

Sygn. akt KIO 2035/19

WYROK
z dnia 31 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 i 30 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2019 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Synektik S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Wincentego Witosa 31, 00-710 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2035/19** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakup tomografu komputerowego wraz z przystosowaniem pomieszczeń«.

09.07.2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2019/S 130-318387.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

02.10.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy S.

11.10.2019 r. wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Synektik S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. W. Witosa 31, 00-710 Warszawa (dalej wykonawca S lub przystępujący) jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S;
- 3) zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy S i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S ze względu na to, że treść oferty wykonawcy S nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy S i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S z uwagi na błąd w obliczeniu ceny tj. ze względu na nieprawidłowo zastosowaną stawkę podatku od

towarów i usług (VAT) oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy S;
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, w załączniku nr 5 do SIWZ będącym zestawieniem Parametrów wymaganych, Programie Funkcjonalno-Użytkowym (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz w Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 9 do SIWZ).

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego oraz oferta wykonawcy S. 2.10.2019 r. za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał oferta wykonawcy S, natomiast ofertę odwołującego zamawiający sklasyfikował na drugiej pozycji.

Odwołujący zakwestionował to rozstrzygnięcie.

I. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ

1. W pkt 67 zał. nr 5 do SIWZ dotyczącego parametrów wymaganych co do multimodalnej stacji lekarskiej, zamawiający wymagał zaoferowania monitora multimodalnego do wyświetlania obrazów monochromatycznych i kolorowych o parametrach wskazanych w tym punkcie. Wykonawcy oferując w tym względzie swój asortyment musieli jednoznacznie podać producenta i parametry oferowanego monitora: „TAK (podać producenta i parametry monitora)”. Wykonawca S nie spełnił przedmiotowego wymogu i nie podał w sposób jednoznaczny producenta i nazwy oferowanego monitora, w sposób umożliwiający zidentyfikowanie przedmiotu oferowanego świadczenia.

W pkt 67 zał. nr 5 do SIWZ wykonawca S wskazał jako producenta firmę Synektik S.A., Warszawa, Al. Witosa 31 – ArPACS ArVIEW (Eizo Co.).

Odwołujący podniósł, że firma Synektik S.A. nie jest producentem monitora, a ArPACS ArVIEW (EIZO CO.) nie jest modelem monitora. W obrocie na próżno poszukiwać jakichkolwiek monitorów, których producentem byłaby firma Synektik, a tym bardziej o modelu ArPACS ArVIEW. Nigdzie nie występuje również dokumentacja produktowa, czy też certyfikacyjna dotycząca monitora o nazwie Synektik ArPACS ArVIEW.

Nie wiadomo jaki monitor (producent, model) został zaoferowany przez wykonawcę S, a w związku z tym oferta wykonawcy S powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Wykonawca S, w pkt 67 powinien jednoznacznie wyszczególnić jaki producent i model monitora jest oferowany. W zakresie wypełnionej kolumny co do ww. monitora nie można zidentyfikować jaki dokładnie monitor tj. jakiego producenta i jaki dokładnie model jest przedmiotem oferty wykonawcy S. Na rynku występuje szereg urządzeń, które spełniają parametry i kryteria, zadeklarowane przez wykonawcę S. Stąd nie można jednoznacznie stwierdzić jaki dokładnie sprzęt został zaoferowany. Pozbawia to zamawiającego możliwości zidentyfikowania ofertowanego sprzętu, a w konsekwencji weryfikacji oferowanego sprzętu pod kątem spełniania parametrów oraz sprawdzenia wywiązywania się przez wykonawcę S z umowy w tym aspekcie, a wykonawcy S pozostawia niedopuszczalną możliwość precyzowania oferty po upływie terminu na złożenie ofert.

Również nazwa wskazana w nawiasie „(Eizo Co.)” nie pozwala na zidentyfikowanie jaki typ lub model urządzenia jest oferowany przez wykonawcę S. Firma Eizo produkuje wiele urządzeń tego typu i nie wiadomo jaki model jest proponowany w przedmiotowym postępowaniu. Świadczy to o niezgodności treści oferty wykonawcy S z treścią SIWZ.

Odwołujący przytoczył orzecznictwo Izby na poparcie swoich argumentów: wyrok z 5 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1759/16, z 17 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 569/19 i z 11 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2665/18. W świetle tych wyroków oferta wykonawcy S powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. W pkt 98 Zał. nr 5 do SIWZ *Nazwa/typ/producent robota (duplikatom) do płyt CD/DVD* wykonawca S podał: „Tak, Synektik S.A. Warszawa, Al. Witosa 31 ArPACS OUT (Epson Co.)”. Odwołujący, analogicznie jak w pkt 1 podnosi, że wykonawca S nie wskazał prawidłowo jaki producent oraz jaki typ lub model urządzenia jest oferowany przez wykonawcę S, co nie pozwala na prawidłowe zidentyfikowanie oferowanego przedmiotu świadczenia przez wykonawcę S.

Firma Synektik nie jest producentem robotów (duplikatorów) do płyt CD/DVD. Natomiast nazwa ArPACS OUT odnosi się do oprogramowania, a nie do robota – duplikatora. Potwierdzają to m.in. – dołączone przez wykonawcę S – dokumenty zawierające Certyfikaty i Deklaracje PACS, gdzie w Załączniku nr 2 do Formularza zgłoszenia: „Formularz dla aktywnych wyrobów medycznych do im plantacji, wyrobów medycznych i systemów lub zestawów zabiegowych” w opisie wyrobu (strona 12 paczki dokumentów elektronicznych złożonych przez wykonawcę S o numerze 12.2) ArPACS OUT został opisany jako oprogramowanie.

Nie wiadomo zatem jaki dokładnie robot – duplikator jest oferowany przez wykonawcę S. Na rynku występuje szereg urządzeń, które spełniają parametry i kryteria, których spełnienie zadeklarował wykonawca S. Stąd nie można jednoznacznie stwierdzić jaki dokładnie sprzęt został zaoferowany. Pozbawia to zamawiającego możliwości zidentyfikowania ofertowanego sprzętu, a w konsekwencji weryfikacji tego sprzętu pod kątem spełniania zadeklarowanych parametrów oraz sprawdzenia wywiązywania się przez wykonawcę S z umowy w tym aspekcie, a wykonawcy S pozostawia niedopuszczalną możliwość precyzowania oferty po upływie terminu na złożenie ofert.

Nawet nazwa wskazana w nawiasie „EPSON Co.” nie pozwala na zidentyfikowanie jaki typ lub model urządzenia jest ofertowany przez wykonawcę S. Firma Epson produkuje przecież wiele urządzeń, w tym duplikatory.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przytoczył orzecznictwo Krajowa Izba Odwoławcza wyrok KIO z 11 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2665/18, wyrok KIO z 17 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 569/19, wyrok KIO z 5 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1759/16.

Dlatego – zdaniem odwołującego – oferta wykonawcy S powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

3. W pkt 41 zał. nr 5 do SIWZ zamawiający wymagał, aby stacja była wyposażona w jeden lub dwa monitory medyczne diagnostyczne typu LCD/TFT o parametrach wskazanych w przedmiotowym pkt 41 zał. nr 5 do SIWZ.

W pkt 41 zał. nr 5 do SIWZ wykonawca S wskazał: „Tak, dwa monitory medyczne diagnostyczne. Przekątnia ekranu 24,1 cala, Rozdzielczość 1920x1200, Jasność 350 cd/m², Kontrast 1000:1”.

Podobnie jak w odniesieniu do ww. urządzeń, również w przypadku monitorów wykonawca S nie określił nazwy ani producenta. W oparciu o podstawowe dane techniczne wpisane do zał. nr 5 odwołujący stwierdza, że przedmiotem oferty jest monitor EIZO, model Radiforce MX242W, który jednak jest monitorem klinicznym, a nie monitorem diagnostycznym. Jest to bowiem monitor przeglądowy, który nie może być stosowany do diagnostyki (tutaj wymagana jest min. klasa II wyrobu medycznego). Oznacza to, że na monitorach zaoferowanych przez wykonawcę S można oglądać jedynie obrazy referencyjne, ale monitory tego typu nie mogą służyć do diagnozowania tj. na podstawie obrazów wyświetlanych na takich monitorach nie można wykonywać opisów choroby na stacji lekarskiej.

Zgodnie z deklaracją zgodności producenta ww. monitora, jest on wyrobem medycznym klasy I i nie spełnia wymagań w pkt 41. Z tych też względów oferta wykonawcy S powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

II. Błąd w obliczeniu ceny – niewłaściwa stawka VAT

1. W ocenie odwołującego wykonawca S nieprawidłowo wskazał stawkę VAT dla asortymentu zaoferowanego w Zał. nr 1 poz. 1d do SIWZ, gdzie zamawiający wymagał zaoferowania Roboty (duplikatora) do płyt CD/DVD. W ofercie wykonawcy S w przedmiotowym punkcie został zaoferowany robot do nagrywania płyt z nazwą handlową ArPACS OUT (Epson Co.), w stosunku do którego wykonawca S zastosował stawkę 8% VAT.

Abstrahując od kwestii, że ArPACS OUT jest nazwą oprogramowania, a firma Synektik nie jest producentem robotów do nagrywania płyt CD/DVD (o czym szerzej w pkt 1.2 odwołania), odwołujący podniósł, że w stosunku do tego typu sprzętu powinna mieć zastosowanie stawka podstawowa 23% VAT. Choć wykonawca S nie podał dokładnie jaki model urządzenia jest oferowany przez wykonawcę S (co już jest powodem do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), to przyjmując, że wykonawca S zamierzał zaoferować jeden z robotów firmy Epson (na co może wskazywać nazwa podana w nawiasie „Epson Co.”) należy stwierdzić, że firma Epson w swojej ofercie nie posiada robotów (duplikatorów) do płyt CD/DVD, które są wyrobami medycznymi. Firma Epson dysponuje jedynie robotami, w stosunku do których zastosowanie może mieć jedynie stawka VAT w wysokości 23%.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obniżona stawka w wysokości 8%, odnosi się do towarów i usług wyszczególnionych w Zał. nr 3 do ustawy. W poz. 105 tego załącznika wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU – „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”. Także wobec treści art. 98 ust. 2 i 3 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE L 06.347.1 ze zm.), stawki obniżone mają zastosowanie wyłącznie do dostaw towarów i świadczenia usług, których kategorie są określone w załączniku nr III. W nim natomiast mowa jest wyłącznie o wyrobach medycznych. Z tych względów, zastosowanie przez wykonawcę S stawki preferencyjnej dla produktów, które nie są wyrobami medycznymi zgodnie z załącznikiem nr III do ustawy jest całkowicie bezpodstawne.

Zdaje się zatem, że jedyną przyczyną do zastosowania przez wykonawcę S stawki VAT 8% do ww. sprzętu było potraktowanie przedmiotowej dostawy jako świadczenia kompleksowego. Jednak, w sprawie nie można również mówić o świadczeniu złożonym, czy też kompleksowym. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku o sygn. akt C-251/05 *Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*, dał prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE każde odstępstwo od zasadniczej

stawki podatku od towarów i usług powinno być interpretowane ściśle. Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego wydanego w tej sprawie: „szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji”.

Odwołujący przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w wyroku z 1 czerwca 2011 r. o sygn. akt I FSK 869/10 oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego przedstawionego w wyroku z 17 grudnia 2013 r., sygn. akt I FSK 122/13.

W przedmiotowej sprawie robot (duplikator) do wypalania płyt CD/DVD stanowi odrębne urządzenie, które jest wykorzystywane jedynie do wypalania wyników badań wykonanych już za pomocą tomografu, jak i za pomocą innych urządzeń. Robot nie służy zatem do zapewnienia funkcjonowania tomografu zgodnie z jego przeznaczeniem, tomograf może funkcjonować bez robota. Ponadto robot może być dostarczony przez inny, niezależny podmiot, zajmujący się sprzedażą sprzętu elektronicznego, a niekoniecznie dostawą tomografów. Funkcjonalny związek pomiędzy robotem a tomografem jest zatem na tyle luźny, że rozdzielenie tych urządzeń jest jak najbardziej możliwe. Nie można zatem mówić o świadczeniu kompleksowym. Trudno bowiem uznać dostawę robota za obiektywnie związaną ekonomicznie z tą konkretną dostawą tomografu, gdyż robot pełni jedynie funkcję pomocniczą w stosunku do wyrobu medycznego. Nawet zamawiający w istocie nie przypisał tak ścisłego związku obu tym urządzeniom, gdyż opisał oba urządzenia oddzielnie, oczekując również odrębnego skalkulowania ceny obu urządzeń w formularzu asortymentowo-cenowym.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 126/19, wyrok z dnia 29 lipca 2014 r. o sygn. akt KIO 1463/14, wyrok KIO z 18 stycznia 2017 r. o sygn. akt KIO 2483/16, wyrok KIO z 24 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 349/16, wyrok KIO z 1 lutego 2016 r. o sygn. akt KIO 80/16).

2. Wykonawca S zaoferował również nieprawidłową stawkę VAT na oferowaną multimodalną stację lekarską (komputer) w pozycji 1b zał. nr 1 do SIWZ – Specyfikacji asortymentowo-cenowej, gdzie zaoferowano stawkę VAT w wysokości 8%, zamiast prawidłowej stawki podstawowej w wysokości 23%. W ramach dostawy multimodalnej stacji lekarskiej w poz. 66 zał. nr 5 do SIWZ należało zaoferować komputer o wskazanych tam parametrach oraz w poz. 67 monitor.

Odwołujący podnosi, że do sprzętu komputerowego oferowanego w ramach multimodalnej stacji lekarskiej powinna mieć zastosowanie stawka VAT 23%, gdyż oferowany komputer nie jest wyrobem medycznym. Jak już wskazano w uzasadnieniu zarzutu II.1 zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obniżona stawka w wysokości 8%, odnosi się do towarów i usług wyszczególnionych w Załączniku nr 3 do ustawy. W poz. 105 tego załącznika wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU – „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”.

Oferowany komputer bez wątplenia nie jest wyrobem medycznym (nie zostały do niego przedstawione również deklaracje zgodności, czy też certyfikaty potwierdzające ten fakt). Nie może mieć zatem do niego zastosowania preferencyjna stawka VAT w wysokości 8%. Przedmiotowego świadczenia (dostawy komputera) nie można również zakwalifikować do świadczenia kompleksowego, które to pojęcie zostało wypracowane przez orzecznictwo i doktrynę (w szczególności przytoczone w uzasadnieniu do zarzutu II.1).

Odwołujący wskazał na wyrok NSA z 1 czerwca 2011 r. o sygn. akt I FSK 869/10, w którym zaakcentowano ustawową zasadę oddzielności i samodzielności poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma charakter wyjątkowy, a prymat wiedzy wyrażona w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. akt C- 251/05 *Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise* zasada nierozszerzania zwolnienia podatkowego do pobocznych dostaw, gdyż każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług powinno być interpretowane ściśle.

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. Takie obiektywne rozdzielanie bez wątplenia występuje w stanie faktycznym sprawy, gdyż dostawa komputera mogłaby się odbyć równie dobrze bez dostawy tomografu. Komputer obiektywnie rzecz ujmując mógłby być dostarczony przez inny podmiot np. podwykonawcę, zajmujący się dostawą sprzętów komputerowych. Innymi słowy dostawa ta mogłaby obiektywnie nastąpić oddzielnie bez dostawy tomografu. Na marginesie dodać trzeba, że przy ocenie owej „obiektywności” nie ma znaczenia czy zamawiający zamierzał, aby dany komputer został dostarczony wraz z dostawą tomografu, czy też nie. Chodzi tutaj o obiektywną możliwość rozdzielania danych świadczeń. Jeżeli zatem z przedmiotowego świadczenia dałoby się wydzielić odrębnie różne świadczenia, które fizycznie mogą być przedmiotem odrębnych dostaw to nie zachodzą podstawy do uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym

uzasadniającym zastosowanie wspólnej stawki preferencyjnej dla świadczenia przeważającego, a zatem stawki preferencyjnej w wysokości 8% VAT.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 126/19 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 grudnia 2013 r., sygn. akt: I FSK 122/13.

W świetle powyższego ooy stwierdził, że oferta wykonawcy S powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 11.10.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 11.10.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

14.10.2019 r. wykonawca Synektik S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. W. Witosa 31, 00-710 Warszawa złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 24.10.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

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

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

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr O1 (1), »Formularz dla aktywnych wyrobów medycznych [...]«, gdzie na str. 2 w rubryce 2.014 wskazane jest, że jest to oprogramowanie również w rubryce 2.015 software, a nie hardware;
- 2) dowód nr O2 (2) wydruk ze strony internetowej wykonawcy S na okoliczność, że ArPACS Arview to oprogramowanie, a nie sprzęt medyczny;
- 3) dowód nr O3 (3) informacja firmy EPSON z 3.10.2019 r., że roboty (duplikatory) PP-100II nie są wyrobami medycznymi i należy do nich stosować stawkę VAT 23%;
- 4) dowód nr O4 (4) wyciąg z dokumentów złożonych przez wykonawcę S na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, z którego to wyciągu nie wynika, jaki dokładnie duplikator został zaoferowany przez wykonawcę S, a szczególnie nie wynika, że jest to Epson PP-100II;
- 5) dowód nr O5 (5) wydruk ze strony internetowej firmy Epson na okoliczność, że firma Epson jest wytwórcą większej liczby typów duplikatorów niż tylko modelu PP-100II;
- 6) dowód nr O6 (8A) wyciąg ze specyfikacji asortymentowo-cenowej na okoliczność, że w obrocie jest oferowana stawka mieszana w odniesieniu do multimodalnej stacji lekarskiej, ze względu na znajdujący się tam komputer;
- 7) Odwołujący składa dowód nr O7 (6A) rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. Nr 51, poz. 265), gdzie w załączniku nr 1 część I ust. 1 pkt 1 i 2 odwołujący wskazuje na używanie dwóch rodzajów stanowisk opisowych i przeglądowych – 200 cd/m², a w części IV w ust. 1.1 pkt 5 są monitory opisowe, a w ust. 1.2 pkt 4 monitory przeglądowe o różnej minimalnej luminancji – 100 cd/m²;
- 8) dowód nr O8 (6B) rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 listopada 2015 r. zmieniające w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. poz. 2040)

gdzie na str. 57 i 58 określono parametry jednorodności oraz luminancji dla monitorów opisowych i przeglądowych;

- 9) dowód nr O9 (7A) broszurę z oficjalnej strony internetowej producenta Eizo Global potwierdzającą, że zaoferowany monitor RadiForce MX242W jest monitorem klinicznym, czyli pogładowym (*przegladowym*). Wers 5 tłumaczenia str. 1, ponadto na str. 5 tłumaczenia podano, że zalecanym poziomem jasności dla monitora jest 180 cd/m²;
- 10) dowód nr O10 (7B) samo tłumaczenie str. 2 z broszury okazanej w dowodzie nr O9;
- 11) dowód nr O11 (12) instrukcja użytkownika monitora MX242W str. 2 tłumaczenia, gdzie wskazane jest przedmiot zastosowania monitorów – do przeglądu i analizy przez przeszkolonych lekarzy medycyny;
- 12) dowód nr O12 (13) fragmenty przewodnika użytkownika monitora Nio 2MP LED Display, gdzie na str. 3 znajduje się informacja, że monitor przeznaczony jest do wyświetlania obrazów diagnostycznych;
- 13) dowód nr O13 (15) »Instructions for Use RadiForce RX250« wskazuje jak są opisywane w obrocie monitory diagnostyczne na str. 7 tego dowodu;
- 14) dowód nr O14 (16) »Chapter 4 Specifications«, gdzie w specyfikacji w panelu LCD rekomendowano jasność 180 cd/m² i dotyczyło to instrukcji obsługi zaoferowanego przez wykonawcę S monitora w języku angielskim;
- 15) dowód nr O15 (9) tekst rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy [...], gdzie na str. L 117/16 w pkt 4 podano definicję wyrobu aktywnego, z której wynika, że monitor diagnostyczny jest wyrobem aktywnym, a na str. L 117/143 w pkt 6.2 reguła 10 podano, że wyroby aktywne do diagnostyki należy do klasy IIa a w tiret trzecie w szczególności podano, jeżeli wyroby aktywne są przeznaczone do umożliwiania bezpośredniego diagnozowania;
- 16) dowód nr O16 (10) deklaracja zgodności monitora MX242W, gdzie jest podana klasa I, która jest znacznie niższa niż wymagana dla diagnostyki klasa IIa;
- 17) dowód nr O17 (11) podręcznik dotyczący pogranicza i klasyfikacji wyrobów medycznych we wspólnotowych ramach prawnych, określający wymagania dla stacji roboczej i diagnostycznej PACS w szczególności w punkcie II i III na str. 5 tłumaczenia, gdzie są podane dla tych kategorii w systemie PACS, w których skład wchodzi monitory diagnostyczne stosowanie klasy IIa lub IIb;
- 18) dowód nr O18 (14) fragmenty polskiej normy PN-EN 62 563-1 będącej transpozycją normy europejskiej, w której podano rozróżnienie na monitory diagnostyczne oraz przeglądowe na str. 7 w § 1;
- 19) dowód nr O19 streszczenie wypowiedzi;

- 20) dowód nr O20 tłumaczenia dowodów nr O18 (14), nr O13 (15) i nr O14 (16);
 - 21) dowód nr O21 wyciąg z oferty odwołującego, gdzie w wielu miejscach zostało wskazane 23% VAT. Pokazuje to, że dowód nr P5 i P4 są niewiarygodne;
 - 22 i 23) dowód nr O22 i O23 (Załącznik nr 1A i 1B) deklaracja zgodności CE z tłumaczeniem monitora marki BARCO model MDNC-2221 na wykazanie, że producenci w przypadku zmiany pierwotnych parametrów produktu producenci do deklaracji zgodności wprowadzają nazwy modeli o zmienionej specyfikacji;
 - 24 i 25) dowód nr O24 i O25 (Załącznik nr 2A i 2B) uzupełnienie do modelu MDNC-2221 w instrukcji obsługi na wykazanie, że takich informacji brak w instrukcji obsługi dla zaferowanego przez wykonawcę S modelu MX-242W;
 - 26 i 27) dowód nr O26 i O27 (Załącznik nr 3 i 4) Instrukcja obsługi monitora RadiForce MX242W z tłumaczeniem na wykazanie luminescencji 180 cd/m², a nie 200 180 cd/m² monitora zaferowanego przez wykonawcę S;
 - 28) dowód nr O28 (Załącznik nr 5) wyniki poszukiwań dla eizo.pl w »Bazie Whois« zarejestrowanych domen NASK jako głównego rejestru domeny krajowej ».pl« na wykazanie, że właścicielem domeny »eizo.pl«, z której można pobrać polskojęzyczną wersję ulotki produktowej monitora MX242W jest dystrybutor firmy EIZO, czyli firma ALSTOR, a nie producent przedmiotowego monitora MX242W;
 - 29) dowód nr O29 (Załącznik nr 6) print screen ze strony identyfikującej domenę eizoglobal.com na wykazanie, że właścicielem domeny eizoglobal.com, z której można pobrać anglojęzyczną wersję ulotki produktowej monitora MX242W jest korporacja EIZO, czyli producent przedmiotowego monitora;
 - 30 i 31) dowód nr O30 i O31 (Załącznik nr 7A i 7B) linki do filtrów na stronie EIZO na wykazanie, że monitory „MX” nie są diagnostyczne ale kliniczne;
 - 32) dowód nr O32 (Załącznik nr 8) tłumaczenie przysięgłe normy PN-EN 62563-1, jako uzupełnienie do dowodów nr O18 (14), O13 (15) i O14 (16);
 - 33) dowód nr O33 (Załącznik nr 9) tłumaczenie fragmentów instrukcji obsługi monitora EIZO MX242W w wielu językach na wykazanie, że monitora nie można używać do bezpośredniej diagnozy, a tylko do przeglądu danych morfologicznych;
 - 34) dowód nr O34 (Załącznik nr 10) specyfikacja techniczna EPSON PP-100II i EPSON PP-100N z zaznaczonymi parametrami na wykazanie więcej niż jednego urządzenia spełniającego wymagania zamawiającego.
- B) zamawiającego:
- 1) dowód Z1 specyfikacja asortymentowo-cenowa z oferty na wykazanie, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 11 do SIWZ zamawiający dopuścił możliwość stosowania różnych stawek VAT i wykonawca S zastosował się do tego w ofercie wykonawcy S;
- C) przystępującego:

- 1 i 2) dowód P1 i P2 karta wyrobu medycznego klasy IIa oraz deklaracja zgodności wyrobu medycznego na wykazanie, że wyrób wykonawcy S jako Zintegrowany System Medyczny należy zaliczyć do klasy IIa, a w tym systemie duplikator czy monitor;
- 3) dowód P3 wyciąg z bazy kodów UMDNS (na 2 stronie tłumaczenie) na okoliczność, że PACS to system archiwizacji obrazu i komunikacji;
- 4) dowód P4 formularz jak w dowodzie nr O1 (1), gdzie wykonawca S wskazał w opisie 16 247, że jest to zintegrowany system archiwizacji, obrazu i komunikacji, aby uniknąć, że odwołujący udowodnia, że ArPACS nie jest systemem informatycznym zintegrowanym, w którego skład wchodzi hardware i software;
- 5 i 6) dowód nr P5 i P6 – wydruki ze stron internetowych opisujące systemy PACS dostępne na rynku, z których to dowodów wynika, że oprogramowanie i sprzęt wchodzi w skład oferowanego zamawiającemu systemu
- 6) dowód P10 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 215, poz. 1416) § 1 pkt 1 (aktywny wyrób medyczny), § 4 ust. 1 pkt 1 (reguły klasyfikacji nieinwazyjnych wyrobów medycznych), § 4 ust. 2 pkt 1 (reguła 1 zaliczenie do klasy I sprzętu nieinwazyjnych wyrobów medycznych), § 4 ust. 4 pkt 2 tiret trzecie (reguła 10 zaliczenie do klasy IIa sprzętu bezpośredniego diagnozowania lub monitorowania życiowych procesów fizjologicznych), § 4 ust. 4pq 4 (reguła 12 zaliczenie do klasy I niewymienionego sprzętu wyrobów medycznych), gdzie jest jasno napisane, co stanowi, jaką klasę wyrobu;
- 7) dowód P11 deklaracja zgodności monitora NEC, JVC KENWOOD i TOTOKU na dowód, że inne firmy również certyfikują swoje monitory diagnostyczne w klasie I;
- 8) dowód P12 załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. Nr 51, poz. 265) str. 3248, na wykazanie, że w przepisach nie ma mowy o wymaganiach dotyczących klasyfikowania monitorów diagnostycznych czy przeglądowych w klasie IIa, a więc klasa monitora nie determinuje jego funkcjonalności.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp – przez wybór oferty wykonawcy S i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S ze względu na to, że treść oferty wykonawcy S nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na wstępie przytacza w pełnym brzmieniu przywołane przez odwołującego przepisy:

Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Izba stwierdza, że zamawiający określił w ust. 3.1 SIWZ przedmiot zamówienia jako dostawę, montaż i instalację tomografu komputerowego wraz z dodatkowym wyposażeniem oraz przystosowaniem pomieszczeń zakładu Diagnostyki Obrazowej, zgodnie formularzami „Specyfikacji asortymentowo-cenowej”, „Parametrami wymaganymi”, Programem funkcjonalno-użytkowym oraz Specyfikacją Techniczną, które to formularze stanowiły szczegółowe załączniki do SIWZ.

Izba stwierdza, że w postępowaniu zamówieniowym wpłynęły dwie oferty, tj. oferta odwołującego i wykonawcy S, który jest przystępującym. Istotne w sprawie jest, że wykonawca S jest wytwórcą w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 45 lit. b ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175, 447, 534), który to przepis brzmi »Użyte w ustawie określenia oznaczają [...] podmiot, który montuje, pakuje, przetwarza, całkowicie odtwarza lub oznakowuje gotowy produkt lub nadaje mu przewidziane zastosowanie, w celu wprowadzenia go do obrotu jako wyrobu pod nazwą własną, z wyjątkiem podmiotu, który montuje lub dostosowuje wyroby już wprowadzone do obrotu, w celu ich przewidzianego zastosowania przez indywidualnego pacjenta«. Wykonawca S m.in. zaoferował w pozycji »STACJA ROBOCZA LEKARSKA TK« [część VIII Parametrów wymaganych – załącznik nr 5 do SIWZ] system do archiwizacji i przesyłu obrazów medycznych ArPACS, którego systemu wytwórcą jest właśnie wykonawca S. W skład systemu weszły oprogramowanie i urządzenia, nie tylko oprogramowanie jak sugeruje to odwołujący. wskazując na rubrykę 2.014 »Formularza dla aktywnych wyrobów medycznych [...]«, który wypełnił wykonawca S [dowód nr O1 (1), dowód nr P4]. Jednak odwołujący nie uwzględnił tytułu rubryki, który brzmi »Krótki opis wyrobu i jego przewidziane zastosowanie«, a więc wypełniający mógł pominąć i pominął elementy opisu oczywiste, a więc wykonawca S skupił się na oprogramowaniu i pominął elementy sprzętowe, bez których to elementów sprzętowych żadne oprogramowanie nie może działać, ale mogą się stać one w obecnej dobie komputeryzacji każdej dziedziny życia elementami pomijalnymi w krótkim opisie. Przy czym odwołujący również pominął rubrykę 2.011 (str. 1) tego formularza, gdzie wykonawca S

zaznaczył, że w skład zintegrowanego systemu wchodzi moduł: ARPACS SRV – serwer, ARPACS ArView – moduł przeglądarki obrazów i ARPACS OUT – moduł wydawania wyników i archiwizujący.

Wykonawca S (przystępujący) – zdaniem Izby – słusznie wskazał na istotną różnicę między odwołującym a wykonawcą S, gdyż odwołujący jest integratorem nabywającym poszczególne elementy systemu na rynku i dostarczający te elementy zamawiającemu, a wykonawca S jest wytwórcą, a więc wykonawca S dostarcza gotowy system, a w tym m.in. przytoczone wyżej moduły systemu ArPACS.

Ponadto godne podkreślenia jest to, że zamawiający prowadzi postępowanie zwłaszcza na dostawę tomografu komputerowego wraz z wyposażeniem i wszystkie zaoferowane urządzenia będą wykorzystywane tylko jako wyposażenie tego tomografu w pracowni radiologicznej.

Dlatego zarzut odwołującego niezgodności treści oferty wykonawcy S z treścią SIWZ ze względu na brak podania producenta i nazwy oferowanego monitora czy duplikatora płyt CD/DVD nie może być przez Izbę wzięty pod uwagę, gdyż wykonawca S prawidłowo podał w ofercie, że to wykonawca S producentem konkretnych modułów całego systemu ArPACS, w których skład wchodzi m.in. monitory, serwer, klawiatura, duplikator czy myszka. Ponownie Izba musi uwzględnić wskazanie przystępującego, czyli wykonawcy S, że system ArPACS nie jest wyłącznie oprogramowaniem, ale systemem, w którego skład oprócz oprogramowania wchodzi sprzęt takie jak serwer, monitor czy monitory, duplikator itp. sprzęt komputerowy. A więc zarzut odwołującego, że wykonawca S zaoferował monitor nie wiadomo jakiego producenta, bo oferowanym przez wykonawcę S produktem jest Zintegrowany System Medyczny ze wszystkimi urządzeniami niezbędnymi do właściwego działania systemu, a więc np.: monitorami, klawiaturą itd.

Ponadto Izba nie może zaakceptować stanowiska odwołującego, że wykonawca S składając na wezwanie zamawiającego w ramach procedury określonej w art. 26 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp nie złożył dokumentów, z których by wynikało jaki dokładnie duplikator został zaoferowany przez wykonawcę S. Art. 26 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1«. Wykonawca S wskazał w dokumentach przedstawionych zamawiającemu wymagane parametry oferowanych urządzeń, co wynika zwłaszcza w dowodu nr O4, tak że zamawiający nie musiał korzystać z procedury wyjaśnień oferty czy wzywania o dostarczenie dodatkowych dokumentów do oferty.

Również Izba nie może przychylić się do zarzutu odwołującego, że wykonawca S karty katalogowe i inne dokumenty zaofertowanego monitora RadiForce MX242W nie potwierdzają, że jest to monitor diagnostyczny figurujący w klasie IIa wyrobów medycznych.

Jednak zamawiający nie wymagał tego w SIWZ, a z przywołanych przez wykonawcę S przepisów w dowodzie nr P10 rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych wynika, że monitor nie jest w szczególności częścią urządzenia przeznaczonego do bezpośredniego diagnozowania lub monitorowania życiowych procesów fizjologicznych zaliczanych do klasy IIb czy innych, które są zaliczane do klasy IIa. Natomiast z przepisów wskazanego rozporządzenia wynika, że monitor ten należy zaliczyć do klasy I wyrobów medycznych. Jednak wykonawca S również dowiódł, że zaofertowany przez wykonawcę S monitor spełnia parametr luminescencji min. 200 cd/m², czyli można ten monitor zakwalifikować do klasy IIa wyrobów medycznych, co zostało wykazane w dowodzie nr O9 str. 2 kolumna 2 rubryka 10 i str. 6 wiersz 7 od dołu tłumaczenia – 350 cd/m². Poza tym w dowodzie nr O14 i w dowodzie nr O20 występuje wartość 180 cd/m² w rubryce przetłumaczonej jako »jasność skalibrowana«, a więc nie jedyna, którą może osiągnąć ten monitor. A więc Izba nie może na podstawie dowodów przedstawionych przez odwołującego, że monitor nie osiąga luminescencji o wartości min. 200 cd/m² i nie może być zaliczany do wymaganej przez przepisy klasy wyrobu medycznego.

Ponadto odwołujący nie napomknął pisemnie w odwołaniu ani w piśmie odwołującego, ani ustnie na rozprawie o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp, dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego w tym zakresie.

W związku z tym Izba musi stwierdzić, że zamawiający, mając do czynienia z ofertą wykonawcy S, która była bardziej korzystna od pozostałej oferty odwołującego, wybrał ofertę wykonawcy S jako najkorzystniejszą i nie naruszył tym wyborem art. 91 ust. 1 Pzp. Zresztą odwołujący nie napomknął pisemnie w odwołaniu ani w piśmie odwołującego, ani ustnie na rozprawie o naruszeniu art. 91 ust. 1 Pzp, dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego również w tym zakresie.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu pierwszego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp – przez wybór oferty wykonawcy S i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S z uwagi na błąd w obliczeniu ceny tj. ze względu na nieprawidłowo zastosowaną stawkę podatku od towarów i usług (VAT) oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na wstępie wskazuje, że przepisy art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp zostały zacytowane w pełnym brzmieniu wcześniej, a obecnie Izba przytacza w pełnym brzmieniu przywołany przez odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«.

Izba stwierdza za wykonawcą S, że wykonawca S wykazał, że jest wytwórcą wyrobu medycznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 45 lit. b ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Dlatego wykonawca S może prawidłowo do wytworzonego przedmiotu zastosować preferencyjną stawkę VAT 8%. Natomiast odwołujący występujący w postępowaniu zamówieniowym nie jako wytwórca, musi oferować urządzenia techniczne (monitory, duplikatory), które nie są z definicji wyrobami medycznymi, bez możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT, a więc odwołujący musi takie urządzenia sprzedawać z zastosowaniem podstawowej stawki VAT w wysokości 23%.

Przystępujący podkreślił, że odwołujący dostarcza urządzenia techniczne nie będące same w sobie wyrobami medycznymi (serwery, monitory czy duplikatory) i dlatego odwołujący nie może stosować do takich sprzętów preferencyjnej stawki VAT. Natomiast wykonawca S oferuje finalne moduły np. ArPACS VIEW, które są w całości wyrobami medycznymi, a nie świadczeniami złożonymi czy kompleksowymi. Dlatego wykonawca S może stosować do wyrobów medycznych preferencyjną stawkę 8% VAT i nie stosują się do wykonawcy S przepisy i orzecznictwo oraz argumentacja dotycząca świadczeń złożonych bądź kompleksowych. A więc uzasadnienie odwołującego dotyczące świadczeń złożonych czy kompleksowych nie może być wzięte przez Izbę pod uwagę.

Zintegrowany system medyczny oferowany przez wykonawcę S jest wyrobem medycznym zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2018 r. poz. 2174 ze zm.) w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do tej ustawy i dlatego stosuje się do tego wyrobu medycznego preferencyjną stawkę VAT 8%, gdyż zgodnie z tymi przepisami bez względu na symbol PKWiU stawkę tę stosuje się na »Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika [nr 3 – przyp. Izby]«.

Obecny pogląd Izby w rozpoznawanej sprawie nie jest sprzeczny z orzeczeniami KIO np. w przytoczonym przez odwołującego w wyroku z 29 lipca 2014 r., sygn. akt 1463/14 chodziło o dostawę wyrobu medycznego (tomografu komputerowego) razem z urządzeniami (duplikatorem), które nie stanowiły z tym tomografem systemu medycznego i bez których to urządzeń wyrób medyczny mógł działać, a więc duplikator nie był elementem koniecznym do prawidłowego funkcjonowania wyrobu medycznego (tomografu komputerowego). Dlatego w stanie faktycznym omawianego wyroku z 29 lipca 2014 r., sygn. akt 1463/14 chodziło Izba uznała, że nieprawidłowo została zastosowana preferencyjna stawka VAT na duplikator natomiast w rozpoznawanej sprawie duplikator jest nieodłącznym elementem systemu

medycznego, dlatego należy do niego zastosować preferencyjną stawkę VAT, jak uczynił to prawidłowo wykonawca S.

Podobnie Izba stwierdza, że wykonawca S zaoferował prawidłową stawkę VAT na oferowaną multimodalną stację lekarską (komputer) w pozycji 1b zał. nr 1 do SIWZ – Specyfikacji asortymentowo-cenowej. Izba też stwierdza, że przytoczone orzecznictwo i dowody wskazane przez odwołującego nie przystają do stanu faktycznego w rozpoznawanej sprawie.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

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

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: