

WYROK
z dnia 1 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r. przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Regionalny Szpital w Kołobrzegu;**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 5 - Tomograf komputerowy, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej w tym zadaniu przez wykonawcę: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 5;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Regionalny Szpital w Kołobrzegu**, 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**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu** na rzecz wykonawcy: **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koszalinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Regionalny Szpital w Kołobrzegu (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wyrobów medycznych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa z rozbudową Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z przebudową Centrum Diagnostyczno-Obrazowego oraz pozostałe pracownie diagnostyczne w zakresie: Przebudowa Centrum Diagnostyczno - Obrazowego wraz z zakupem aparatury i sprzętu medycznego oraz zakupem pozostałego wyposażenia”; nr referencyjny EP/44/2019 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Zgodnie z Rozdziałem I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) zamawiający, w przedmiotowym zamówieniu, dopuścił składanie ofert częściowych. Zaznaczono, że wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub pięć części zamówienia. Złożone odwołanie dotyczyło zadania nr 5 - Tomograf komputerowy (1 szt.).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 249-617745.

W dniu 9 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący” lub „GE Medical”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania nr 5 - Tomograf komputerowy, pomimo że oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 5 - Tomograf komputerowy, pomimo że została w nim złożona przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 5
- Tomograf komputerowy;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 5
- Tomograf komputerowy;
3. dokonanie ponownej oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że pismem z 26 lutego 2020 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podniósł następujące okoliczności: (i) wskazał na formularz cenowy, w którym żądał podania ceny jednostkowej netto, stawki VAT, ceny jednostkowej brutto a także wartości netto, wartości VAT i wartości brutto przedmiotu zamówienia, nie precyzując jednak jakie wywodzi z tego skutki prawne; (ii) powołał się na wyjaśnienia treści SIWZ, tj. odpowiedź na nienumerowane pytanie, znajdujące się w tabeli pisma z 23 stycznia 2020 r. między pytaniem 24 i 25, dotyczące dodania w formularzu cenowym wierszy, w których zostaną podane kwoty netto i brutto wynikające ze zróżnicowanych stawek podatku VAT. Wówczas zamawiający oświadczył, że: „Ad. 1 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia obejmuje ono zakup wyrobów medycznych. Zamawiający nie widzi możliwości rozdziału formularza cenowego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa określonych wyrobów medycznych. W ramach zakupu poszczególnych wyrobów medycznych wykonawca zobowiązany jest do montażu urządzeń i przeszkolenia personelu. Z uwagi na specyfikę sprzętu nie może on być jedynie dostarczony bez montażu i odpowiedniego przeszkolenia. W związku z tym wymóg w zakresie montażu i przeszkolenia jest związany bezpośrednio z zakupem danego wyrobu medycznego” oraz odpowiedź na pytanie 3 z 6 lutego br., gdzie powtórzył swoje stanowisko zawarte w piśmie z 23 stycznia 2020 r. (cytowane powyżej).

Na tej podstawie zamawiający stwierdził, że nie wyraził zgody na wskazanie dwóch stawek VAT dla zamówienia na wyroby medyczne, na co wykonawcy nie wnieśli odwołania. W rezultacie uznał, że przystępujący do postępowania wykonawcy zgodzili się z interpretacją zamawiającego, że przedmiotem zamówienia jest zakup określonych wyrobów medycznych i powinna być zastosowana stawka VAT przewidziana dla wyrobów medycznych. Zamawiający zarzucił odwołującemu, że samodzielnie wprowadził do formularza cenowego, będącego załącznikiem do SIWZ, podział stawek VAT na dwie wartości 8% i 23%, a takie rozbieżności jest niezgodne z jego wymogami i stanowi podstawę uznania oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Jako, że zamawiający z podobnych przyczyn odrzucił również drugą ofertę na zadanie nr 5, konsekwentnie unieważnił postępowanie w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że nie zgadza się z dokonanymi czynnościami, a to z następujących przyczyn. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce jedynie w przypadku stwierdzenia, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Konieczne jest zatem wskazanie konkretnych postanowień SIWZ statuujących określone oczekiwania zamawiającego względem treści oferty, a następnie skonfrontowanie go z ofertą. Jeśli w wyniku tego porównania okaże się, że zobowiązanie wykonawcy zostało wyrażone w sposób nie gwarantujący realizacji wszystkich postulatów SIWZ - wówczas oferta podlega odrzuceniu. W tym kontekście należy również wspomnieć czym jest „treść oferty” oraz „treść SIWZ”. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego) - por. wyrok KIO z 6 marca 2013 r., sygn. akt KIO 401/13.

W ocenie odwołującego niespornym jest, iż złożył ofertę odpowiadającą opisowi przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Odwołujący potwierdził wszystkie wymagania stawiane przez zamawiającego, oferując świadczenie adekwatne do jego oczekiwań wynikających z SIWZ. Odrzucenie oferty nastąpiło wyłącznie z powodu rzekomo błędnego wypełnienia załącznika nr 2 - formularza cenowego. Jednocześnie zdaniem zamawiającego źródłem wzorca w tym zakresie pozostają cytowane dwie odpowiedzi na pytania do SIWZ oraz postanowienia rozdziału X ust. 2 SIWZ. Żadnych innych referencyjnych wymagań zamawiający nie przytoczył w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Są one jedynym punktem odniesienia w niniejszej sprawie, a tym samym na nich muszą się koncentrować zarzuty odwołania.

Na tym polu należy jednak, zdaniem odwołującego, wytknąć zamawiającemu poważne błędy. Przede wszystkim na gruncie wspomnianych pytań i odpowiedzi nie sposób było przyjąć, że zamawiający zakazał zastosowania dwóch stawek VAT na oferowany przedmiot zamówienia. Udzielając odpowiedzi zamawiający oświadczył, że zamówienie obejmuje „zakup wyrobów medycznych” oraz, że w ramach tego zakupu „wykonawca zobowiązany jest do montażu urządzeń i przeszkolenia personelu”. W rezultacie stwierdził, że „nie widzi możliwości rozdziału formularza cenowego”. W żadnej odpowiedzi, ani tym bardziej w treści SIWZ, zamawiający nie określił, że wykonawcy mają obowiązek zastosowania jednej stawki VAT - właściwej dla wyrobów medycznych. Nie wynikało to również ze wzoru formularza cenowego, w którym wykonawcy samodzielnie określali stawkę i wartość podatku VAT.

Ponadto, w odpowiedziach na pytania zamawiający podkreślał, że przedmiot zamówienia obejmuje zakup wyrobów medycznych. Nie oznacza to jednak, że w zakresie przedmiotu zamówienia nie znajdują się urządzenia nie będące wyrobami medycznymi. Załącznik nr 1 określa co stanowi przedmiot zamówienia i wynika z niego ewidentnie, że są to również świadczenia, które podlegają stawce 23%. Zamawiający odpowiedziami na pytania nie ograniczył zakresu zamówienia wyłącznie do wyrobów medycznych, ich montażu oraz szkoleń. Nie było zarazem powodów do wniesienia odwołania na wyjaśnienia do SIWZ, gdyż zamawiający odnosił się w nich konsekwentnie do wyrobów medycznych, nie rozstrzygając żadnych kwestii dotyczących pozostałych elementów zamówienia. Trzeba podkreślić, że zamawiający udzielił dwukrotnie takiej samej odpowiedzi, nigdy nie wskazując wprost, że narzuca określoną stawkę VAT (w szczególności stawkę 8% odpowiadającą dostawie wyrobów medycznych), tudzież zakazuje zastosowania dwóch różnych. Również aktualne stwierdzenie zawarte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty - brak zgody na wskazanie dwóch stawek VAT dla zamówienia na wyroby medyczne - potwierdza powyższe.

Zamawiający wyraźnie odnosi wspomniany zakaz do wyrobów medycznych. Odwołujący natomiast nie kwestionuje, iż wyroby medyczne podlegają jednej stawce VAT - 8%. Taką też zastosował do tej części przedmiotu zamówienia. Na sprzęt nie będący wyrobami medycznymi (np. duplikator płyt CD/DVD) oraz na usługi (np. integracja RIS/HIS, PACS) przyjął zaś, zgodnie z obowiązującymi przepisami, stawkę 23%.

Odwołujący odniósł się do postanowień Rozdziału X SIWZ - Sposób obliczenia ceny zwracając uwagę, że również nie wynika z nich żaden nakaz zastosowania określonej stawki podatku VAT. Wskazany przez zamawiającego ust. 2 odnosi się do obowiązku uwzględnienia w cenie wszystkich kosztów i składników związanych z wykonaniem każdej z części zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego. Zarazem w ust. 3 zamawiający zastrzegł, że wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia formularza cenowego i określenia w nim cen za „wszystkie elementy zamówienia”. Te elementy to akcentowane przez zamawiającego wyroby medyczne oraz inne świadczenia składające się na przedmiot zamówienia i objęte zakresem załącznika nr 1 do SIWZ.

W świetle tych faktów nie sposób stwierdzić, że odwołujący błędnie przygotował załącznik nr 2 - Formularz cenowy. Wypełnione zostały wszystkie rubryki we wzorze. Stosownie do odpowiedzi na pytania nie wprowadzono do formularza żadnych modyfikacji, w szczególności nie rozbito jednej zbiorczej pozycji „Tomograf komputerowy”. Zamawiający dwukrotnie w trakcie postępowania zaznaczał jedynie to, że nie widzi możliwości rozdziału formularza cenowego, czyli zaprezentowania przedmiotu oferty inaczej niż opisuje to załącznik nr 2. Jednocześnie nigdy nie wypowiedział się, a tym bardziej nie przesądził, odnośnie właściwej stawki podatku VAT. Wykonawcy indywidualnie decydowali o tym jaką zastosować stawkę. Powyższe pozostaje w zgodzie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności

za prawidłowe określenie stawki podatku od towarów i usług, a następnie wyliczenie wartości należnego podatku VAT. Obowiązek określenia dla danego towaru lub usługi prawidłowej stawki VAT spoczywa zawsze na podatniku - dostawcy towaru czy usługi. To podatnik powinien zatem ustalić, czy sprzedawany przez niego towar (lub wykonywana usługa) mogą korzystać ze stawki obniżonej, tudzież ze zwolnienia z VAT. Zamawiający tej reguły nie zmienił.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ, z uwzględnieniem właściwych stawek podatku VAT. Nie powinna być więc ona odrzucona. W konsekwencji postępowanie nie zasługiwało na unieważnienie, bowiem złożona została przynajmniej jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu.

Zamawiający, w dniu 10 marca 2020 r., poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 16 kwietnia 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie oświadczając, że nie uwzględnia zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią odpowiedzi na pytania skierowane przez wykonawców do treści SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treścią pisma z 26 lutego 2020 r. informującego o odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu w zadaniu 5, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu dla zadania opisanego jako nr 5 i ubiega się o zamówienie. Jego oferta została przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że w postępowaniu nie została złożona co najmniej jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania zamawiający zobowiązany będzie do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a oferta odwołującego zostanie poddana ocenie. Tym samym ma on szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści odpowiedzi na pytania skierowane przez wykonawców do SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treści pisma z 26 lutego 2020 r. informującego o odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp pn. „Zakup wyrobów medycznych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa z rozbudową Szpitalnej Izby Przyjęć wraz z przebudową Centrum Diagnostyczno - Obrazowego oraz pozostałe pracownie diagnostyczne w zakresie: Przebudowa Centrum Diagnostyczno-Obrazowego wraz z zakupem aparatury i sprzętu medycznego oraz zakupem pozostałego wyposażenia”. Zgodnie z Rozdziałem I SIWZ zamawiający dopuścił w przedmiotowym zamówieniu możliwość składania ofert częściowych. Zaznaczono, że wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub pięć części zamówienia. Przedmiotem zamówienia w zadaniu 5 był tomograf komputerowy, natomiast szczegółowy opis elementów składających się na przedmiotową część zawarto w załączniku nr 1 do SIWZ.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający w SIWZ, Rozdział X - Sposób obliczenia ceny oferty opisał sposób kalkulacji ceny w następujący sposób: (i) Cena oferty, w zakresie każdego zadania z osobna, uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT jeżeli występuje; (ii) Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem każdej z części zamówienia - poszczególnych zadań oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego; (iii) Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia formularza cenowego i określenia w nim cen za wszystkie elementy zamówienia. W przypadku rozbieżności pomiędzy ceną łączną brutto wskazaną w załączniku nr 2 formularz cenowy a ceną łączną brutto podana na Platformie, Zamawiający za obowiązującą uznawać będzie cenę wskazaną w załączniku nr 2 do siwz; (iv) Cena może być tylko jedna za oferowaną część przedmiotu zamówienia - poszczególne zadania, nie dopuszcza się wariantowości cen; (v) Cena nie ulega

zmianie przez okres ważności oferty (związania ofertą); (vi) Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie w formularzu ofertowym; (vii) Wszystkie ceny w ofercie powinny być wyliczone do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia - poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę); (viii) Jeżeli cena podana liczbą nie odpowiada cenie podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę podaną słownie; (ix) Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w walucie PLN; (x) Cena musi być wyrażona w złotych polskich niezależnie od wchodzących w jej skład elementów. Tak obliczona cena będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty; (xi) Cena podana w ofercie musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w niniejszej SIWZ. Zgodnie z SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali, wraz z ofertą, złożyć Formularz cenowy, który zawierał następujące pozycje: nazwa przedmiotu zamówienia: Tomograf komputerowy (ilość - 1 szt.); cena jednostkowa netto; VAT; cena jednostkowa brutto; wartość netto; wartość VAT; wartość brutto.

Ponadto, jak ustalił skład orzekający, w toku postępowania wykonawcy zadawali pytania do treści SIWZ. Pismem z 23 stycznia 2020 r. zamawiający udzielił m.in. wyjaśnień w zakresie dotyczącym Załącznika nr 2 - Formularza cenowego. Na pytanie: „Czy w formularzu cenowym w przypadku mieszanej stawki VAT (np. 8 i 23) w pozycji przewidzianej na kwoty netto i brutto należy podać odpowiednio wartość netto i brutto odpowiadającej danej stawce podatku VAT? Prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku gdy w danej pozycji formularza cenowego mają zastosowanie różne stawki podatku VAT, zamawiający dopuszcza możliwość dodania wierszy (oznaczonych np. 1a, 1b), w których podane zostaną kwoty netto i brutto, wynikające ze zróżnicowanych stawek podatku VAT”, zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia obejmuje ono zakup wyrobów medycznych. Zamawiający nie widzi możliwości rozdziału formularza cenowego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa określonych wyrobów medycznych. W ramach zakupu poszczególnych wyrobów medycznych wykonawca zobowiązany jest do montażu urządzeń i przeszkolenia personelu. Z uwagi na specyfikę sprzętu nie może on być jedynie dostarczony bez montażu i odpowiedniego przeszkolenia. W związku z tym wymóg w zakresie montażu i przeszkolenia jest związany bezpośrednio z zakupem danego wyrobu medycznego”. Jednocześnie, w wyjaśnieniach treści SIWZ z 6 lutego 2020 r. na pytanie: „Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 20.1 (strona nr 6 odpowiedzi) nie dopuścił zaoferowania produktów ani usług z inną stawką podatku VAT niż 8%. Należy zauważyć, że Zamawiający wymaga integracji wymaganego tomografu z systemem RIS/PACS oraz wykonania projektu osłon stałych, jak również wymaga zaoferowania wyposażenia tomografu, które nie jest klasyfikowane jako wyrób medyczny (np. duplikator), co nie jest niezbędne do prawidłowej

pracy urządzenia, nie jest z nim również integralnie i nierozzerwalnie połączone i w związku z tym nie podlega preferencyjnej stawce podatku VAT. Czy w związku z powyższym Zamawiający wyrazi zgodę na odpowiednią modyfikację formularza cenowego uwzględniającą wydzielenie również produktów/usług z inną niż preferencyjna stawką VAT, co będzie zgodne z obowiązującym prawem podatkowym?”, zamawiający wyjaśnił: „Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia obejmuje ono zakup wyrobów medycznych. Zamawiający nie widzi możliwości rozdzielenia formularza cenowego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa określonych wyrobów medycznych. W ramach zakupu poszczególnych wyrobów medycznych wykonawca zobowiązany jest do montażu urządzeń i przeszkolenia personelu. Z uwagi na specyfikę sprzętu nie może on być jedynie dostarczony bez montażu i odpowiedniego przeszkolenia. W związku z tym wymóg w zakresie montażu i przeszkolenia jest związany bezpośrednio z zakupem danego wyrobu medycznego”.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu, dla zadania 5, zostały złożone dwie oferty, w tym oferta odwołującego.

Zamawiający 26 lutego 2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego w tym zadaniu oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji wskazał w szczególności, że „W trakcie badania złożonych ofert ustalono, że w ofercie GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Nr oferty: 0124/EP/44/2019, zaproponowany został Tomograf komputerowy ze stawką VAT dla wyrobów medycznych zgodnie z wymaganiami SIWZ, natomiast Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. samodzielnie wprowadził do formularza cenowego będącego załącznikiem do SIWZ podział stawki VAT na dwie wartości 8% i 23%. Nadmienić należy, że w rubryce numer katalogowy wskazano 1 numer katalogowy, tj. B75092DA Tomograf komputerowy Revolution EVO. Samodzielne rozbicie przedmiotu zamówienia oraz wskazanie stawki VAT niezgodnie z wymogami zamawiającego tj. dla wyrobów medycznych stanowi podstawę do uznania oferty za niezgodną z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż ten, podejmując decyzję o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zadaniu nr 5 naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko odwołującego mając na uwadze, że zgodnie z treścią cytowanego przepisu, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, owa niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (tak np. w wyroku KIO z 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2320/19; w wyroku z 29 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 89/20). Należy mieć również na uwadze, że przewidziane w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenie oferty skutkuje tym, że oferta ta zostaje wyeliminowana z postępowania, co w konsekwencji przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku omawianego przepisu, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania.

Zamawiający, w niniejszym postępowaniu, odrzucił ofertę odwołującego w zadaniu 5 stwierdzając, że ten niezgodnie z treścią Formularza cenowego i wbrew udzielanym wyjaśnieniom treści SIWZ, samowolnie dokonał modyfikacji, wprowadzając do formularza cenowego, będącego załącznikiem do SIWZ, podział stawki VAT na dwie wartości 8% i 23%. Jak ustaliła Izba, z żadnego z zapisów SIWZ, w szczególności odnoszących się do sposobu obliczenia ceny oferty nie wynikało, że wykonawca ubiegający się o zamówienie w zadaniu 5 winien zastosować jedną stawkę podatku VAT. Zamawiający nie określił również jaka stawka VAT jest właściwa w tym postępowaniu.

Ponadto, udzielając wyjaśnień do treści SIWZ, również nie udzielił w tym zakresie jednoznacznej odpowiedzi. Na pytania kierowane przez wykonawców, w których ci zwracali się do zamawiającego o możliwość modyfikacji formularza cenowego w taki sposób, aby z przedmiotu zamówienia dla części 5 wydzielić te elementy, które nie mogą zostać objęte stawką preferencyjną - zamawiający nie wyraził zgody na takie działanie. Argumentował wprawdzie, że przedmiot zamówienia obejmuje zakup wyrobów medycznych, nie określił jednak, że w związku z tym właściwą dla całego zadania będzie stawka 8%.

Z powyższych powodów odwołujący, kierując się wytycznymi zamawiającego, który zakazał rozdzielenia przedmiotu zamówienia - wpisał w kolumnie nazwa zadania - tomograf komputerowy. Zgodnie jednak ze swoją wiedzą, mając na uwadze obowiązujące przepisy podatkowe - przewidział, że w tym zadaniu jego poszczególne elementy będą objęte różnymi stawkami podatku VAT tj. stawką 8% dla wyrobu medycznego, którym jest tomograf komputerowy oraz stawką 23% na inne elementy składające się na zamówienie, wśród których wskazał, w treści odwołania oraz na rozprawie, między innymi duplikator płyt CD/ DVD czy usługi w postaci integracji RIS/ HIS i PACS.

Wymaga podkreślenia, że zamawiający nie stwierdził, udzielając wyjaśnień do SIWZ, że w kolumnie VAT winna być wpisana jedna stawka podatku. Określił jedynie, że dla wyrobu medycznego ta stawka winna wynosić 8%. Izba podzieliła argumentację odwołującego, że skoro określono stawkę właściwą wyłącznie dla wyrobu medycznego, nie dotyczyło to jednak innych elementów zamówienia. Nie można zatem wywieść z treści odpowiedzi na pytania zakazu formułowanego co do treści Formularza cenowego, że nie jest możliwe wskazanie w nim dwóch stawek VAT - 8% i 23%. Zakaz modyfikacji dotyczył bowiem jedynie możliwości rozdzielenia przedmiotu zamówienia na inne, mniejsze elementy.

W tym miejscu należy również zauważyć, że w przedmiotowej sprawie, zamawiający nie narzucił w SIWZ, ani też nie wskazał w udzielonych odpowiedziach, właściwej stawki podatku VAT, jaką winni przyjąć wykonawcy. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 53/11: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że przyjęcie przez wykonawcę w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, chyba że błędna stawka podatku nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jako tzw. inna omyłka”. Odnośnie możliwości poprawienia nieprawidłowej stawki podatku w uzasadnieniu pierwszej z ww. uchwał wyjaśniono, że: „jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę

podatku VAT, kształtującą przecież takie wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Analogicznie stwierdzenia zawiera uzasadnienie drugiej z ww. uchwał. Tym samym to zadaniem wykonawcy, składającego ofertę, było określenie właściwej dla tego zamówienia stawki podatku, co też odwołujący uczynił. Zamawiający mógł przesądzić o tym na etapie SIWZ i precyzyjnie określić, że dla wszystkich elementów zamówienia dla zadania 5 właściwa jest stawka preferencyjna. Nie uczynił tego, a zatem to rolą wykonawcy było wskazanie w formularzu cenowym stawek właściwych. Odwołujący uznał, w okolicznościach niniejszej sprawy, że w okolicznościach niniejszej sprawy winny być zastosowane dwie różne stawki podatku VAT, przy czym jak podkreślił dla wyrobu medycznego, jak tego oczekiwał zamawiający, zastosuje stawkę preferencyjną, zaś te inne, niewyspecyfikowane elementy objęte zostaną stawką podstawową.

Za nietrafioną należy uznać zatem argumentację zamawiającego, którą posłużył się dopiero w formułowanej odpowiedzi na odwołanie, że zakup tomografu jest elementem głównym całego zamówienia, zaś inne elementy składające się na część 5 stanowią jedynie usługi i elementy pomocnicze, a zatem cały przedmiot zamówienia winien być objęty stawką 8%. Nie wynikało to, w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom zamawiającego, ani z treści SIWZ ani wyjaśnień kierowanych do wykonawców w postępowaniu. Na marginesie zauważyć należy, że zamawiający, wskazując powody odrzucenia oferty odwołującego, nie powołał się na przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp tj. na błąd w obliczeniu ceny, a na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Izba nie podzieliła również argumentacji zamawiającego, że odwołujący dokonał samodzielnego rozbicia przedmiotu zamówienia. W Formularzu cenowym wpisał bowiem jedną pozycję - Tomograf komputerowy, jak chciał tego zamawiający. Z pewnością również nie sposób stwierdzić, że sposób w jaki opisał przedmiot zamówienia w tym formularzu może prowadzić do wniosku, że treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający, w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, nie wyspecyfikował w jakim zakresie owa niezgodność miałaby nastąpić a powtórzyć należy, że sankcja w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie może być stosowana w sposób dowolny tj. w taki, że zamawiający interpretuje postanowienia SIWZ czy też udzielone wyjaśnienia stwierdzając, że istniały określone nakazy co do sposobu przedstawienia ceny, a następnie stwierdza, że oferta wykonawcy, który się do nich nie zastosował jest niezgodna z treścią SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała w sentencji unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 5 - Tomograf komputerowy, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej w tym zadaniu przez wykonawcę: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 5.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: