

Sygn. akt: KIO/UZP 1845/09

WYROK
z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CONSULTRONIX S.A. ul. Raławicka 58, 30-017 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** protestu z dnia 20 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **OK Medical Systems Sp. z o.o. Spółka komandytowa ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **CONSULTRONIX S.A. ul. Raławicka 58, 30-017 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **CONSULTRONIX S.A. ul. Raławicka 58, 30-017 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 974 zł 01 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset siedemdziesiąt cztery złote jeden grosz) przez **CONSULTRONIX S.A. ul. Raławicka 58, 30-017 Kraków** na rzecz **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CONSULTRONIX S.A. ul. Raławicka 58, 30-017 Kraków.**

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

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację systemu diagnostyki obrazowej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. L. Rydygiera w Krakowie, poprzez zakup i instalację nowoczesnych aparatów rentgenowskich (stacjonarnych i przewoźnych), specjalistycznego aparatu USG oraz wprowadzenie systemu ucyfrowienia diagnostyki obrazowej poprzez "stworzenie radiologicznego systemu informatycznego (RIS) zintegrowanego ze szpitalnym systemem informatycznym (HIS), jak również cyfrowej archiwizacji danych obrazowych (PACS)". Ogłoszenie o zamówieniu

zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 175-252334 w dniu 11 września 2009 r.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - złożonej przez OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu.

Wykonawca CONSULTRONIX S.A., który uzyskał drugą pozycję w ramach oceny ofert, wniósł protest wobec tej czynności zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty OK Medical Systems, pomimo jej niezgodności z treścią siwz i przepisami prawa, ograniczenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Wskazał na naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również art. 32 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 35 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w zakresie czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz zasadami współżycia społecznego. Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty OK Medical Systems, powtórzenie oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa i siwz lub unieważnienie postępowania. Podniósł, iż w wybranej ofercie:

1. Zastosowano niewłaściwą stawkę podatku VAT – 7%, zamiast 22%, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności ofert, spowodowało, iż zamawiający nie może porównać ofert w sposób należyty i wybrać oferty. Odwołujący wskazał, że w Formularzu Cenowym pozycji trzeciej (3) Dostawa i montaż aparatu RTG stacjonarnego, dla całości pozycji zastosowano stawkę 7% VAT, pomimo że pozycja ta, zgodnie z zakresem opisanym w zał. Nr 3 do siwz, obejmuje „fartuchy ochronne (Mini Aprons set of 4 sizes with wall support -2E00028/E11071AN) lub podobne - 2 komplety - kolor niebieski”, niebędące wyrobem medycznym, ani elementem kompletu aparatu. Podobnie w pozycji czwartej (4) Dostawa i montaż aparatu RTG cyfrowego pantomograficznego stawkę 7% VAT zastosowano do elementu „fartuch do zdjęć pantomograficznych”, w pozycji piątej (5) Dostawa aparatów RTG przyłóżkowych stawkę 7% VAT zastosowano do elementu „odzież ochronna”, w pozycji szóstej (6) Dostawa aparatów RTG z ramieniem C stawkę 7% VAT zastosowano do elementów „akcesoria - fartuchy ochronne chirurgiczne 8 szt., wieszaki na fartuchy (drewniane) 8 szt., okulary ochronne 4 szt., rękawice 4 pary, osłony na tarczycę 8 szt., osłony na gonady - komplet”. Są to produkty niebędące wyrobami medycznymi, które nie stanowią elementów aparatu i nie są elementem kompletu. Oferta OK Medical Systems nie zawiera dokumentów, certyfikatów

potwierdzających, że są to wyroby medyczne, co skutkuje niemożliwością zastosowania 7% stawki podatku VAT dla tych przedmiotów (zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług), a powinna być zastosowana stawka 22% VAT. Wynika to z klasyfikacji ww. produktów. Załączone do oferty foldery również nie wskazują, iż do tych wyrobów mają zastosowanie przepisy dyrektywy o wyrobach medycznych nr 93/42/WE. Brak jest także potwierdzenia ich zgłoszenia bądź rejestracji w Urzędzie Rejestracji Wyrobów Medycznych. Zgodnie z pkt VIIIg4 siwz wykonawca powinien do oferty dołączyć dokumenty dopuszczające wyroby do obrotu – deklaracje zgodności produktu z dyrektywą 89/686/WE. Zdaniem odwołującego zastosowana stawka 7% dla wskazanych wyrobów stanowi błąd w obliczeniu ceny, który powoduje konieczność odrzucenia oferty. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2003 roku (sygn. akt V Ca 222/03) oraz orzecznictwo KIO. Wskazał, iż oferta OK Medical Systems zawiera zaniżoną cenę ze względu na zastosowaną preferencyjną stawkę podatku VAT, co powoduje brak możliwości prawidłowego porównania tej oferty z pozostałymi. Zaniechanie odrzucenia oferty przez zamawiającego stanowi działanie, które wyczerpuje przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. W ofercie OK Medical Systems dokonano wyceny jednego ze składników oferty, wskazanego w poz. 11 Formularza Cenowego, tj. „Rozbudowa systemu radiologicznego” na kwotę 10 000,00 zł brutto, podczas gdy oferta odwołującego w tej pozycji wyceniona została na kwotę 113 386,34 zł brutto. Wskazuje to, iż podana w wybranej ofercie kwota jest nierealna - niemożliwe jest wykonanie rozbudowy systemu radiologicznego za tę kwotę. Twierdzenie powyższe odwołujący oparł na doświadczeniu i wiedzy, wynikającej z kontaktów handlowych. Wskazane okoliczności wyczerpują w ocenie odwołującego przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Odwołujący przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt V CA 1020/02) wskazujące, iż zaniżenie ceny elementu oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem utrudnia dostęp do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, a także orzecznictwo KIO.

Odwołujący zgłosił żądanie ewentualne unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, z uwagi na naruszenie art. 32 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, co prowadzi do wypełnienia przesłanek z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenie art. 25 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 Pzp. Podkreślił, iż zamawiający jest zobowiązany badać w ofertach prawidłowość zastosowanej przez wykonawców stawki podatku od towarów i usług (VAT).

Wykonawca OK Medical Systems Sp. z o.o. Spółka komandytowa przyłączył się do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu, wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający oddalił protest. Wyjaśnił, że nie wskazano w siwz wymaganej stawki podatku VAT, więc po stronie wykonawcy leżało ustalenie jej wysokości w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma prawa oceniać zastosowania właściwej stawki podatku VAT, gdyż nie jest organem podatkowym. Stwierdził, iż wykonawca OK Medical Systems potraktował elementy ochrony osobistej, jako wchodzące w skład danego aparatu, co jest zgodne z definicją wyrobu medycznego w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych, przywołał przepisy art. 3 ust. 1 pkt. 17, art. 3 ust. 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 15 ww. ustawy. Wyjaśnił, iż użytkowanie aparatury rentgenowskiej, zgodnie z obowiązującymi normami i standardami, wymaga stosowania odzieży, fartuchów i osłon ochraniających pewne elementy ciała (tarczyca, gonady). Zamawiający ma obowiązek zabezpieczenia personelu w tego typu środki ochronne. Są to elementy, bez których nie jest możliwe wykonywanie badań. Stanowią więc w tym sensie element składowy aparatu, konieczny do jego prawidłowego funkcjonowania. Zamawiający poinformował, iż w siwz w pkt VIII 3g4 określono wymóg dołączenia świadectw dopuszczenia do obrotu produktów niepodlegających ustawie o wyrobach medycznych, które ww. wykonawca dołączył do oferty.

Zamawiający wskazał, że cena środków ochrony osobistej jest znikoma w stosunku do całości oferty wynoszącej ponad 5 mln zł. Ponadto, gdyby nawet zastosować stawkę VAT 22% na tych środkach, to oferta OK Medical Systems i tak byłaby tańsza od oferty odwołującego.

Zarzut dotyczący wyceny świadczenia rozbudowy systemu radiologicznego zamawiający uznał także za niezasadny. Stwierdził, iż wymagał dołączenia do oferty oświadczenia firmy ESAPROJEKT Sp. z o.o. w zakresie zgody na integrację systemu funkcjonującego w Szpitalu im. Jana Pawła II w Krakowie z oferowanym w przetargu oprogramowaniem do diagnostyki obrazowej oraz że taka integracja jest możliwa pod względem technicznym (siwz pkt VIII/3k). Obaj wykonawcy złożyli wymagane oświadczenie. W ocenie zamawiającego uzyskanie zgody wymaga współpracy z firmą ESAPROJEKT Sp. z o.o., a w związku z tym cena świadczenia także musi być wynikiem stosownych porozumień.

Wykonawca CONSULTRONIX S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również art. 32 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 35 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 5 k.c. Odwołujący wniósł o nakazanie odrzucenia oferty OK Medical

Systems oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał te same, jak w proteście, okoliczności faktyczne na poparcie naruszenia przepisów prawa. W ocenie odwołującego, zamawiający nie chce lub nie ma wiedzy, aby poprawnie zinterpretować przepisy ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych. Podkreślił, iż wskazane przedmioty nie są wyrobami medycznymi i nie są niezbędne do używania wyrobów medycznych. Nie stanowią one wyposażenia aparatu lecz są wymagane przepisami i normami związanymi z ochroną pracowników i pacjentów lub stanowią normalne logistyczne wyposażenie pracowni. Zdaniem odwołującego fakt, iż cena oferty pozostałaby na tej samej pozycji przy naliczeniu wyższej stawki VAT nie ma wpływu na ocenę oferty, w której zastosowano nieprawidłową stawkę VAT. Zdaniem odwołującego powyższe potwierdza, iż zamawiający wybrał ofertę OK Medical Systems z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Ponadto, zamawiający wbrew swemu obowiązkowi nie zbadał kwestii zniżenia przez tego wykonawcę ceny elementu oferty w zakresie rozbudowy systemu radiologicznego.

Wykonawca OK Medical Systems Sp. z o.o. Spółka komandytowa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa, interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku.

Odnosząc się do podniesionego przez odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez OK Medical Systems jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, Izba uznała, zarzut powyższy za niezasadny. W konsekwencji, w ocenie Izby, nie ma podstaw do

stwierdzenia, iż w postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, konkurencyjności ofert i możliwości prawidłowego porównania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryterium ustalonym w postępowaniu.

Izba podziela w zupełności pogląd, iż zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, tj. przesłankę odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W związku z powyższym, badanie ofert w tym zakresie stanowi obowiązek zamawiającego.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt XV siwz wykonawcy zobowiązani byli do przygotowania formularza cenowego zgodnie z tabelą, której wzór zamawiający wskazał w specyfikacji. Ponadto zamawiający wskazał, iż:

- podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania określone w siwz oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należnej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, tj.: cena musi zawierać wszystkie składowe związane z dostawą do siedziby zamawiającego, w miejscu przez niego wskazanym, cena netto musi zawierać: koszty montażu i uruchomienia aparatów, koszty instalacji oprogramowania, dostosowania pomieszczeń, transportu, ubezpieczenia, opakowania oraz wszelkie inne składowe za wyjątkiem podatku VAT, stawka podatku VAT musi być wyszczególniona w osobnej rubryce,
- cena oferty powinna zawierać w sobie upusty oferowane przez danego wykonawcę oraz wszystkie dodatkowe koszty (np. wymagane podatki, ewentualne opłaty dodatkowe, itp),
- cenę oferty należało określić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, stosownie do przepisu § 9 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom (...), Dz. U Nr 95, poz. 798. Cenę oferty zaokrąglą się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 gr pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrąglą się do 1 grosza.

Zamawiający nie podał w specyfikacji stawki podatku VAT, którą należy zastosować do przedmiotu zamówienia, lecz wskazał, że kwotę podatku VAT należy obliczyć zgodnie z zasadami ustawy o podatku od towaru i usług z 11 marca 2004 r. (Dz. U. nr 54, poz. 535 z późniejszymi zmianami).

Zgodnie z punktem VIII g siwz oferta musiała zawierać świadectwa dopuszczenia do obrotu:

- deklarację zgodności CE producenta w odniesieniu do wszystkich klas wyrobu medycznego,
- certyfikat jednostki notyfikującej w odniesieniu do klasy wyrobu medycznego: I sterylna, I z funkcją pomiarową; II a, II b, III),

- wpis/zgłoszenie do Rejestru Wyrobów Medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i używania (nie dotyczy klasy wyrobu medycznego I i IIa pod warunkiem, że pierwsze jego wprowadzenie nastąpiło w innym niż Polska kraju Unii Europejskiej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (w takim przypadku należało złożyć stosowne wyjaśnienie);

W przypadku produktów, które nie podlegają przepisom ww. ustawy o wyrobach medycznych, wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty inne niż wyżej wymienione, odpowiednie dokumenty dopuszczające te produkty do obrotu i stosowania oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (np. ulotkę informacyjną, aktualny katalog zawierający dokładny opis).

Zamawiający wymagał złożenia w ofercie formularza cenowego w formie tabeli, w której należało „oddzielnie wycenić wszystkie elementy wchodzące w skład oferty tj. roboty budowlane, aparaturę medyczną (poszczególne aparaty), oprogramowanie komputerowe oraz integrację systemu informatycznego”, dla których szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia opisano w poszczególnych załącznikach do siwz.

Przedmiot zamówienia w badanym postępowaniu obejmuje dostawę i montaż m.in. wyrobów medycznych takich jak: aparat RTG stacjonarny – zakres szczegółowy przedmiotu został opisany w załączniku nr 3 do siwz, aparat RTG cyfrowy pantomograficzny, aparaty RTG przyłóżkowe, aparaty RTG z ramieniem C, które objęte są stawką 7 % podatku VAT, co nie było sporne pomiędzy stronami. W ofercie OK Medical Systems wyżej wymienione wyroby zostały wskazane w formularzu cenowym, odpowiednio w pozycjach nr 3, 4, 5 i 6. Dla tych pozycji wykonawca zastosował stawkę podatku VAT w wysokości tj. 7%. W ramach ww. pozycji wykonawca uwzględnił również koszty dostawy środków ochrony osobistej tj. fartuchów ochronnych, fartucha do zdjęć pantomograficznych, odzieży ochronnej, akcesoriów - fartuchy ochronne chirurgiczne, wieszaki na fartuchy, okulary ochronne, rękawice, osłony na tarczycę, osłony na gonady.

W świetle obowiązujących przepisów zamawiający nie ma obowiązku wskazania w specyfikacji stawki podatku VAT, którą należy zastosować do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający wskazał jednoznacznie w siwz, iż kwotę podatku VAT należy obliczyć zgodnie z zasadami obowiązującej ustawy o podatku od towaru i usług. Wyłącznie oferty spełniające ten wymóg mogą być porównywane w toku oceny ofert. Zgodzić się należy w tym zakresie z odwołującym, iż w przeciwnym razie nastąpiłoby naruszenie w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazać przy tym należy, iż to na wykonawcy spoczywa ustawowy obowiązek zastosowania podatku w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami, a w związku z tym obliczenia i wskazania w ofercie ceny uwzględniającej stawkę podatku VAT wynikającą z obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 1 Pzp cenę należy rozumieć

stosownie do brzmienia art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.).

Wymagania siwz w zakresie złożenia dokumentów odnoszących się do wyrobów medycznych oraz rodzaj złożonych w ofercie wykonawcy OK Medical Systems dokumentów dla środków ochrony osobistej nie przesądza o obowiązującej dla tych produktów stawki podatku VAT. Na marginesie tylko należy wskazać, że zgodnie z wymogiem określonym w pkt VIII 3g4 siwz wykonawca OK Medical Systems dołączył do oferty wymagane przez zamawiającego certyfikaty dopuszczające środki ochrony osobistej do używania, zgodnie z wymaganiami bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz deklaracje zgodności. Fakt złożenia wymaganych dokumentów nie był kwestionowany przez odwołującego.

Zagadnieniem o istotnym znaczeniu dla rozstrzygnięcia zarzutu, jest: czy kwestionowane przez odwołującego elementy przedmiotu zamówienia mogą być zakwalifikowane jako wyroby dla których stawka podatku VAT w wysokości 7% jest prawidłowa biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia.

Zastrzegając, iż w kompetencji Izby nie leży wydawanie interpretacji przepisów prawa podatkowego oraz dokonywanie oceny czy wyroby kwestionowane przez odwołującego stanowią wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 17 ustawy o wyrobach medycznych pod pojęciem wyrobu medycznego należy rozumieć: narzędzie, przyrząd, aparat, sprzęt, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, włączając oprogramowanie niezbędne do właściwego stosowania wyrobu, przeznaczone przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: diagnozowania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu chorób, diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania urazów lub upośledzeń, badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej. Niewątpliwie oferowana w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne aparatura medyczna - aparaty rentgenowskie (stacjonarne i przewoźne) oraz specjalistyczny aparat USG spełnia definicję wyrobu medycznego określoną w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896) i stosownie do art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535), oraz zgodnie z treścią załącznika nr 3 (pozycja 106) do ww. ustawy, podlega opodatkowaniu stawką 7%.

Ustawa o wyrobach medycznych zawiera w art. 3 ust. 3 definicję wyrobu medycznego w szerokim rozumieniu. Ww. przepis wskazuje, że "ilekroć w ustawie jest mowa o wyrobie medycznym, bez bliższego określenia, należy przez to rozumieć wyrób medyczny do różnego przeznaczenia (...) oraz wyposażenie wyrobu medycznego do różnego

przeznaczenia (...). Zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt. 15 ww. ustawy o wyrobach medycznych przez "wyposażenie wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia" - należy rozumieć „przedmioty, które nie będąc wyrobami medycznymi, są przeznaczone do stosowania z tymi wyrobami, umożliwiając ich używanie zgodnie z zastosowaniem przewidzianym przez wytwórcę wyrobu medycznego". Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż kwestionowane przez odwołującego wyroby (środki ochrony osobistej) które, zgodnie z treścią art. 2 pkt 5 ww. ustawy o wyrobach medycznych zostały wyłączone spod stosowania ww. ustawy, a zatem nie są wyrobami medycznymi, są przeznaczone do stosowania z aparatami medycznymi stanowiącymi przedmiot zamówienia, umożliwiając ich używanie zgodnie z zastosowaniem przewidzianym przez wytwórcę oraz wymogami w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Izba, opierając się na interpretacji indywidualnej Ministra Finansów z dnia 21 grudnia 2009 r., złożonej przez OK Medical Systems na rozprawie, uznała, że przedmioty zaoferowane wraz z aparatami rtg - fartuchy ochronne, fartuch do zdjęć pantomograficznych, odzież ochronna, akcesoria - fartuchy ochronne chirurgiczne, wieszaki na fartuchy, okulary ochronne, rękawice, osłony na tarczycę, osłony na gonady, jeżeli są przeznaczone do używania łącznie z ww. aparatami medycznymi i są niezbędne w celu prawidłowego użytkowania tych wyrobów medycznych, to podlegają opodatkowaniu stawką 7%. Taką interpretację potwierdza również art. 1 ust. 1 Dyrektywy z dnia 27 października 1998 r. w sprawie wyrobów medycznych (...) (98/79/WE), którą implementuje ustawa o wyrobach medycznych, zgodnie z którym „[...] wyposażenie dodatkowe jako takie będzie traktowane jako wyroby medyczne [...]” Za przyjęciem powyższej stawki podatku VAT jako prawidłowej dla wskazanych powyżej elementów przedmiotu zamówienia przemawiają dodatkowo okoliczności, iż:

Po pierwsze – zamówienie obejmuje dostawę i montaż aparatury medycznej wraz z przedmiotami towarzyszącymi umożliwiającymi prawidłowe użytkowanie tej aparatury. Należy zatem uznać, iż jest to złożony przedmiot zamówienia, w którym podstawowym przedmiotem są wyroby medyczne, objęte preferencyjną stawką VAT. Jak wskazał ETS w orzeczeniu w sprawie Card Protection Plan (CPP) C-349/96, świadczenia, które z ekonomicznego punktu widzenia stanowią całość, nie powinny być sztucznie dzielone. Różne czynności powinny być zatem postrzegane jako jedno świadczenie, w sytuacji gdy jeden lub więcej elementów stanowi usługę zasadniczą a inne elementy – usługę pomoczną. O usłudze pomocniczej możemy mówić wówczas, gdy dana czynność nie jest dla nabywcy celem samym w sobie, ale służy lepszemu wykorzystaniu usługi zasadniczej. W takiej sytuacji świadczenie pomocnicze dzieli podatkowy los świadczenia głównego. Koncepcja ta była rozwijana i częściowo modyfikowana w kolejnych orzeczeniach Trybunału, m.in. w sprawach C-41/04 Levob Verzekeringen BV C-572/07, RLRE Tellmer Property Sro, czy też C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd. Powyższe orzeczenia ETS, jako element

prawa wspólnotowego, stały się podstawą wyroków polskich sądów administracyjnych. Podobnie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z dnia 5 listopada 2006 r., sygn. akt I FSK 945/05 wskazał, iż w przypadku takiego rodzaju czynności o kompleksowym charakterze, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej.

Po drugie – zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawienie w formularzu cenowym oferty elementów oferty wskazanych przez zamawiającego jako główne elementy przedmiotu zamówienia, których szczegółowy zakres został opisany w załącznikach do siwz, spełnia wymagania określone w specyfikacji. Stosownie do zalecenia zamawiającego należało wycenić, a zatem przyjąć też stawkę podatku VAT, określone pozycje obejmujące podstawowe elementy przedmiotu zamówienia, co zapewniało porównywalność ofert w celu dokonania ich oceny wg ustalonego w postępowaniu kryterium (cena 100%). W ten sposób wycena przedmiotu zamówienia została dokonana w ofercie OK Medical Systems.

W świetle powyższego, nieuprawnione jest twierdzenie, że oferta OK Medical System zawiera błąd w obliczeniu ceny ze względu na zastosowaną niewłaściwą stawkę podatku VAT.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez OK Medical Systems z uwagi na rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 z późn. zm.) polegający na utrudnieniu odwołującemu dostępu do rynku, poprzez zaoferowanie zaniżonej ceny za usługę stanowiącą jeden z elementów zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w siwz w pkt III.2 określił zakres i harmonogram modernizacji systemu diagnostyki obrazowej w Szpitalu im. L. Rydygiera w Krakowie, gdzie wskazał integrację danych elektronicznych z systemem informatycznym Szpitala im. Jana. Pawła II w Krakowie, zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 11 do specyfikacji. W ofercie OK Medical System dokonano wyceny tego elementu oferty (pozycja 11 formularza cenowego) „Rozbudowa systemu radiologicznego” na kwotę 10 000 zł brutto. Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił w postępowaniu, iż powyższa cena elementu przedmiotu zamówienia przesądza o możliwości uznania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia tj. przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W świetle dotychczasowego orzecznictwa KIO nie budzi wątpliwości konieczność wykazania, w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, iż cena oferty, w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest nierealna tj. nie umożliwia należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu odwołujący nie odnosił zarzutu do ceny oferty za cały przedmiot zamówienia. Oparł swoje twierdzenia wyłącznie na porównaniu ceny jednego elementu oferty tj. wykonania rozbudowy systemu radiologicznego, do wyceny tej pozycji we własnej ofercie (113 386.34 zł). W ocenie Izby, powyższy fakt, choć bezsporny, nie dowodzi nierealności ceny oferty złożonej przez OK Medical Systems w postępowaniu. Izba ustaliła, iż cena tej oferty jest wyższa o około 250 000,00 zł w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez zamawiającego i powiększonej o podatek VAT. Ponadto, ceny obu ofert złożonych w postępowaniu stanowią kwoty przekraczające 5 mln złotych, a różnica w cenach wynosi około 8 %. Obaj wykonawcy, w tym OK Medical System złożył w ofercie wymagane oświadczenie firmy ESAPROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w sprawie wyrażenia zgody na integrację systemu opracowanego przez tę firmę z oferowanym w tym postępowaniu oprogramowaniem do diagnostyki obrazowej oraz że taka integracja jest możliwa pod względem technicznym. Wykonawca OK Medical Systems złożył również zobowiązanie ESAPROJEKT Sp. z o.o. do udostępnienia mu potencjału technicznego i kadrowego w celu realizacji zamówienia, co uprawdopodobnia możliwość należytego wykonania zamówienia w omawianym zakresie. W ocenie Izby, ustalone okoliczności przeczą zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez OK Medical Systems w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba zważyła, iż odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie powyższego zarzutu, a stosownie do wyrażonej w art. 6 k.c. zasady - ciężar udowodnienia faktu spoczywa na twierdzącym.

W ocenie Izby, zaniżona cena elementu oferty – jeśli nie budzi wątpliwości fakt sprzedaży usługi lub produktu poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia - może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, wówczas, gdy działanie to jest podejmowane w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że zachodzą przesłanki do uznania, iż zaoferowanie elementu przedmiotu zamówienia za cenę 10 000,00 zł stanowi zarzucany przez odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji. Z przedstawionych względów Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp.

Izba nie badała naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 32 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 35 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 5 k.c. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie naruszenia powyższych przepisów. Okoliczności dotyczące podstaw, sposobu oraz terminu ustalenia

przez zamawiającego wartości przedmiotowego zamówienia nie były podnoszone przez odwołującego jako przedmiot sporu w toku postępowania. Ponadto w toku rozprawy odwołujący odstąpił od popierania odwołania w tym zakresie.

Wobec dokonanych ustaleń Izba uznała, że oferta złożona przez OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa nie podlega odrzuceniu. W konsekwencji, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust 1 Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa jako najkorzystniejszej.

Biorąc za podstawę ustalony w toku postępowania stan rzeczy, uzasadniający oddalenie odwołania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 2 760,01 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 214,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....