

**WYROK**

z dnia 16 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 maja 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2019r. przez **wykonawcę Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Żołny 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57**

przy udziale **wykonawcy K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAX HARTER K. P. z siedzibą w Otwocku, ul. Filipowicza 1/14** zgłaszający swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 725/19 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddała odwołanie w całości,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Żołny 11** i
  - 2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Żołny 11** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od **wykonawcy Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Żołny 11** na rzecz **Skarbu Państwa – Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem

zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę defibrylatorów AED oraz fantomów do nauki resuscytacji krążeniowo-oddechowej zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 grudnia 2018r. za numerem 2018/S 248-572826.

W dniu 10 kwietnia 2019r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAX HARTER z siedzibą w Otwocku.

W dniu 19 kwietnia 2019r. na tę czynność oraz na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego wniósł odwołanie wykonawca Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 kwietnia 2015r. udzielonego przez Prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej upoważnionego do samodzielnego reprezentowania zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 kwietnia 2019r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców K. P. MAX HARTER mimo, iż wykonawca nie potwierdził zgodności oferty z treścią siwz i nie złożył w treści oferty wymaganych zał. nr 5a do siwz - WET;
2. art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, 87 ust. 1 ustawy przez bezprawne wezwanie wykonawcy K. P. MAX HARTER do uzupełnienia: WET-zał. 5a do siwz, oświadczenia woli w przedmiocie (nowości, kompletności, gotowości do użycia) :mimo, iż treść oferty nie podlega uzupełnieniu oraz prowadzeniem bezprawnych negocjacji, które zmieniły treść oferty;
3. art. 7 ust. 1 i 3, art. 90 ust. 1 ustawy, przez bezprawne zaniechanie wezwania wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp.j. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo, iż cena za torbę transportową defibrylatora lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. mimo, iż oferty zawierają rażąco niską cenę;
5. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 6 ustawy, art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 zał. nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców I K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. mimo, iż oferty zawierają nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Wniósł o:

a) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę K. P. MAX HARTER;

b) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenia ofert wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j.

Odwołujący wskazał, że jest jednym z najbardziej doświadczonych dostawców sprzętu ratownictwa medycznego w Polsce. W wyniku czynności i zaniechań zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes prawny. Działanie organizatora przetargu może doprowadzić do powstania szkody w postaci utraconych korzyści.

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Rozdział X pkt 15 postawił wymóg by oferta zawierała treści wykazujące cechy oferowanego przedmiotu - zgodnie z treścią załącznika nr 5a do siwz. Oferta złożona przez wykonawcę K. P. MAX HARTER, w ocenie odwołującego, nie zawierała w swej treści cech oferowanego przedmiotu. Oświadczenie woli wykonawcy nie zawierało parametrów oferowanego urządzenia. Oferta wykonawcy stoi w sprzeczności z treścią postanowień siwz. Z uwagi na ten fakt zamawiający winien był ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucić. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrok z dnia 12 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1277/18.

Zamawiający nie wykonał ciążącego na nim obowiązku odrzucenia i dodatkowo jeszcze według odwołującego w sposób sprzeczny z prawem wezwał wykonawcę K. P. MAX HARTER do uzupełnienia treści oferty (wezwanie z dnia 7.03.2019 r.). Zamawiający wraz z wykonawcą zmodyfikowali treść pierwotnej oferty, co stanowi o naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy (który nie służy temu celowi) oraz 87 ust. 1 ustawy z uwagi na fakt, że negocjacje między wykonawcą a zamawiającym doprowadziły do zmian w treści oferty (wezwanie z dnia 25.03.19 r.). Zamawiający naruszył także art. 26 ust. 4 przez bezprawne wezwanie w dniu 5.03.19 r. do uzupełnienia treści oferty w przedmiocie przymiotów oferowanego urządzenia (nowy, kompletny, gotowy do użycia).

Zamawiający również w ocenie odwołującego zaniechał zbadania i rozstrzygnięcia kwestii wystąpienia rażąco niskiej ceny w postępowaniu. Wykonawcy K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. w formularzu ofertowym zaoferowali identyczne produkty przez użycie dwóch pozycji: defibrylator, torba transportowa. Pozycje te stanowią dwie odrębności cenowo-kosztowe. Wykonawca K. P. MAX HARTER zaoferował torbę transportową do defibrylatora AED w cenie jednostkowej 12,30 zł brutto, wykonawca AMG M. Ł. sp. j. tą samą torbę zaś za kwotę 49,20 zł brutto. Wartości te powiększone o wolumen zamówienia stanowią istotną cenę i koszt zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego. Istotne przy tym jest to, iż obaj wykonawcy zaoferowali ten sam sprzęt, pochodzący od tego samego producenta oraz z tego samego

kanalu dystrybucji, gdyż autoryzowane partnerstwo ZOLL dla obu firm pochodzi od tego samego podmiotu. Mimo tak istotnej rozbieżności cen zamawiający zaniechał wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia zgodnie z wiedzą odwołującego doprowadziłby organizatora przetargu do konkluzji że obie firmy zamierzają sprzedać torbę transportową na defibrylator AED po cenie nie odzwierciedlającej kosztów jej wytworzenia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z rażąco niską ceną według odwołującego mamy do czynienia, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Definicja ta pokrywa się i jednocześnie uzupełnia z tezą pochodzącą z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która to teza została przyjęta przez doktrynę i orzecznictwo jako rozsądny wyznacznik rażąco niskiej ceny, i tak za cenę rażąco niską uznaje się cenę „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1605/10).

Co do zasady rażąco niska cena odnosi się co do całości wynagrodzenia, niemniej jednak w pewnych przypadkach przepisy ustawy mogą się odnosić w zakresie rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do istotnej części składowej ceny (vide: art. 90 ust. 1 ustawy). W szczególności dotyczy tu sytuacji, gdy mamy do czynienia z istotnym elementem zamówienia. Prawdliwość powyższego stanowiska znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu można wskazać na wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r. (KIO 2734/14) (LEX nr 1650980), oraz na wyrok z dnia 24 września 2014 r. (KIO 1844/14) (LEX nr 1540676).

Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione. Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem powyższego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkutowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w siwz założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego." Tak np. w wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. (KIO 216/14) (LEX nr 1436526), czy w wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2016r., sygn. KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16.

Zamawiający nadto w ocenie odwołującego bezprawne zaniechał odrzucenia ofert wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. mimo, iż oferty zawierają nieprawidłową stawkę podatku VAT dla torby transportowej. Wykonawcy zastosowali w przypadku torby stawkę 23%. Stawka ta jest nieprawidłowa i naraża zamawiającego jedynie na bezprawne koszty przy czym ostatecznie powiększa zysk ww. wykonawców.

Odwołujący wskazał, że producent oferowanych defibrylatorów dostarcza je wyłącznie wraz z torbą transportową stanowiącą na ten czas jak i czas jego właściwego użytkowania funkcjonalne opakowanie o charakterystyce użytkowej. Producent nie oferuje defibrylatora i oddzielnie przeznaczonej dla niego torby transportowej, bowiem stanowią one komplet funkcjonalnego urządzenia. Nie jest możliwe dokonanie sztucznego rozłączenia kompletu na potrzeby formy formularza zamawiającego tak jak dokonali tego wykonawcy K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. Dodawana do defibrylatora torba transportowa jest integralnym i funkcjonalnie związanym z defibrylatorem elementem. Odwołujący wyróżnił szczególne cechy takie jak możliwość bezpiecznego (minimalizującego ryzyko uszkodzenia defibrylatora lub zakłócenia jego pracy) jak również fakt, iż torba transportowa do defibrylatora opisanego w stanie faktycznym nie może zostać w żaden inny sposób użyta niż do transportu tego konkretnego modelu defibrylatora, w szczególności przedmiotową torbą nie mogą być transportowane defibrylatory będące innym modelem od sprzedawanego, jak również defibrylatory innych producentów. Torba transportowa służy zatem podejmowaniu określonych działań ściśle związanych z defibrylatorem - z jednej strony zabezpiecza transport defibrylatora, z drugiej strony zastosowanie torby transportowej jest wskazane do jego przemieszczania (transport samodzielny bez torby byłby znacznie utrudniony - choćby ze względu na ryzyko uszkodzeń). W realiach ratownictwa medycznego transport oferowanego gotowego do użycia defibrylatora bez torby transportowej jest niedopuszczalny, już choćby z uwagi, na które także z powodów bezpieczeństwa muszą znajdować się w specjalnie dedykowanych dla nich przegrodach w ramach torby transportowej defibratora. Dodawana do defibrylatora torba służy zatem podejmowaniu określonych działań związanych z użytkowaniem defibrylatora. Cały zestaw powinien zatem podlegać opodatkowaniu przy zastosowaniu stawki 8% (właściwej dla defibrylatora) zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r.

Sztuczne rozdzielenie torby transportowej od defibrylatora dokonane przez wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. jest bezpodstawne, bezprawne i w konsekwencji prowadzi do naruszenia przepisów ustawy o podatku o od towarów i usług oraz art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy.

W dniu 19 kwietnia 2019r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 23 kwietnia 2019r. (dzień 22 kwietnia 2019r. – święto) swój udział w postępowaniu

odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAX HARTER K. P. z siedzibą w Otwocku wnoszą o odrzucenie odwołania lub jego oddalenie w całości. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż tylko takie rozstrzygnięcie gwarantuje mu wykonanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 kwietnia 2019r.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania w tym: ustalenie trybu postępowania wniosk nr 9/2019 wraz z załącznikami, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz i udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców, złożonych ofert przez przystępującego, odwołującego, AMG M. Ł. sp. j., wezwań do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 – 27 lutego 2019r. wezwań do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2019r., wezwań w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 5 marca 2019r., wezwań do wyjaśnienia zaoferowanych stawek VAT.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający podzielił postępowanie na dwa zadania. Odwołanie dotyczy części pierwszej tj. zadania na dostawę 80 sztuk defibrylatorów AED wraz z torbami z prawe opcji dotyczącej zakupu dodatkowych 80 sztuk.

Zamawiający wyszacował wartość tego zadania na łączną kwotę netto 349 440,00zł. w tym 8 % i 23% stawki podatku VAT, 377 897,20zł. brutto.

Z wniosku nr 9/2019 wynika, że zamawiający ustalając tryb postępowania opierał się o wartości z lat ubiegłych i szacował defibrylatory na wartość jednostkową netto 4 325,00, łącznie 346 080zł. netto ze stawką 8% podatku VAT i torby na wartość jednostkową 42zł. łącznie 3 360,00zł. ze stawką 23% VAT. Szacunek był czyniony według Gestora SpW. Na podstawie oferty na Defibrylator Primedic firmy Paramedica za cenę netto 4449,60zł. I torbę za cenę netto 42zł.

Z rozdziału III pkt. 2 siwz wynika, że opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 5 do siwz oraz załączniki nr 5a i nr 5b do siwz (WE-T).

Zgodnie z rozdziałem X – Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy z pkt. 15 wynika, że do oferty należy załączyć :

Ppkt.5 – zaakceptowane Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne załączniki nr 5a i 5b do siwz  
Ppkt. 10 – w przypadku oferowania przez wykonawców produktów, które zostały dopuszczone przez zamawiającego udzielonymi odpowiedziami w kolumnie Uwagi załącznika nr 5 oraz załączników nr 5a i 5b (WE-T) należy wpisać dopuszczony (oferowany przez wykonawcę) produkt z zastrzeżeniem „dopuszczono odpowiedzią z dnia ...”

Z rozdziału XVI pkt 5 siwz wynika, że cena oferty jest ceną brutto. Z pkt. 6, że obliczenie ceny

miało nastąpić w następujący sposób: Ilość towaru x cena jednostkowa brutto = wartość brutto. Z pkt 8 wynika, że ceny jednostkowe podane przez wykonawcę powinny obejmować wszystkie elementy zaoferowanej realizacji zamówienia, w tym warunki i obowiązki umowne określone w istotnych postanowieniach umownych stanowiących załącznik nr 7 do siwz.

Z pkt. 9 wynika, że cena oferty i ceny jednostkowe podane przez wykonawcę będą stałe przez okres realizacji umowy i nie będą mogły podlegać zmianie (z zastrzeżeniem postanowień umownych w istotnych postanowieniach umownych).

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego wykonawcy mieli składać następujące oświadczenia m.in.:

Pkt. 2 oświadczamy, że zapoznaliśmy się z siwz i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty

Pkt. 3 – oświadczamy, że złożona przez nas oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz.

Załącznik nr 5 do siwz stanowił formularz cenowy, który pozwalał na podanie cen jednostkowych, cen brutto, stawek VAT oraz wartości brutto dla zadania 1 osobno dla defibrylatorów i toreb.

W załączniku nr 5a do siwz zamawiający zawarł Wymagania Eksploatacyjno – Techniczne dla defibrylatorów AED – automatycznych defibrylatorów zewnętrznych.

W siwz zamawiający nie wskazał stawki VAT dla defibrylatorów i toreb.

Odpowiedzi z dnia 31 stycznia 2019r. udzielone na zapytania do treści siwz zgłoszone przez wykonawców nie wpłynęły na zakres i treść uczynionych powyżej ustaleń.

W dniu 26 lutego 2019r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przystępującego do złożenia Wymagań Eksploatacyjno-Technicznych.

W dniu 27 lutego 2019r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wzywał odwołującego, przystępującego i AMG M. Ł. do złożenia kart katalogowych producenta toreb.

W dniu 28 lutego 2019r. w trybie art. 87 ust. 1 zamawiający wzywał wszystkich trzech wykonawców do udzielenia szczegółowych wyjaśnień do treści złożonych ofert, dotyczących w przypadku przystępującego wskaźnika naładowania baterii, komunikatów dźwiękowych i graficznych, wyświetlacza EKG o przekątnej powyżej 2,5 cala, trybu pracy, przydatności elektrod w okresie 24 miesięcy od daty produkcji, instrukcji użytkownika, i innych elementów np. automatycznego tekstu, czy programowanej częstotliwości testu. Przy czym zamawiający zbliżone pytania zadawał pozostałym wykonawcom – odwołującemu i AMG M. Ł..

W dniu 5 marca 2019r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający oczekiwał od przystępującego potwierdzenia zaoferowania produktu nowego, kompletnego i gotowego do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów.

W dniu 7 marca 2019r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień dlaczego tą samą stawką opodatkował defibrylator i torbę, natomiast pozostałych wykonawców, dlaczego



opodatkowali defibrylator stawką 8%, a torbę 23%.

W dniu 25 marca 2019r. zamawiający wezwał przystępującego do potwierdzenia, czy zaoferował wszystkie Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne, gdyż przesłany dokument w formie PFD nie pozwala na odtworzenie pełnej informacji zawartej w kolumnach.

Dokumenty złożone przez przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

Oferta:

- z formularza ofertowego wynika, że przystępujący zaakceptował pkt. 2 i 3 tegoż formularza,
- z załącznika nr 5 do siwz wynika, że przystępujący zaoferował urządzenie produkcji ZOLL Medical Corporation tj. defibrylator ZOLL AED Plus za cenę 3834,00zł. ze stawką 8% VAT łącznie 306 720zł. i torbę za cenę 12,30zł. ze stawką 23% łącznie 984zł.

Załączył Dodatek A Specyfikacja oraz pismo producenta z dnia 5 grudnia 2019r. zaświadczające że przystępujący jest partnerem serwisowym producenta w Polsce w zakresie świadczenia usług serwisowych dla automatycznych defibrylatorów zewnętrznych ZOLL AED PLUS i ZOLL AED 3.

Z wyjaśnień z dnia 28 lutego 2019r. wynika, że według przystępującego producent nie wytworzył i nie posiada kart katalogowych dla toreb, torby te natomiast posiadają własny jednostkowy numer identyfikacyjny umożliwiający ich identyfikację i mogą być sprzedawane osobno. Ten numer to 8000-0802-01, co można sprawdzić na stronie producenta, do której przystępujący podał link.

W dniu 1 marca 2019r. przystępujący udzielił odpowiedzi co do treści swojej oferty potwierdzając zaoferowanie każdego ze wskazanych w pytaniach przez zamawiającego kwestiach i odwołując się do konkretnych stron Przewodnika administratora ZOLL AED Plus.

W dniu 7 marca 2019r. przystępujący złożył oświadczenie, że oferuje towar fabrycznie nowy, kompletny i gotowy do użytkowania bez dodatkowych zakupów.

W dniu 11 marca 2019r. wyjaśnił, że defibrylator jako wyrób medyczny korzysta z obniżonej stawki podatku. Torba nie jest wyrobem medycznym, nie jest też opakowaniem, jej brak nie uniemożliwia korzystania z defibrylatora zgodnie z przeznaczeniem, może być kupowana oddzielnie, a defibrylator może być transportowany w innym etui. Powołał się na orzecznictwo Izby wyroki KIO 1164/17 i KIO 1168/17, orzecznictwo TSUE, przepisy prawa podatkowego, a także ustawy o wyrobach medycznych.

W dniu 25 marca 2019r. przystępujący potwierdził zaoferowanie wszystkich parametrów zgodnie z załącznikiem nr 5a do siwz.

Przystępujący złożył także wymagania eksploatacyjno – techniczne sporządzone w wersji tabelarycznej, gdzie w kolumnie drugiej wykonawca potwierdził spełnianie każdego z wymagań podanych w kolumnie pierwszej, a pod tabelą złożył oświadczenie, że akceptuje wymagania.

Dokumenty AMG M. Ł. złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

W ofercie w załączniku nr 5 do siwz AMG zaoferował defibrylator ZOLL Medical Corporation ZOLL AED Plus za cenę 4 058,64zł. ze stawką 8% łącznie 324 691,20zł. i torbę ZOLL za cenę 49,20zł. ze stawką 23% łącznie 3936,00zł. Do oferty załączył załącznik nr 5a do siwz nie zawierając na nim własnych oświadczeń, złożył także oświadczenie o zaoferowaniu produktów fabrycznie nowych, kompletnych i gotowych do użycia bez konieczności poniesienia dodatkowych kosztów.

W piśmie z dnia 2 stycznia 2019r. producent potwierdził, że AMG jest partnerem biznesowym w Polsce dla defibrylatorów ZOLL AED Plus i ZOLL AED 3 autoryzowanym w zakresie dystrybucji, sprzedaży, instalacji dostawy gwarancyjnej, serwisu i kosztów stanu. Załączył Specyfikację AED PLUS.

Pismem z dnia 7 marca AMG powiadomił zamawiającego, że jego zdaniem cena za torbę zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niska.

Pismem z dnia 8 marca 2019r. wyjaśnił, że dla urządzeń medycznych oferowana jest stawka 8%, zaś dla części zamiennych i akcesoriów nie będących wyrobami medycznymi stawka 23%. Załączył wydruk, z którego wynika, że torba nie jest wyrobem medycznym.

Z pisma z dnia 4 marca 2019r. wynika, że AMG potwierdził spełnianie wymagań, o które zapytywał go zamawiający pismem z dnia 28 lutego 2019r. a także załączył kartę katalogową dla torby do defibrylatora AED PLUS BLACK Carry Bag Part 8000-0802-01.

Dokumenty odwołującego złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”

Z oferty wynika, że odwołujący zaoferował produkt ZOLL Medical Corporation tj. ZOLL AED Plus w komplecie z torbą nie wyodrębniając wartości torby i jej ceny jednostkowej, ale wskazując na stawkę podatku VAT 8% tak dla torby jak i defibrylatora. Zaoferował cenę za komplet 4224,96zł. czyli łącznie 337 996,80zł. Złożył do oferty załącznik nr 5a do siwz bez złożenia na nim jakiegokolwiek własnego oświadczenia. Załączył Przewodnik Administratora AED PLUS, w tym dodatek A: Specyfikacja, a także oświadczenie producenta, że jest autoryzowanym partnerem serwisowym dla defibrylatorów.

W dniu 4 marca 2019r. złożył wydruk ze strony internetowej producenta zamiast karty katalogowej dotyczący produktu o numerze 8000-0802-01. W tym samym dniu oświadczył także, że spełnia wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 28 lutego 2019r. i załączył instrukcję użytkownika, zaś co do zastosowanej stawki podatku, to podkreślił, że defibrylator i torba są sprzedawane wyłącznie razem, producent nie sprzedaje toreb osobno, na dowód czego załączył oświadczenie producenta, że na zestaw składa się defibrylator, torba do defibrylatora i baterie do defibrylatora, a także stwierdził, że są to elementy zestawu nieodłącznie ze sobą związane, brak któregokolwiek z nich uniemożliwia prawidłowe korzystanie z defibrylatora, a zatem jest to w rzeczywistości zbiór przedmiotów powiązanych funkcjonalnie, których rozdzielanie byłoby sztuczne. Swoje stanowisko poparł opinią prywatną prof. dr hab. W. M.

W toku rozprawy odwołujący złożył:

- pismo firmy Zoll z dnia 24 kwietnia 2019r., z którego wynika, że wszystkie zamówienia na ZOLL AED Plus są wysyłane z miękką torbą. Nie ma możliwości zamówienia tego defibrylatora bez torby.

- z pisma firmy Zoll z dnia 29 kwietnia 2019r. wynika, że AED Plus jest sprzedawany tylko z torbą i nie ma możliwości oddzielenia torby od AED Plus

- pisma firmy Zoll z dnia 28 lipca 2017r. wynika, że AED Plus jest sprzedawany w zestawie składającym się z defibrylatora AED Plus, torby na defibrylator i baterii do defibrylatora, a torba została zaprojektowana i jest przeznaczona do stosowania tylko z defibrylatorami AED Plus. Do pisma załączono zamówienie nr ZD 00202/17/1 z dnia 26 lipca 2017r., z którego wynika, że zamówiono defibrylator AED Plus, jednak żadna z pozycji opisu nie wskazuje na nazwę Carrying Case.

Z wydruku ze strony Zoll Webstore wynika, że firma Zoll oferuje zastępczą torbę o nr 8000-0802-01. Z opisu defibrylatora półautomatycznego AED Plus w nie wynika, żeby jakiegokolwiek funkcje tego defibrylatora były realizowane z wykorzystaniem torby transportowej. Z opisu tego wynika, że defibrylator jest zasilany z ogólnodostępnych baterii litowych 123 Photo Flash, co jest zaletą rozwiązania, gdyż pozwala na możliwość samodzielnego zakupu i natychmiastowej wymiany baterii przez użytkownika. Jest standardowo oferowany w torbie transportowej i z kompletem baterii typu 123. Natomiast elektrody CPR-D-padz, stat-padz II dla dorosłych i pedi-padz II pediatryczne, oprogramowanie RescueNet Code Review do analizy i archiwizacji danych z defibrylatora, szafka ścienna na defibrylator są wyposażeniem opcjonalnym.

Z międzynarodowej książki cenowej AED Plus wynika, że zestaw AED Plus zawiera pokrywę ochronną, miękką torbę, instrukcję obsługi i pięcioletnią gwarancję za cenę 2 450 dolarów, zaś torba zastępcza kosztuje 175 dolarów. Według tego cennika baterie i elektrody nie są dołączone do defibrylatorów

Z upoważnienia firmy Zoll z dnia 27 marca 2018r. wynika, że Paramedica Polska sp. z o.o. sp.k. jest upoważniona w zakresie prowadzenia marketingu, sprzedaży, dystrybucji na polskim rynku Defibrylatora AED Plus oraz wszystkich elektrod i akcesoriów do niego.

Z opinii W. M. z dnia 8 marca 2019r. wynika, że dla uznania świadczenia za kompleksowe przede wszystkim istotny jest cel ekonomiczny świadczenia, a także świadczenie musi się składać z co najmniej dwóch elementów i musi stanowić zestaw pakowany razem w celu zaspokojenia określonej potrzeby lub w celu realizacji określonych działań i powstanie zestawu i jego konsekwencje dla klasyfikacji na potrzeby stawki podatkowej powinny być oceniane indywidualnie. W ocenie opiniującego zestaw składający się z defibrylatora AED Plus, torby i baterii należy oceniać jako zestaw zaspokajający tę samą potrzebę, który powinien być klasyfikowany ze względu na przedmiot główny czyli defibrylator.

Dokumenty przystępującego przedstawione na rozprawie:

- pismo firmy Zoll objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – z uwagi na brak możliwości zaprezentowania treści tego dowodu, Izba ograniczyła się do oceny jego wiarygodności oraz wniosków z tego pisma, które bez ujawniania jego treści dało się ustalić – Izba oceniła pismo jako wiarygodne i nie pozostające w sprzeczności z pozostałymi dowodami, na podstawie zdania drugiego oświadczenia Zoll Izba ustaliła, że przystępujący ma pewną swobodę z zakresie doboru elementów oferowanych wraz z defibrylatorem do dystrybucji.

- Izba uznała wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r. w sprawie sygn. akt KIO 1164/19 jako element argumentacji przystępującego, który był wiążący pomiędzy stronami postępowania będącego przedmiotem orzeczenia, w tamtym stanie faktycznym

- z opinii M. W. wynika, że torba do defibrylatora nie jest elementem świadczenia kompleksowego, gdyż nie służy korzystaniu z defibrylatora zgodnie z jego przeznaczeniem, ani jej brak nie utrudnia użycia defibrylatora, defibrylator może być transportowany w innym zabezpieczeniu niż torba, torba nie jest opakowaniem i może być elementem samodzielnego obrotu, nie jest też elementem koniecznym do nabycia, nie jest to wyposażenie wyboru medycznego, bo nie umożliwia używania defibrylatora zgodnie z przewidzianym zastosowaniem. Ponadto w oparciu o podobny stan faktyczny zapadł wyrok KIO 1164/17 i KIO 1168/17, co powinno powodować taką samą ocenę prawną stanu faktycznego, z uwagi na zaufanie obywatela do państwa.

Izba nie dopuściła dowodu z oferty formy Zoll, którą przystępujący złożył tuż przed zamknięciem rozprawy na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dowód ten przystępujący objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i w wnosił o ograniczenie odwołującemu dostępu do tego dokumentu. Niedopuszczenie dowodu nastąpiło z uwagi, na to, że w ocenie Izby okoliczność twierdzona tym dowodem, może być wykazana za pomocą pisma firmy ZOLL już złożonego przez przystępującego na rozprawie, a zatem kolejny dowód służący wykazaniu tej samej tezy jest dowodem powołanym dla zwłoki.

Izba oceniła dowody jako wiarygodne, rzetelne i nadające się do ustalenia na ich podstawie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, przy czym opinie specjalistów prawa podatkowego złożone przez odwołującego i przystępującego Izba oceniła, jako element stanowiska procesowego, co do interpretacji prawa podatkowego tych stron. Strony nie przedstawiły wiążącej organy podatkowe interpretacji podatkowej.

W odniesieniu do załącznika nr 5a Izba ustaliła, że tak jak i inne załączniki zamawiający wymagał złożenia go do oferty, załącznik ten wraz z innymi zamawiający określił jako składający się na ofertę. Zamawiający jednak mimo takiego określenia nie przesądził, że te dokumenty stają się automatycznie elementami oświadczenia woli dotyczącymi oferty. Izba stwierdziła, że na jednakowych zasadach zamawiający oczekiwał załączenia do oferty: JEDZa, załącznika nr 4 do siwz, który zawierał oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez przedmiot zamówienia warunków ustawy o wyrobach medycznych, jak i kart katalogowych czy

też wreszcie załączników nr. 5 – formularza cenowego czy 5a – wymagań eksploatacyjno-technicznych. Tym samym sam fakt, że jaki dokument należało traktować jako element opisujący przedmiot zamówienia, a jaki jedynie za potwierdzający wymagania podmiotowe, czy wymagania przedmiotowe, nie był przesądzony wyłącznie przez to, że dokument ten znalazł się w katalogu dokumentów wymienionych w rozdziale X pkt. 15 siwz. Izba oceniła zatem, że z faktu nakazu złożenia dokumentu do oferty nie można wywieść, że dany dokument określa świadczenie wykonawcy. W konsekwencji sam ten fakt nie wystarczał, aby ustalić, że załącznik nr 5a należy traktować jako element oświadczenia woli wykonawcy co do zakresu świadczenia. Izba ustaliła, że w sporny pakiecie zamawiający oczekiwał dostawy dwóch elementów – defibrylatora i torby do defibrylatora. W ocenie Izby należało zatem ustalić, jakie dane pochodzące od wykonawcy są wystarczające dla skonkretyzowania świadczenia. Izba ustaliła, że wykonawcy mieli podać nazwę handlową oraz nazwę producenta lub wytwórcy i mieli to zrobić w załączniku nr. 5 do siwz. Wszyscy wykonawcy takiego wskazania dokonali. W zakresie oświadczeń, które wykonawcy załączali do oferty, to przystępujący nie załączył ani załącznika nr 5a, ani oświadczenia o nowości, kompletności i braku dodatkowych kosztów, ale złożył załącznik nr 5 i specyfikację A pochodzącą od producenta. AMG M. Ł. złożył tak załącznik nr 5a jak i oświadczenie o nowości, kompletności i braku dodatkowych kosztów, oraz specyfikację pochodzącą od producenta, zaś odwołujący załącznik nr 5a bez oświadczenia o nowości, kompletności i braku dodatkowych kosztów i podręcznik administratora. W toku postępowania odwoławczego nie było podnoszonych twierdzeń, że wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 5a do siwz zawierały postanowienia, których nie można było potwierdzić na podstawie dokumentów pochodzących od producenta. Odwołujący nie powoływał się także, że przedmiotem zakupu jest sprzęt dedykowany, składany na potrzeby zamawiającego lub sprzęt uzyskujący swoje funkcjonalności przez złożenie szeregu komponentów pochodzących od różnych producentów. Przeciwnie zgromadzony materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że zaoferowanie danej nazwy handlowej wraz z określeniem producenta sprzętu wystarczało do ustalenia jego cech i sprawdzenia czy pokrywają się one z wymaganiami zamawiającego. Izba swoje ustalenie oparła na treści załączonych kart katalogowych oraz na wyjaśnieniach wykonawców złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji za wiarygodne uznała stanowisko zamawiającego, że załącznik nr 5a pełnił podobną rolę jak karty katalogowe i miał służyć potwierdzeniu wymagań zamawiającego, podczas, gdy skonkretyzowanie oferowanego sprzętu nastąpiło w załączniku nr 5 do siwz i w formularzu ofertowym przez podanie nazw handlowych oraz nazwy producenta. Izba ustaliła, że zamawiający narzucił wykonawcom treść załącznika nr 5a, a ewentualne zmiany, jakie mogły być przez wykonawców do niego wprowadzenie w kolumnie „Uwagi” w rzeczywistości także były przejawem woli zamawiającego, który zamiast zmodyfikować załącznik nr 5a wskazując w nim dopuszczone

wyjaśnieniami treści siwz z dnia 19 lutego 2019r. rozwiązania, nakazał wykonawcom samodzielnie wskazać, że z danego dopuszczenia korzystają. Tym samym także potencjalna treść, która mogła być wprowadzona do załącznika 5a, nie była oświadczeniem własnym wykonawcy, ale oświadczeniem zamawiającego, że dane rozwiązanie uznaje za równoważne opisanemu w załączniku nr 5a. Izba ustaliła także, iż zamawiający nie zawarł w siwz postanowień na mocy, których brak załącznika nr 5a do siwz w ofercie uznawałby za podstawę odrzucenia oferty.

Izba ustaliła, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy daje zamawiającemu możliwość badania czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, mogą być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże jeśli przedmiotem badania ma być część składowa ceny lub kosztu, to musi być ona istotna. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, że zamawiający ustalił wartość torby na 42zł., przystępujący na 12,30zł., a AMG M. Ł. na 49,20zł. w stosunku do wartości defibrylatora odpowiednio u zamawiającego 4 325zł., przystępującego 3834zł. AMG M. Ł. 4058,64zł., co oznacza, że wartość torby u żadnego z wykonawców nie była znacząca oscylując od około 0,35% do 1,3%, tym samym Izba ustaliła, że wartość ta nie była kosztem istotnym. Jednocześnie Izba wzięła także pod uwagę, że torba służy bezpiecznemu transportowi defibrylatora, ale nie wpływa na możliwość wykonywania pracy przez defibrylator i nie służy do umożliwienia defibrylatorowi działania zgodnego z przeznaczeniem. W ocenie Izby również ta okoliczność powoduje, że torba nie jest istotnym elementem składowym zamówienia. Tym samym nawet jeśli wartość podana przez przystępującego mogła budzić wątpliwości zamawiającego, co do jej wysokości, to jednak z mocy art. 90 ust. 1 ustawy nie dawała zamawiającemu podstaw do wyjaśnień sposobu obliczenia ceny, czy kosztu tego elementu składowego. Natomiast w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania art. 90 ust. 1a, gdyż przepis ten dotyczy wyzwania do wyjaśnień, ale wyłącznie w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, (w niniejszej sprawie średnia arytmetyczna to ok. 324 776zł., a więc oferta przystępującego odbiega o około 14 tys., a AMG M. Ł. jest wyższa od średniej), chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 (ten przepis nie dość, że stanowi o uprawnieniu zamawiającego, a nie o jego obowiązku, to także nie ma zastosowania, gdyż zamawiający wyszacował zamówienie na wartość brutto 377 897,20, a 70% tej wartości to 264 528,04zł., i od tej wartości są wyższe

tak oferta przystępującego, jak i AMG M. Ł.).

Nadto Izba wzięła pod uwagę także dowód przedstawiony przez przystępującego objęty przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa, na podstawie którego możliwe było ustalenie, że przystępujący na zaoferowaniu torby za cenę 12,30zł. jest w stanie wygenerować zysk.

Izba ustaliła, że z cennika producenta wynika wartość 175 USD za torbę zastępczą, jednak Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego oceniła, że autoryzowani przedstawiciele producenta ZOLL nie oferują sprzętu tego producenta po cenach wynikających ze złożonego cennika. Wynika to choćby z prostego porównania – w cenniku defibrylator AEG Plus z torbą, pokrywą, instrukcją i gwarancją kosztuje 2 450USD, co przyjmując średni kurs NBP z lutego 2019r. na poziomie 3,82zł. daje wartość około 9 359zł., co powodowałoby, że tak szacunek zamawiającego jak i złożone oferty kształtowałyby się na poziomie nawet mniej niż połowa wartości cennikowej. Tym samym w ocenie Izby dowód z danych wynikających z cennika producenta nieskierowanego do autoryzowanych przedstawicieli nie pozwala na ustalenie rzeczywistego kosztu torby do defibrylatora.

Izba ustaliła także, iż w par 2 ust. 4 załącznika nr 7 do siwz – wzór umowy rzeczywiście mowa jest o kosztorysie i cenach jednostkowych, jednakże należy zauważyć, że ustępie tym następuje odwołanie do załącznika nr 1 do umowy, z którego wynika, że kosztorys dotyczy dwóch pozycji zamówienia podstawowego i opcjonalnego, a tym samym nie można przesądzić, że rzeczywiście wynagrodzenie w tym postępowaniu przyjęło klasyczną formę wynagrodzenia kosztorysowego, co najwyżej jest to wynagrodzenie o charakterze mieszanym ryczałtowo-kosztorysowym.

Izba badając stanowiska stron w zakresie zastosowania stawki podatku od towarów i usług wzięła pod uwagę, że pomiędzy stronami nie sporne było to, że defibrylator jako wyrób medyczny korzysta ze stawki preferencyjnej 8%, jak również to, że zamawiający może nabyć zastępczą torbę do defibrylatora w drodze osobnego zakupu. Potwierdzają ten fakt bezpośrednio dowody złożone przez samego odwołującego, z których wynika, że można kupić torbę zastępczą za 175 USD. Sporne jest natomiast, czy dostawa defibrylatora i dostaw torby do niego nabywane w ramach jej umowy stanowią świadczenie kompleksowe, którego rozdzielenie, z uwagi na wspólny cel ekonomiczny, byłoby sztuczne. Izba wzięła tutaj pod uwagę, że nie istnieje definicja świadczenia kompleksowego. Pojęcie to wypracowywane jest na gruncie orzecznictwa TSUE jak i sądów administracyjnych. Nadto zasada prawa podatkowego jest odrębne opodatkowanie poszczególnych świadczeń, a objęcie jedną stawką podatkową właściwą dla świadczenia głównego kilku świadczeń jest jednak wyjątkiem, który z uwagi na sankcyjny charakter przepisów prawa podatkowego musi być wykładany ściśle. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że wbrew stanowisku odwołującego nie ma jednego ściśle określonego przez producenta zestawu defibrylatora i akcesoriów, które zawsze są dostarczane wraz z defibrylatorem. Z oświadczeń producenta na potrzeby

postępowań na rzecz szpitali (pismo z 2017r.) wynika, że dla tych odbiorców defibrylator jest dostarczany z torbą i bateriami, z kolei z cennika producenta wynika, że jest dostarczany z torbą, pokrywą, instrukcją obsługi i gwarancją, zaś elektrody i baterie stanowią wyposażenie dodatkowe. Nadto z wydruku ze strony internetowej Web Store wynika, że defibrylator jest dostarczany z torbą i bateriami, a elektrody, oprogramowanie oraz szafka ścienna to akcesoria, które mogą być dodatkowo zamówione. Izba ustaliła także, że sam defibrylator działa na powszechnie dostępne baterie 123 Photo Flash, które raz są w zestawie, raz nie są, a przecież bez baterii korzystanie z defibrylatora nie jest możliwe. Tym samym przy ocenie czy dane akcesorium jest świadczeniem pomocniczym nie może przesądzać to, czy wchodzi w skład zestawu. W ocenie Izby pojedyncza dostawa torby może być traktowana jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel dostawy pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać dostawy głównej bez dostawy pomocniczej. Te elementy w ocenie Izby powinny zachodzić łącznie i o ile można zgodzić się z odwołującym, że dostawa torby do defibrylatora jest zdeterminowana faktem, że zamawiający nabywa też defibrylator. Bez defibrylatora torba zamawiającemu mogłaby być niepotrzebna. Natomiast konieczne jest łączne ustalenie, czy można korzystać z defibrylatora bez torby. W ocenie Izby tego faktu na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie można pozytywnie ustalić. Torba nie ma wpływu na używanie defibrylatora, defibrylator może być np. przechowywany w szafce ściennej, co potwierdza sam producent, tym samym torba nie jest nawet elementem niezbędnym dla przechowywania defibrylatora. Oczywiście zgodzić się należy z odwołującym, że przechowanie defibrylatora w przeznaczonym do tego celu transporterze – torbie, walizce, szafce może wpływać na zmniejszenie ryzyka przypadkowego uszkodzenia, jednak nie musi to być każdorazowo torba. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdził, że nie można wykonać dostawy defibrylatora, ani z niej korzystać bez torby.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił przesłankę dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, 87 ust. 1 ustawy przez bezprawne wezwanie wykonawcy K. P. MAX HARTER do uzupełnienia: WET-zał. 5a do siwz, oświadczenia woli w przedmiocie (nowości, kompletności, gotowości do użycia) :mimo, iż treść



oferty nie podlega uzupełnieniu oraz prowadzeniem bezprawnych negocjacji, które zmieniły treść oferty

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę załącznik nr 5a do siwz nie identyfikuje oferowanej dostawy defibrylatora i torby. Taka identyfikacja następuje za pomocą nazwy handlowej i nazwy producenta podawanych przez wykonawców w załączniku nr 5 do siwz. Sam fakt wskazania załącznika nr 5 a w rozdziale X pkt. 15 nie powoduje, że stał się on dokumentem określającym przedmiot oferty. Z ustaleń Izby pełni on taką samą rolę jak karty katalogowe tj. służy potwierdzeniu spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający może żądać oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy podlegają uzupełnieniu z mocy art. 26 ust. 3 ustawy, a także wyjaśnieniu tak z mocy tegoż przepisu jak i art. 26 ust. 4 ustawy. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, 87 ust. 1 ustawy przez bezprawne wezwanie wykonawcy K. P. MAX HARTER do uzupełnienia: WET-zał. 5a do siwz nie był uzasadniony i odwołanie w odniesieniu do tego zarzutu należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców K. P. MAX HARTER mimo, iż wykonawca nie potwierdził zgodności oferty z treścią siwz i nie złożył w treści oferty wymaganych zał. nr 5a do siwz – WET

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut był oparty przez odwołującego na tezie, że załącznik nr 5a do siwz stanowi element oświadczenia wykonawcy o oferowanym przedmiocie dostawy i jego uzupełnienie czy wyjaśnienie stanowiłoby niedozwolone uzupełnienie oferty. Teza ta jednak nie znalazła odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym i ustalonych na jego podstawie faktach. Izba ustaliła, że załącznik nr 5a nie opisywał przedmiotu oferowanej dostawy, a jedynie potwierdzał, że zaoferowany w załączniku nr 5 defibrylator o podanej nazwie handlowej i pochodzący od konkretnego producenta, i torba do tego defibrylatora spełniają wymagania zamawiającego. Było to zatem oświadczenie w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy, w konsekwencji jego uzupełnienie było dopuszczalne, a ewentualny brak nie mógł skutkować odrzuceniem oferty, ale powinien być prowadzić do wszczęcia procedury z art. 26 ust. 3. Ustawy. Zachowanie zamawiającego było zatem prawidłowe i zgodne z ustawą, a zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 90 ust. 1 ustawy, przez bezprawne

zaniechanie wezwania wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp.j. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo, iż cena za torbę transportową defibrylatora lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego torba do defibrylatora nie była istotny elementem składowym zamówienia, tak pod względem wartości jak i zastosowania. Celowość jej nabycia ogranicza się do zabezpieczenia defibrylatora podczas jego przechowywania i przenoszenia, co jednak nie eliminuje możliwości uszkodzenia defibrylatora podczas jego używania, ani nie wpływa na pracę defibrylatora. Z tego względu zamawiający nawet jeśli powziął wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez przystępującego, to z mocy art. 90 ust. 1 ustawy nie miał obowiązku wezwania przystępującego do wyjaśnień. Z kolei cena torby AMG M. Ł. była wyższa niż wyszacowana przez zamawiającego, więc choćby z tego względu zamawiający nie musiał powziąć co do tej ceny jakichkolwiek wątpliwości. Również przepis art. 90 ust. 1a nie ma w przedmiotowym stanie faktycznym zastosowania, gdyż ceny całkowite ofert nie odbiegały o co najmniej 30% ani od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, ani od ubruttowionej wartości szacunkowej zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła niezgodnych z ustawą zaniechań zamawiającego i zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. mimo, iż oferty zawierają rażąco niską cenę

Zarzut nie potwierdził się. Izba ustaliła, że zamawiający nie wzywał wykonawców do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w zakresie kosztu torby do defibrylatora. Izba ustaliła także, iż zamawiający nie miał takiego obowiązku wynikającego tak z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy. Jednocześnie nie jest dopuszczalne automatyczne wykluczanie wykonawcy z powodu ceny rażąco niskiej bez umożliwienia mu uprzedniego złożenia wyjaśnień. Tym samym nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy, który nie był wzywany do składania wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wzywał tak wykonawcy przystępującego jak i wykonawcy AMG M. Ł. do wyjaśnień. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, a zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 6 ustawy, art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 zał. nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców I K. P. MAX HARTER, AMG M. Ł. sp. j. mimo, iż

oferty zawierają nieprawidłową stawkę podatku VAT

Zarzut nie potwierdził się. Izba ustaliła, że dostawa defibrylatora i torby do defibrylatora nie stanowią świadczenia kompleksowego na gruncie prawa podatkowego, gdyż nie zachodzi jedna ze wskazywanych przez doktrynę o orzecznictwo przesłanek łącznych tj. że nie można wykonać dostawy defibrylatora, ani z niej korzystać bez torby. Opodatkowanie jedną stawką podatku świadczeń składających się na świadczenie kompleksowe jest wyjątkiem od zasady odrębnego opodatkowanie każdego ze świadczeń, skoro nie można dostawy defibrylatora wraz z torbą przypisać charakteru dostawy kompleksowej, to nie można przyjąć, że stawka 23% zastosowana przez przystępującego i AMG M. Ł. była stawką nieprawidłową. Zastosowanie zatem tej stawki nie prowadziło do błędnego obliczenia ceny, a więc Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego zaniechania naruszającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Izba nie znalazła podstaw także do przyjęcia, że oferta jest niezgodna z ustawą zwłaszcza, że poza podaniem podstawy prawnej, odwołujący nie wskazał w czym upatruje niezgodności oferty z ustawą. Mając to na uwadze Izba nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się zarzucanych mu naruszeń i odwołanie w powyższym zarzucie oddaliła.

Mając na uwadze powyższe tj. oddalenie wszystkich zarzutów odwołania, Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia z ograniczeniem do kwoty określonej w § 3 pkt. 2 lit. b rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....