

Sygn. akt: KIO 1844/10

WYROK
z dnia 10 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kawa

Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TEHAND Sp. z o.o., 20-551 Lublin, ul. Herbowa 4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. J. Iwaszkiewicza 5**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. J. Iwaszkiewicza 5 unieważnienie czynności: unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty TEHAND Sp. z o.o., 20-551 Lublin, ul. Herbowa 4, wykluczenia TEHAND Sp. z o.o., 20-551 Lublin, ul. Herbowa 4 oraz nakazuje powtórzenie czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz badania i oceny oferty;

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. J. Iwaszkiewicza 5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **TEHAND Sp. z o.o., 20-551 Lublin, ul. Herbowa 4;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. J. Iwaszkiewicza 5** na rzecz **TEHAND Sp. z o.o., 20-551 Lublin, ul. Herbowa 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „p.z.p.”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w ramach: realizacji zadania inwestycyjnego pn. uruchomienie szpitalnego oddziału ratunkowego wraz z budową heliportu w wojewódzkim szpitalu specjalistycznym w Legnicy wraz z dostawami asortymentu stanowiącego wyposażenie szpitalnego oddziału ratunkowego oraz wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji części zadania pn. dostosowanie obiektów szpitala do wymogów ochrony przeciwpożarowej, etap I budynki 1A, 1C, 1E w wojewódzkim szpitalu specjalistycznym w Legnicy.

16 sierpnia 2010 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania.

Tehand Sp. z o. o. w Lublinie wniósł odwołanie, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt. 6 p.z.p., a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt. 1 p.z.p. w związku z unieważnieniem przedmiotowego postępowania, pomimo tego, iż oferta złożona przez odwołującego jest ważna i niepodlegająca odrzuceniu. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji winno skutkować unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, dokonaniem ponownej oceny ofert i wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz” nie zobowiązał wykonawców do wykazywania podmiotów, na których potencjale polegają, jako podwykonawców. Zatem zamawiający, podnosząc w piśmie z 2 sierpnia 2010 r. brak wskazania firmy Instal Białystok S.A., jako podwykonawcy, postawił dodatkowe kryterium, które nie było zawarte w siwz. Odwołujący uznał, że przewidziana w powołanej przez zamawiającego opinii Urzędu Zamówień Publicznych, możliwość uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, co do zasady, jako podwykonawca, jest opcjonalna. Zdaniem odwołującego oznacza to, że oprócz podwykonawstwa istnieją inne formy wykonania zamówienia wspólnie z podmiotem trzecim, a każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnego zasobu. Odwołujący wywiódł, że przy korzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego możliwa jest dyspozycja bezpośrednia, w przypadku udostępniania osób, oraz dyspozycja pośrednia. Wskazał, że pomiędzy nim a firmą Instal Białystok S.A. istnieje pośrednie dysponowanie, a tytułem prawnym do powołania się na potencjał Instal

Białystok S.A. jest oświadczenie złożone w ofercie. Odwołujący oświadczył, że Instal Białystok S.A. użycza swoją wiedzę i doświadczenie potwierdzone referencjami i będzie współpracował z odwołującym przy realizacji zamówienia, jednakże nie jako podwykonawca. Wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b p.z.p. na etapie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu istotne jest, czy wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Odwołujący powołał art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawach Holst Italia oraz Ballast Nedam Groep oraz wyrok Izby z 26 lipca 2010 r., (sygn. akt KIO 1452, KIO 1453/10 oraz KIO 1454/10).

Odwołujący podniósł, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. pkt 6 p.z.p. Powołał udzielone przez siebie wyjaśnienia z 4 sierpnia 2010 r., zgodnie z którymi zastosowanie stawki 7% do dodatkowego wyposażenia wózka, jest niemożliwe, bowiem nie jest to wyrób medyczny, oraz załączone oświadczenia producenta tego wózka. Odwołujący podniósł, że nie ma prawa dokonywać zmian w zakresie stawek podatku VAT, które gdyby były takie jak żąda Zamawiający, byłyby niezgodne z art. 41 ust. 2 ustawy. o podatku od towarów i usług w związku z brzmieniem załącznika nr 3, poz. 106 gdzie ustawodawca wskazał, że stawka w wysokości 7% podatku VAT dotyczy wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych. Odwołujący przywołał również orzecznictwo Izby w szczególności wyrok z 30 lipca 2010 r. (sygn. akt. KIO1478/10), w którym Izba uznała, że wskazanie stawki od towarów i usług staje się elementem oświadczenia woli wykonawcy w części dotyczącej zaoferowanej ceny i jako takie oświadczenie woli nie może być przez drugą stronę transakcji kwestionowane.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 2 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 105-159358.

W rozdziale X siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca, który przy wykonywaniu zamówienia będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów złożył w ofercie pisemne zobowiązanie podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, niezależnie od charakteru łączącego do z nim stosunków.

W rozdziale XVII pkt 4) zamawiający wymagał, aby wartość oferty określona przez wykonawcę zawierała wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w tym wszystkie inne opłaty i podatki, a także ewentualne upusty i rabaty.

W rozdziale X. pkt C zamawiający ustalił, że oferta musi zawierać wypełnione i podpisane formularze ofertowe stanowiące załącznik Nr 5 – 8 do siwz.

Odwołujący jako jedyny wykonawca złożył ofertę, w której str. 367 zawiera zobowiązanie INSTAL BIAŁYSTOK S.A., w którym, na potrzeby przetargu nieograniczonego, oddaje on do dyspozycji odwołującego wszelkie niezbędne zasoby w tym swoją wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia w postaci referencji na roboty budowlane wykonane przez naszą firmę.

Załącznik Nr 6, w którym pozycje 3 oraz 6 - 7 (wózki anestezyjologiczne oraz wózek intensywnej opieki medycznej) przewidywały dwie stawki podatku od towarów i usług 7% oraz 22 %.

Zamawiający pismem z 2 sierpnia 2010 roku na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia „budzącego wątpliwości zamawiającego nie wskazania firmy Instal Białystok S.A. z której wiedzy i doświadczenia korzysta odwołujący zgodnie z art. 26 ust. 2b jako podwykonawcy” oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowania dwóch stawek VAT.

Odwołujący pismem z 4 sierpnia 2010 r. wyjaśnił, że wprawdzie przy realizacji zamówienia będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, jednak żaden przepis ustawy nie nakazuje wskazania go jako podwykonawcy. Wyjaśnił również, że zastosowanie 7% stawki VAT jest możliwe w stosunku do wózka w wersji podstawowej jako produktu medycznego, natomiast w stosunku do dodatkowego wyposażenia wózka niemożliwe jest zastosowanie stawki 7%, bowiem nie jest to wyrób medyczny. Odwołujący przedstawił oświadczenie producenta TRIBO Sp. z o.o., oferowanych urządzeń potwierdzające prezentowany pogląd.

Pismem z 16 sierpnia zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. z powodu oddania do dyspozycji wyłącznie referencji, a nie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz braku konkretyzacji zasobów. Zamawiający uznał, że podmiot trzeci udostępnił odwołującemu wyłącznie referencje. Zamawiający odrzucił również ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. z powodu błędu w obliczeniu ceny polegającym na zastosowaniu stawki VAT 22% do wyposażenia dodatkowego.

Na rozprawie odwołujący złożył oświadczenie INSTAL BIAŁYSTOK S.A. z 30 sierpnia 2010 r. zgodnie z którym będzie wspierać odwołującego przy realizacji zamówienia w zakresie wymienionych robót budowlanych.

Ustalenia Izby zapadły w oparciu o powołane dokumenty i pisma.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty

ekspektatywy uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 *in fine* p.z.p. odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego. Zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. z powodu udostępnienia przez podmiot trzeci wyłącznie referencji oraz odrzucił ofertę odwołującego z powodu błędnego naliczenia stawki podatku od towarów i usług w poz. 6-9 załącznika Nr 6 do siwz. W tych granicach Izba rozpoznała zarzuty odwołania. Wywody odwołania dotyczące braku wskazania podmiotu trzeciego jako podwykonawcy badane na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. nie znajdują oparcia w treści informacji o wykluczeniu, nie mogą być uznane za podstawę faktyczną zarzutu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p. wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przywołany przepis umożliwia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wykazanie spełnienia tych warunków w oparciu o zasoby innego wykonawcy, który nie będzie wspólnie z nim ubiegał się o udzielenie zamówienia.

Powołane wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów są *de lege lata* zrównane w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z właściwościami uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia tzn. tak jakby sam uczestnik posiadał niezbędne wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadał zdolności finansowe.

Art. 25 ust. 1 p.z.p. stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swego potencjału stanowi dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy zatem zauważyć, że jakkolwiek art. 26 ust. 2b p.z.p. stanowi o konieczności udowodnienia przez wykonawcę dysponowania powoływanym potencjałem, to obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 25 ust. 1 jest wskazanie wykonawcom sposobu w jaki mają to uczynić. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) nie zawiera katalogu dokumentów, których zamawiający mógłby żądać w celu udowodnienia przez wykonawcę dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Jedynie przywołany art. 26 ust. 2b zdanie drugie przykładowo wskazuje taki dokument. Oznacza to, że ustawodawca dał zamawiającemu uprawnienie, aby działając w granicach prawa i uwzględniając uwarunkowania danego postępowania o udzielenie zamówienia, wskazał wykonawcom, w jaki sposób mają udowodnić korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczne i wyczerpujące sformułowanie swoich wymagań w treści ogłoszenia i siwz. Ocena dokumentów złożonych przez wykonawców dokonywana przez zamawiającego na podstawie treści nie zapisanych w treści ogłoszenia i siwz jest niedopuszczalna, łamie zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Skoro zamawiający w siwz jedynie powielił regulację ustawową, to wykonawcy wykażą spełnienie warunków udziału w postępowaniu, udowodnią, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, że będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przez przedstawienie zobowiązania o wymaganej treści.

Zasób to pewna ilość czegoś nagromadzona w celu wykorzystania w przyszłości lub posiadane doświadczenie, wiedza, umiejętności (tak internetowy Słownik Języka Polskiego PWN). Z samej normy art. 26 ust. 2b p.z.p. nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania *essentialia negotii* porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b, tak udostępnianych zasobów, ani też sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. Istotnie art. 26 ust. 2 b p.z.p wskazuje, że zasoby winny być wykorzystywane przy realizacji zamówienia, w żaden jednak sposób nie przesądza sposobu ich wykorzystania (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r. , sygn. akt KIO 1452, KIO 1453/10 oraz KIO 1454/10).

Skoro, zamawiający powielił w siwz art. 26 ust. 2b p.z.p., należało poddać ocenie dokument stanowiący zobowiązanie Instal Białystok S.A. pod kątem spełnienia przesłanek zawartych w przywołanym przepisie. Są nimi: forma pisemna, w odniesieniu do treści, zobowiązanie ma stanowić wiążące oświadczenie woli (tylko wtedy można mówić, że stanowi źródło

uprawnienia do korzystania), dotyczyć okresu wykonywania zamówienia, jego przedmiot stanowi oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych.

Zobowiązanie INSTAL BIAŁYSTOK S.A. zostało złożone w wymaganej formie, jego treść jednak nie odpowiada prawu. Nie dotyczy bowiem okresu realizacji zamówienia, a zakres zobowiązania nie został sformułowany jednoznacznie i może podlegać rozbieżnej interpretacji, co potwierdziły stanowiska stron prezentowane podczas rozprawy.

Nie można uznać, w oparciu o jego treść, że nastąpiło przekazanie wyłącznie referencji. Wbrew stanowisku odwołującego przekazanie referencji nie jest jednoznaczne z udostępnieniem wiedzy i doświadczenia w okresie wykonywania zamówienia. Referencje będące *verba legis* potwierdzające wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a dostaw lub usług z należytą starannością, są dokumentem złożonym przez odwołującego w postępowaniu wyłącznie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uznać należy, że treść zobowiązania INSTAL BIAŁYSTOK S.A. obarczona jest błędem, co potwierdza jego oświadczenie złożone przez odwołującego na rozprawie.

Zatem, odwołując się do ukształtowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, uznać należy, że błąd taki – jako dotyczący warunków udziału w postępowaniu - podlega usunięciu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., dotyczy bowiem dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) p.z.p.

Możliwość skorzystania z art. 26 ust. 3 p.z.p. uzależniona jest jednak od braku zaistnienia przesłanek wyłączających możliwość jego zastosowania: unieważnienia postępowania lub odrzucenia oferty.

Izba uznała, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 p.z.p. W myśl przywołanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. W doktrynie i części orzecznictwa przyjmuje się, że zastosowanie błędnej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Podkreślić należy jednak, że obowiązkiem zamawiającego wnikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 p.z.p. jest zamieszczenie w treści siwz opisu sposobu obliczenia ceny oferty. Zamawiający dokonując opisu sposobu obliczenia ceny oferty żądał wyłącznie podania ceny brutto i uwzględnienia w niej wszelkich podatków. Odwołujący zastosował się do tego wymagania.

Zamawiający nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczania podatku, a dopiero na etapie oceny ofert stwierdził, iż właściwa dla wyposażenia dodatkowego wózków (poz. 6 – 9 załącznika Nr 6 do siwz) stawka podatku VAT wynosi 7%, co uczynił wyłącznie na podstawie własnej interpretacji przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) oraz

ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (DZ.U. Nr 93, poz. 896 ze zm.). Zamawiający, nie dysponuje interpretacją indywidualną, wydaną przez dyrektora właściwej izby skarbowej a przedstawione na rozprawie wyroki Sądu Okręgowego w Legnicy oraz interpretacje indywidualne dyrektorów izb skarbowych (zamieszczone na stronie Ministerstwa Finansów) nie potwierdzają stanowiska zamawiającego. Po pierwsze: zapadły w innych stanach faktycznych – dotyczą sprzętu medycznego innego rodzaju, przede wszystkim sprzętu informatycznego lub oprogramowania stanowiącego część składową wyrobu medycznego. Po drugie: odwołują się do, zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 15 i 17 ustawy o wyrobach medycznych, przesłanki niezbędności dodatkowego wyposażenia. Przywołany przepis stanowi, że wyposażenie dodatkowe ma umożliwić stosowanie wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem. Tylko w takim przypadku można uznać go za wyrób medyczny w znaczeniu szerokim. Tymczasem zamawiający nie podniósł, że wyposażenie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego stosowania wyrobów medycznych wskazanych w poz. 6 - 9 załącznika Nr 6, tzn. bez niego nie jest możliwe użycie wózków. Po trzecie: zawierają pogląd (vide przykładowo: interpretacja z 24 sierpnia 2009 r., sygn. IPPP1-443-761/09-3/MP, str. 4), że to wytwórca decyduje, czy wyposażenie dodatkowe stanowi wyrób medyczny, czy też nim nie jest, zgodnie z przewidywanym zastosowaniem tego wyrobu. Pozostaje to w zgodzie z art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym, wykonawca (podatnik) określa stawkę podatku. Z pisma producenta TRIBO Sp. z o.o. wynika, że wyposażenie dodatkowe nie stanowi wyrobu medycznego i podlega stawce podstawowej 22%.

Ciężar wykazania przesłanek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny ze swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 p.z.p.). Za nieuprawnione należy uznać odrzucenie oferty odwołującego dokonane przez zamawiającego wyłącznie na podstawie własnej interpretacji przepisów podatkowych. Właściwe do weryfikacji prawidłowości zastosowania stawki podatku od towarów i usług mającej zresztą charakter następczy są wyłącznie organy podatkowe i organy kontroli skarbowej. Pogląd powyższy znalazł swój wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – wskazanych przez odwołującego wyrokach, ale przede wszystkim w wyroku z dnia 7 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1280/10.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, zatem dokument zawierający zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.. W konsekwencji postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania, zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) p.z.p. nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego ograniczając je do kwoty 3.600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....