

WYROK

z dnia 27 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2018 r. przez **GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, poz. 115, 02-326 Warszawa,**

przy udziale **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciążyć **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, poz. 115, 02-326 Warszawa, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, poz. 115, 02-326 Warszawa** na rzecz **GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** kwotę **18 600 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą wysokość wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, działający w imieniu i na rzecz: Medimet sp. z o.o. we Wrocławiu, Górnośląskiego Centrum Medycznego im. Prof Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa, instalacja i uruchomienie fabrycznie nowej aparatury medycznej: respiratory. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 października 2018r. pod poz. 2018/S 193-435824. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j Dz. U. 2018 r. poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 14 listopada 2018r. Odwołujący - GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Medtronic Poland sp. z o.o. bez uwzględnienia wszystkich podstaw faktycznych skutkujących odrzuceniem oferty Medtronic tj. błędu w obliczeniu ceny polegającym na nieprawidłowo zastosowanej stawce Vat, czyli w efekcie zaniechaniu odrzucenia oferty Medtronic także z innych przyczyn, niż wskazane w uzasadnieniu odrzucenia tej oferty z dnia 7 listopada 2018r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Medtronic z dodatkowych przyczyn tj. błędu w obliczeniu ceny polegającego na nieprawidłowo zastosowanej stawce Vat, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez błędne zastosowanie polegające na niepodaniu w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Medtronic wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia oferty Medtronic, a w szczególności błędu w obliczeniu ceny polegającym na nieprawidłowo zastosowanej stawce Vat.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący podniósł, że Medtronic złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty i w przypadku uwzględnienia odwołania Medtronic, oferta Odwołującego, która została wybrana jako najkorzystniejsza, może zostać sklasyfikowana na drugiej pozycji. Celem zaskarżenia czynności odrzucenia oferty Medtronic jest to, aby w wyniku wniesionego odwołania, ocena oferty Medtronic jako podlegającej odrzuceniu nie uległa zmianie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia uzasadnienia faktycznego decyzji i odrzucenia oferty Medtronic także z uwagi na błąd w obliczeniu ceny polegający na nieprawidłowo zastosowanej stawce Vat.

Podniósł, że Zamawiający, badając ofertę Medtronic pominął istotną okoliczność tj. fakt, że oferta Medtronic zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na błędnie zastosowanej stawce Vat 8% w wierszach 2-4 formularza cenowego. Sama konstrukcja formularza cenowego, w której wyodrębniono oddzielne pozycje dla kosztu samego respiratora oraz dla pozostałych elementów zamówienia, pozwala, zdaniem Odwołującego, na stwierdzenie, że w wierszu 2-4 formularza cenowego Medtronic podał nieprawidłową obniżoną stawkę Vat 8% dla pozycji, które nie dotyczą samego sprzętu medycznego, lecz jedynie usług pobocznych.

W poz. 105 Załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług zostały wymienione „wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Odwołujący podniósł, że definicja wyrobu medycznego nie obejmuje usług pobocznych, w szczególności szkoleń. Na poparcie powołał w odwołaniu orzecznictwo TSUE, NSA oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 7 listopada 2018r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i poinformował o odrzuceniu oferty Medtronic na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że w ofercie Medtronic błędnie została wypełniona tabela cenowa, z której wynika, że cena jednostkowa brutto za 1 respirator obejmuje również inne koszty. W trzech pozycjach tabeli cenowej wykonawca mimo tego, że zamawiający jasno określił, że oczekuje w tym miejscu podania wyłącznie ceny za pozostałe elementy przedmiotu zamówienia dla poszczególnych podmiotów leczniczych takich jak dostawa, montaż, instalacja, uruchomienie, połączenie i wykonanie szkoleń itd. wykonawca podał w tym miejscu cenę ww. części składowych wraz z ceną za same respiratory.

W dniu 9 listopada 2018 r. wykonawca Medtronic wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Pismem z dnia 22listopada 2018 r. Zamawiający poinformował, że unieważnia odrzucenie oferty Medtronic, wybór oferty najkorzystniejszej i w związku z tym unieważnia wynik postępowania dokonany w dniu 7 listopada 2018 r.

Z kolei, w dniu 26 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 387§1kc, z uwagi na fakt, że postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, gdyż postanowienia SIWZ związane z terminami wykonania zamówienia, podmiotami podpisującymi umowę, informacje o programie finansowania oraz fakt przekroczenia terminów realizacji zamówienia – powodują, że nie byłoby możliwe wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał także, jako podstawę unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp - w związku z faktem, że wskutek upływu terminów- brak jest możliwości realizacji umów w zakresie finansowania przedmiotowego wydatku, co powoduje, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania należy oceniać na moment wniesienia odwołania i w tym przypadku sprowadza się on do dążenia do wyeliminowania oferty konkurencyjnej w oparciu o wszystkie podstawy faktyczne i prawne, w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający unieważniając czynność odrzucenia oferty Medtronic przywrócił tego wykonawcę do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oceny istnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp nie zmienia sam fakt unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, które nastąpiło już po wniesieniu odwołania i nie jest jeszcze czynnością prawomocną, bowiem może być zaskarżone w drodze odrębnego odwołania.

Z tych względów, zdaniem Izby, popieranie przez Odwołującego zarzutu zaniechania uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich podstaw odrzucenia oferty Medtronic, mimo unieważnienia czynności odrzucenia oferty Medtronic i unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jest w pełni zasadne.

Spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp skutkuje koniecznością odniesienia się przez Izbę merytorycznie do zarzutu odwołania. Zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Medtronic z dodatkowych przyczyn tj. błędu w obliczeniu ceny polegającego na nieprawidłowo zastosowanej stawce podatku Vat potwierdził się.

W wierszach 2-4 formularza ofertowego Medtronic podał ceny całkowite za „dostawę, montaż, instalację, uruchomienie i połączenie oraz wykonanie szkoleń niezbędnych do właściwego używania przedmiotu umowy wraz z pozostałymi czynnościami opisanymi w SIWZ”, uwzględniające jednolitą stawkę 8% Vat.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obniżoną stawkę podatku Vat w wysokości 8% stosuje się do towarów i usług, wymienionych w Załączniku nr 3 do ustawy. W poz. 105 załącznika wymienione zostały „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”. Nie ulega wątpliwości, że choćby usługi szkoleń nie mogą być objęte preferencyjną stawką podatku Vat, gdyż nie są wyrobem medycznym i stanowią odrębne świadczenie.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił opinię prawno – podatkową PWC z dnia 13 listopada 2017 r., która stanowi dowód w sprawie. Przystępujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i jako uczestnik postępowania odwoławczego nie zajął stanowiska w sprawie, nie przedstawił żadnych wyjaśnień i powodów przyjęcia jednolitej stawki podatku Vat w poz. 2-4 formularza ofertowego, która dotyczy dostaw, montażu, instalacji, uruchomienia, połączenia oraz szkoleń.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że z uwagi na unieważnienie czynności odrzucenia oferty Medtronic i unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 Pzp, odwołanie należy oddalić. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeśli naruszenie przepisów ustawy nie tylko ma, ale także może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Izby zaniechanie odrzucenia oferty Medtronic z pominięciem okoliczności faktycznych wskazanych przez Odwołującego może mieć hipotetyczny wpływ na wynik postępowania, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający w dniu 22 listopada unieważnił czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy, przywracając go do udziału w postępowaniu. Sam fakt unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne nie skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, w szczególności w sytuacji, gdy unieważnienie postępowania nie jest jeszcze czynnością prawomocną a zarzut odwołania potwierdził się.

Wydając wyrok, Izba na zasadzie art. 191 ust. 2 Pzp bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że okoliczność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w dniu 26 listopada 2018 r. jako czynność niwecząca całe postępowanie o zamówienie publiczne, stanowi przeszkodę do nakazania zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Medtronic. Z uwagi na unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, Izba, uznając zarzut odwołania za zasadny mogła wydać jedynie orzeczenie uwzględniające odwołanie bez nakazywania Zamawiającemu dokonania dalszych czynności.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

Przewodniczący: