medical Systems Europe B.V., w którym zawarto informację jakie elementy są niezbędne do prawidłowego funkcjonowanie urządzenia, Izba uznała, że Konsorcjum TMS nie przekazało Zamawiającego nieprawdziwych informacji czy informacji wprowadzających w błąd co do elementów składających się na systemu rezonansu magnetycznego. Okoliczności takich Odwołujący II po prostu nie wykazał. Mógł przecież Odwołujący II wystąpić do producenta o wyrażenie stanowiska w powyższej kwestii, czego jednak wykonawca nie uczynił. W konsekwencji Izba uznała, że brak jest podstaw do zastosowania wobec Konsorcjum TMS art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Ustawodawca wymaga bowiem dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp wykazania, że wykonawca przekazał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd. To na Odwołującym II spoczywał ciężar wykazania powyższej okoliczności. Jednakże Odwołujący II nie udźwignął tego ciężaru dowodu. Podniesiony przez Odwołujący II zarzut został oparty wyłącznie na subiektywnych twierdzeniach dotyczących produktu firmy konkurencyjnej, nieprzedstawiając żadnego dowodu na wykazanie, iż nieprawdziwości czy błędności informacji przekazanych przez Konsorcjum TMS Zamawiającemu.

Dalej wskazać należy, że nawet jeżeli hipotetycznie by założyć, że zakwestionowane przez Odwołującego II elementy nie stanowią części składowej rezonansu magnetycznego, to okoliczność ta w żaden sposób nie przekreśla możliwości zastosowania stawki preferencyjnej na dany element, który nie jest wyrobem medycznym. Możliwość zastosowania stawki VAT 8% nie wyklucza również okoliczność, iż elementy składowe zamówienia są wykonane przez inny podmiot niż producent świadczenia głównego tj. rezonansu magnetycznego. Jak Izba wskazał bowiem powyżej, znaczenie dla oceny charakteru świadczenia jako świadczenia pomocniczego w stosunku do świadczenia głównego ma rola jaką dla możliwości wykorzystania świadczenia głównego odgrywa świadczenie pomocnicze. Wszystkie zakwestionowane przez Odwołującego II elementy dostawy tworzą wraz z rezonansem magnetycznym jedno kompleksowe świadczenie ponieważ tylko w takim łącznym zestawieniu Zamawiający nabędzie potrzebny mu aparat do rezonansu – gotowy do bezpiecznej pracy. Z przywołanego powyższej przez Izbę orzecznictwa wynika, że zastosowanie preferencyjnej stawki VAT dotyczy również przypadku, gdy dany element umożliwia wykorzystanie pełnego spektrum możliwości aparatu do rezonansu jako wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem. Podkreślić również należy, że to nie producent urządzenia decyduje o tym czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. Decyduje o tym przedmiot zamówienia i ocena okoliczności faktycznych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Oczywiście informacje pochodzące od producentów danych urządzeń są pomocne w sklasyfikowaniu danych

elementów zamówienia jako elementy świadczenia kompleksowego, nie mają jednak, w ocenie Izby, znaczenia decydującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp czy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący błędnej stawki VAT na pozycje nr 189, 194 i 195

W odniesieniu do zarzutów Odwołującego II dotyczących niewłaściwej stawki VAT dla pozycji nr 189, 194 i 195 Kosztorysu ofertowego, Izba podtrzymuje swoją argumentację wskazaną powyżej. Jak wskazało Konsorcjum TMS w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 r. elementy te stanowią część świadczenia kompleksowego opodatkowanego stawką VAT 8%.

Co zarzutu zaniechania zaoferowania przez Konsorcjum TMS asortymenty wymaganego w pozycjach 189 i 195 Kosztorysu ofertowego, Izba uznała zarzut za niezasadny. Konsorcjum TMS w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 r. wskazało, że gdzie został wyceniony asortyment z pozycji nr 189 i 195. Odwołujący II nie wykazał w żaden sposób, że koszty realizacji zamówienia nie uwzględniają w pozycji 3 załącznika nr 1 do projektu umowy kosztów związanych z dostawą asortymentu z pozycji nr 189 i 195.

Zarzut dotyczący błędnej stawki VAT w odniesieniu do robót budowlanych polegających na instalacji gazów medycznych

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Konsorcjum TMS w złożonych wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 r. przedstawiło argumentację odnośnie przyjętych stawek VAT. Izba uznała stanowisko Konsorcjum TMS za logiczne, uwzględniające uwarunkowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym zasługujące na aprobatę. Konsorcjum TMS wskazało, że przyjęło stawkę VAT 8% na system instalacji gazów medycznych jako wybór medyczne oraz stawkę 23% na roboty budowlane związane z instalacją gazów medycznych. Izba uznała, powyższy podział za zasadny, z uwagi na stawkę VAT 8% na wyrobu medyczne do jakich Konsorcjum TMS zasadnie zaliczyło instalacje gazów medycznych.

Zarzuty dotyczące Konsorcjum Promed

W ocenie Izby zarzuty nie potwierdziły się. Zarzut Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że Konsorcjum Promed zastosowało błędne stawki VAT odnośnie pozycji 189, 194 i 195 Kosztorysu ofertowego,. Odwołujący II wskazał również, że Konsorcjum Promed

dokonało wyceny powyższego asortymentu w nieodpowiednich miejscach Kosztorysu ofertowego, co skutkuje niezgodnością oferty ze SIWZ. Ponadto Odwołujący II alternatywnie wskazał, że Konsorcjum Promed w ogóle nie wyceniło asortymentu z pozycji 189, 194 i 195.

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia w analizowanym stanie faktycznym. Wskazać należy, że Zamawiający wezwał Konsorcjum Promed do wyjaśnienia kwestii zastosowanej przez wykonawcę stawki VAT oraz wyceny asortymentu z pozycji nr 189, 194 i 195. Konsorcjum Promed w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2019 r. wskazało, że monitory zaoferowane w pozycji 194 - monitory diagnostyczne jako wyrobu medycznego zostały wycenione w ramach pozycji 1.3 zał. nr 1 do projektu umowy. Ponadto w wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało, że zastosowanie 8% stawki VAT dla pozycji 1.3 zał. nr 1 do projektu umowy tłumacząc, że: „Monitory diagnostyczne (o których mowa w wierszu 194) jako wyroby medyczne zostały opodatkowane preferencyjną stawką 8%. Posiadają one deklarację zgodności z 30.11.2016 r. oraz stosowne powiadomienie Urzędu Wyrobów Medycznych”. Zatem zarzuty Odwołującego II dotyczące niezaoferowania przez Konsorcjum Promed pozycji 194 zał. nr 2a projektu umowy są bezpodstawne. Izba uznała również, że przyjęta przez Konsorcjum Promed stawka VAT 8% jest prawidłowa, z uwagi na zakwalifikowanie monitorów diagnostycznych do wyrobów medycznych. W tym zakresie, Odwołujący II nie przedstawił odmiennego stanowiska.

W zakresie zarzut dotyczącego asortymentu z pozycji nr 189 oraz 195, Izba uznała wyjaśnienia Konsorcjum Promed za wystarczające i wyjaśniające kwestie wyceny powyższych urządzeń. Jak wskazało Konsorcjum Promed urządzenie z pozycji nr 189 oraz 195 zał. nr 2a projektu umowy zostały, z uwagi na swój charakter (niemedyczny sprzęt IT) wycenione łącznie w ramach pozycji 1.4.1 (23% VAT) zał. nr. 1 do projektu umowy. Wskazać w tym zakresie należy, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w pozycji 1.3. zał. nr 1 do projektu umowy w/w pozycje winny zostać wycenione w pozycji 1.3.1. Wycena tych pozycji przez Konsorcjum Promed w innym miejscu niż wymagane przez Zamawiającego stanowi co prawda uchybienie wykonawcy, jednakże Odwołujący II nie wykazał w żaden sposób jego wpływu na ofertę Konsorcjum. W ocenie Izby, aby wykazać wpływ powyższego uchybienia Konsorcjum na ofertę wykonawcy, Odwołujący II musiałby wykazać, iż wykonawca *de facto* nie mógł wycenić pozycji nr 189 i 195 we wskazanym przez siebie miejscu Kosztorysu ofertowego, gdyż koszty realizacji tej części zamówienia nie uwzględniają kosztów zaoferowania pozycji nr 189 i 195. Odwołujący II takiego dowodu nie przeprowadził. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 ze zm.).

Przewodniczący: