

**WYROK**  
**z dnia 18 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff  
Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **OK Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z Poznania** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu z Wrocławia**

przy udziale wykonawcy **MEDIX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z Warszawy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**

**2. kosztami postępowania obciąża Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu z Wrocławia**

i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **OK Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z Poznania** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu z Wrocławia** na rzecz wykonawcy **OK Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z Poznania** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowego (rok produkcji 2013) aparatu cyfrowego RTG typu telekomando - wraz z niezbędnymi elementami, montaż, uruchomienie, wykonanie testów odbiorczych (akceptacyjnych) i eksploatacyjnych (specjalistycznych), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu (dalej „zamawiający”) wykonawca OK Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 6 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) w związku z art. 41 ust. 2 , art. 146 a pkt. 2 , poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług ( Dz. U. z 2011 r. Nr 177 , poz. 1054 z późn. zm.) z uwagi, iż zawierała błąd w obliczeniu ceny oferty, a nadto wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty Medix Sp. z o.o. Sp. K.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6, poprzez odrzucenie oferty nie zawierającej błędu w obliczeniu ceny,
3. w konsekwencji art. 91, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w trakcie badania ofert zamawiający powziął wątpliwości co do poprawności zastosowanej przy obliczeniu ceny oferty stawki podatku VAT dla części „DOSTAWA” przez biorących udział w przedmiotowym postępowaniu Wykonawców, w związku z czym, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień. Drugi z wykonawców poinformował, że uwzględnił dwie stawki VAT 8% i 23%, wskazując, że preferencyjna stawka podatku VAT 8% została zastosowana na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy z dnia

11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w odniesieniu do zaoferowanych wyrobów medycznych rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107 , poz. 679 z późn. zm.), natomiast podstawowa stawka VAT 23% została zastosowana na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o podatku VAT w odniesieniu do zaoferowanych wyrobów niemedycznych i wyrobów niestanowiących wyposażenia wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, tj. nieposiadających deklaracji zgodności z Dyrektywą 93/46/EWG wystawionej przez producenta certyfikatu CE zgodności z Dyrektywą 93/42/FHWG wystawionego przez jednostkę notyfikowaną, niebędących urządzeniami dedykowanymi przez producenta wyłącznie do współpracy z wyrobami medycznymi.

Odwołujący, pismem z dnia 17 października 2013 r. stwierdził, iż Minister Finansów w dniu 30 marca 2012 r. wydał interpretację ogólną dotyczącą zasad opodatkowania dostaw sprzętu medycznego i towarzyszących im usług polegających na adaptacji pomieszczenia dla potrzeb używania dostarczonego sprzętu (Interpretacja Ogólna Nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 Ministra Finansów z dnia 30 marca 2012 r.).

Odwołujący uznał, że na podstawie tej interpretacji dostawa sprzętu medycznego podlega obecnie opodatkowaniu 8% stawką VAT natomiast prace polegające na dostosowaniu (adaptacji, przebudowy, rozbudowy itp.) pomieszczeń szpitala prowadzone w związku z dostawą ww. wyrobu medycznego nie korzystają, co do zasady, z preferencji podatkowej i podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku od towarów i usług, tj. w wysokości 23%. Odwołujący w związku z powyższym wysnuł wniosek, iż skoro przedmiot zamówienia opisany w Części DOSTAWY nie obejmuje takich prac budowlanych jak adaptacje, przebudowy, rozbudowy (uwzględnione zostały w Części MODERNIZACJA ze stawką podstawową 23% VAT zgodnie z powołaną Interpretacją Ogólną) to wykonawca nie był zmuszony do stosowania odrębnych wobec dostawy wyrobu medycznego stawek dla komponentów dostawy wyrobu medycznego - zasadniczego świadczenia Części DOSTAWY.

Odwołujący podał, że zamawiający, sporządzając Formularz oferty wymagał, aby cena przedmiotu zamówienia została podzielona na części z podaniem wartości VAT oddzielnie w zakresie „Dostawy” oraz „Modernizacji”, zaś dostawa zgodnie z wymaganiem zamawiającego obejmować miała: dostawę, montaż i uruchomienie, testy, przeprowadzenie szkoleń pracowników zamawiającego, natomiast modernizacja obejmować miała: sporządzenie dokumentacji projektowej, wykonanie robót i innych czynności opisanych w „Opisie przedmiotu zamówienia dla zadania Modernizacja pomieszczeń pracowni RTG w budynku H wraz z dostawą i montażem aparatu RTG.

Odwołujący oświadczył, że kierując się powołaną interpretacją ogólną Ministra Finansów, podając cenę w Części „Dostawa” zastosował stawkę preferencyjną podatku VAT 8%, natomiast w części „Modernizacja” stawkę podstawową w wysokości VAT 23%. Powołał

się przy tym na linię orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości UE zgodnie z którym transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT (jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy, albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałyby charakter sztuczny (vide: wyrok TS UE w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property).

W ocenie odwołującego dostawa sprzętu medycznego jest ściśle powiązana z montażem urządzenia, jego uruchomieniem, wykonaniem testów oraz przeprowadzeniem szkolenia pracowników i jest traktowana jako jedno świadczenie, które nie może zostać rozdzielone, skutkiem czego, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności dotyczące dostawy a mianowicie montaż, uruchomienie, testy i przeprowadzenie szkolenia uprawnionym było zastosowanie wobec tych czynności jednolitej stawki VAT 8%.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający ponownie wezwał go do wyjaśnień, czy posiada indywidualną interpretację Ministra Finansów co do prawidłowości zastosowania preferencyjnej stawki VAT do dostaw obejmujących zarówno dostawy wyrobów medycznych i niemedycznych. Odwołujący wskazał, iż nie posiada indywidualnej interpretacji wydanej przez Ministra Finansów.

Odwołujący podał, że uzasadniając odrzucenie jego oferty zamawiający wskazał, iż dla Części „MODERNIZAGA” obaj wykonawcy przyjęli prawidłową stawkę VAT, wynoszącą 23%. Podał, że zdaniem zamawiającego, ponieważ „DOSTAWA” obejmuje dostawę fabrycznie nowego (rok produkcji 2013) aparatu RTG o parametrach i ze sprzętem dodatkowym wymienionym w załączniku nr 1 do SIWZ "Specyfikacja Techniczna cyfrowego aparatu RTG wraz z niezbędnymi elementami" - a także montaż, uruchomienie, testy, przeprowadzenie szkoleń pracowników zamawiającego - zgodnie z wymaganymi parametrami technicznymi (załączniki nr 1, 2.1- 2.11 do SIWZ) i projektem umowy (załącznik nr 8 do SIWZ), to Część ta obejmuje zarówno dostawy wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych jak również dostawy innych wyrobów, niemedycznych oraz usługi.

W ocenie odwołującego sporne jest to, czy działanie odwołującego polegające na zastosowaniu do elementu zamówienia jakim jest „DOSTAWA” stawki preferencyjnej na poziomie 8% VAT było działaniem uprawnionym.

Stwierdził, że w podsumowaniu uzasadnienia swojej decyzji zamawiający wskazał, iż opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, dlatego też określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący podał, że opracowane przez zamawiającego w ramach postępowania wzory dodatkowo świadczyły, iż zamawiający nie nakazywał wykonawcom wyodrębnić z obszaru części DOSTAWY ich elementów składowych, które miały by podlegać odmiennym zasadom opodatkowania; formularz ofertowy, w ocenie odwołującego, świadczy dodatkowo za dopuszczeniem przez samego zamawiającego jednolitej w obrębie Części DOSTAWY stawki podatku VAT. Uzupełnił, że zamawiający w SIWZ nie określił stawki podatku VAT na podstawie, której dokonywać będzie oceny ofert przetargowych, tym samym pozostawiając ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawcy. Odwołujący uznał, że wbrew ciężarowi dowodu w zakresie konieczności wykazania oraz udowodnienia, iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, zamawiający poprzestał w uzasadnieniu decyzji na powieleniu fragmentu Interpretacji oraz przywołaniu definicji legalnych z ustawy o wyrobach medycznych, podczas gdy to do jego obowiązków zgodnie z ustawą Pzp należy wskazanie w uzasadnieniu faktycznym okoliczności, dla jakich uznał za niedopuszczalne zastosowanie jednolitej preferencyjnej stawki w obrębie Części DOSTAWY. W ocenie odwołującego, nie można uznać za taką okoliczność brak interpretacji indywidualnej, której domagał się zamawiający.

Odwołujący wskazał, że specyfika przedmiotu zamówienia tej części zamówienia zasługiwała na jej wyodrębnienie w stosunku do prac modernizacyjnych – budowlanych - jakie bowiem byłoby uzasadnienie konieczności podawania odrębnej wyceny na formularzu ofertowym obydwu części: MODERNIZACJA i DOSTAWY, poza specyfiką związaną z odmiennym sposobem opodatkowania.

Zdaniem odwołującego elementy świadczenia wykonawcy składające się na zakres DOSTAWA stanowią elementy ściśle uzależnione i powiązane ze świadczeniem dla tej części podstawowym, jakim jest sama dostawa wyrobu medycznego, wobec czego próba wyodrębniania kolejnych składowych tego świadczenia na subkategorii byłaby procesem sztucznym i niezasadnym.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że specyfika zakresu rzeczowego zamówienia mieszczącego się w obrębie Części DOSTAWA pozwalała na zastosowanie wobec jej komponentów jednolitej preferencyjnej stawki podatku VAT, skutkiem czego oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną (pkt 9 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego), co biorąc pod uwagę fakt, że kryteriami oceny są cena (znaczenie – 75%) oraz ocena techniczna oferowanego aparatu RTG (znaczenie 25%), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i poddanie oferty odwołującego ocenie w ramach ponownej oceny ofert, a w konsekwencji dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
2. Oferty odwołującego.
3. Wezwania zamawiającego z dnia 10 października 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanej przez przystępującego stawki podatku VAT w części „Dostawa”,
4. Odpowiedzi przystępującego z dnia 15 października 2013 r. na wezwanie z zamawiającego z dnia 10 października 2013 r.
5. Wezwania zamawiającego z dnia 10 października 2013 r. do złożenia wyjaśnień w szczególności dotyczących zastosowanej przez odwołującego stawki podatku VAT w części „Dostawa”.
6. Odpowiedzi odwołującego z dnia 17 października 2013 r. na wezwanie z zamawiającego z dnia 10 października 2013 r.
7. Wezwania zamawiającego z dnia 22 października 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczącej zastosowanej przez przystępującego stawki podatku VAT w części „Dostawa”.
8. Odpowiedzi przystępującego z dnia 24 października 2013 r. na wezwanie z zamawiającego z dnia 22 października 2013 r.

9. Wezwania zamawiającego z dnia 29 października 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanej przez odwołującego stawki podatku VAT w części „Dostawa” – żądanie przedłożenia indywidualnej interpretacji Ministra Finansów.
10. Odpowiedzi odwołującego z dnia 30 października 2013 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 29 października 2013 r.
11. Wezwania zamawiającego z dnia 20 listopada 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczącej zastosowanej przez przystępującego stawki podatku VAT w części „Dostawa”.
12. Odpowiedzi przystępującego z dnia 21 listopada 2013 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 20 listopada 2013 r. – dokument zastrzeżony jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
13. Zawiadomienia z dnia 26 listopada 2013 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty przystępującego) oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.
14. Opinii doradcy podatkowego Tomasza Siennickiego z dnia 17 grudnia 2013 r., złożonej na rozprawie przez odwołującego.
15. Oferty odwołującego złożonej w postępowaniu na dostawę, montaż, instalację i uruchomienie aparatu RTG ogólnodiagnostycznego typu DRF do radiografii i fluoroskopii, prowadzonym przez SPSP Nr 2 PUM w Szczecinie, złożonej na rozprawie przez zamawiającego.
16. Oświadczeń: Alstor Sp. j. z dnia 16 grudnia 2013 r., Pro-Project z dnia 17 grudnia 2013 r., Biura Handlowo-Usługowego BETA s.c. z dnia 17 grudnia 2013 r., złożonych na rozprawie przez przystępującego.
17. Opinii dotyczącej testów wyposażenia radiologicznego z dnia 18 października 2013 r., sporządzonej przez Zastępcę Przewodniczącego Komisji MZ ds. Procedur i Audytów Klinicznych Zewnętrznych w zakresie Radiologii – Diagnostyki Obrazowej mgr inż. R..... K....., przedłożonej na rozprawie przez przystępującego.
18. Wzoru wniosku (do Dolnośląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego) o wydanie zezwolenia na uruchomienie lub stosowanie aparatów rentgenowskich do celów diagnostyki medycznej, radiologii zabiegowej, radioterapii schorzeń nienowotworowych oraz uruchomienie pracowni stosujących takie aparaty, złożonego na rozprawie przez przystępującego.
19. Wykazu laboratoriów badawczych akredytowanych w oparciu o normę PN-EN ISO/IEC 17025, złożonego na rozprawie przez przystępującego.



Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu w części „Dostawa” nieprawidłowej stawki podatku VAT zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że Interpretacja ogólna Nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 Ministra Finansów z dnia 30 marca 2012 r. w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia (dalej Interpretacja) odnosi się wprost jedynie do dostawy sprzętu medycznego, której towarzyszą czynności adaptacji pomieszczenia, jednocześnie jednak, ponieważ Interpretacja odnosi się do świadczeń złożonych jako takich skład orzekający Izby, rozpoznając sprawę posiłkował się:

- zawartym w Interpretacji stanowiskiem, że *„za świadczenia odrębne należy uznać świadczenia wykonywane przez jednego świadczącego na rzecz nabywcy, które mogą być rozdzielone w sposób obiektywnie uzasadniony, nawet jeśli są w pewien sposób powiązane”*,
- podnoszoną w Interpretacji konieczność wzięcia pod uwagę przy ustalaniu, czy dana transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności (celem określenia czy są to dwa lub więcej niż dwa świadczenia odrębne i niezależne, czy też jedno świadczenie kompleksowe), wszystkie okoliczności, w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja,
- zawartym w Interpretacji stanowiskiem, że *„wnioski co do kwalifikacji danych zdarzeń gospodarczych jako świadczenia złożonego, nie mogą być pozbawione waloru obiektywnego”*, *„Zakres i sposób opodatkowania świadczenia w systemie VAT nie może być zależny jedynie od woli stron transakcji”*.

Z zawiadomienia zamawiającego z dnia 26 listopada 2013 r. wynika, że ujęte w części *Dostawa* wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679) [dalej „ustawa o wyrobach medycznych”] podlegają opodatkowaniu preferencyjną stawką 8% na podstawie art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 17, poz. 1054 z późn. zm.), zaś wyroby niemedyce oraz usługi nie pozostające w bezpośrednim związku z dostawą wyrobów medycznych podlegają opodatkowaniu stawką podstawową, przy czym zamawiający nie dokonał klasyfikacji elementów dostawy (nie wskazał, które z elementów dostawy to: wyroby medyczne, wyroby niemedyce, usługi nie pozostające w bezpośrednim związku z dostawą wyrobów medycznych).

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający zasadniczo powielił swoje stanowisko zawarte uprzednio w zawiadomieniu z dnia 26 listopada 2013 r. o odrzuceniu oferty

odwołującego, dodatkowo wskazując, że odwołujący winien zastosować stawkę VAT 23 % w stosunku do następujących dostaw i usług:

1. zestaw osłon osobistych dla lekarza i pacjenta,
2. zestaw do kontroli jakości aparatury diagnostycznej z uwzględnieniem wszystkich elementów niezbędnych do prowadzenia kontroli jakości w zakresie radiografii i fluoroskopii,
3. integracji z istniejącym systemem informatycznym zamawiającego,
4. duplikator,
5. komputer do opisów,
6. drukarka laserowa monochromatyczna,
7. wykonanie testów wymaganych przez zamawiającego. (str. 6)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał także (str. 6 zdanie ostatnie, str. 7), że montaż aparatu RTG jest świadczeniem pomocniczym w stosunku do dostawy tego aparatu, a nadto że *„o braku ścisłego powiązania pomiędzy dostawą aparatu RTG jako wyrobu medycznego a dostawą wyrobów niemedycznych czy też świadczenia usług, świadczy okoliczność, iż powyższe elementy składowe mogą być wykonane przez inny podmiot niż ten, który dostarczył sprzęt”*.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający zaprezentował stanowisko (za wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 1138/13), że samo objęcie wszystkich czynności jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie może mieć rozszerzającego znaczenia z tej przyczyny, że w tym przedmiocie nie ma żadnego automatyzmu, a regułą jest, że zamawiający przedmiot zamówienia ustalają szeroko, co jednakże nie daje podstawy do przyjęcia, że to, co stanowi przedmiot zamówienia stanowi czynność kompleksową i podlega jednorodnemu opodatkowaniu stawką VAT.

Skład orzekający Izby stanowisko to podziela, jednocześnie zaznaczając, że u podstaw uwzględnienia niniejszego odwołania nie legła negacja tego stanowiska (przedmiotem zamówienia, poza częścią *Dostawą* jest także część *Modernizacja*, w przypadku której konieczność zastosowania jednej stawki, tj. stawki 23 % była dla uczestników (tak też dla składu orzekającego Izby) oczywista).

Poza sporem stron był fakt, że aparat cyfrowy RTG, objęty przedmiotowym zamówieniem jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych oraz, że jego dostawa jest opodatkowana preferencyjną, 8 % stawką podatku VAT.

Sporna była natomiast kwestia, czy inne wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie elementy dostawy, tj. ujęte od pozycji 97 załącznika nr 1 do SIWZ również opodatkowane są tą stawką.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący prawidłowo co do całej części *Dostawa* zastosował 8 %, preferencyjną stawkę podatku VAT, ponieważ część ta stanowi

jedno świadczenie kompleksowe, w ramach którego dostawa aparatu RTG jest świadczeniem głównym, zaś wszystkie pozostałe, kwestionowane przez zamawiającego elementy stanowią świadczenia pomocnicze, przy czym w ocenie składu orzekającego konstrukcja Formularza ofertowego (wskazująca, że dla części Dostawa zamawiający oczekiwał wskazania jednej stawki VAT) ma drugorzędne znaczenie, choćby z tego względu, że odstępstwa od opracowanego przez zamawiającego wzoru co do formy nie mogą nieść za sobą negatywnych dla statusu oferty wykonawcy konsekwencji.

Dostrzeżenia wymaga, że w Interpretacji wskazano, że *Zakres i sposób opodatkowania świadczenia w systemie VAT nie może być zależny jedynie od woli stron transakcji*". W ocenie składu orzekającego oznacza to, że wola stron nie jest całkowicie bez znaczenia - wola stron, tj. zamawiającego jako podmiotu wskazującego swoje potrzeby i wykonawcy jako podmiotu, który potrzeby te jest w stanie zaspokoić przesądza o tym, towar o jakim przeznaczeniu i parametrach technicznych / funkcjonalnościach jest nabywany. Opis potrzeb zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego został ujęty w załączniku nr 1 do SIWZ „*Specyfikacja techniczna cyfrowego aparatu RTG wraz z niezbędnymi elementami*". W tytule tego załącznika zwraca uwagę klasyfikacja zamawiającego elementów innych niż sam aparat RTG, tj. ich klasyfikacja jako „*niezbędne*”, co świadczy o tym, że potrzeba zamawiającego dla której wszczął przedmiotowe postępowanie przetargowe (cel postępowania) zostanie zaspokojona jedynie w przypadku, gdy zamawiający nabędzie aparat RTG o opisanych parametrach i funkcjonalnościach, do czego niezbędne są także wymienione i opisane elementy.

W ocenie składu orzekającego Izby prawidłowości zastosowania stawki preferencyjnej nie przekreśla fakt, że dany element nie jest wyrobem medycznym, nie jest wyposażeniem wyrobu medycznego, ani fakt, że „*elementy składowe zamówienia mogą być wykonane przez inny podmiot niż ten, który dostarczył sprzęt*” (str. 7 odpowiedzi na odwołanie). Prawidłowości zastosowania stawki preferencyjnej nie przekreśla także fakt, że dany element nie jest specjalnie (wyłącznie) przeznaczony do stosowania z wyrobem medycznym (por. wyrok z dnia 11 czerwca 2013 r. III SA/GI 1900/12).

Znaczenie dla oceny charakteru świadczenia jako świadczenia pomocniczego ma „rola”, jaką dla możliwości wykorzystania świadczenia głównego odgrywa świadczenie pomocnicze.

W ocenie składu orzekającego Izby wszystkie wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zakwestionowane elementy części *Dostawa* (tj. zestaw osłon osobistych dla lekarza i pacjenta, zestaw do kontroli jakości aparatury diagnostycznej z uwzględnieniem wszystkich elementów niezbędnych do prowadzenia kontroli jakości w zakresie radiografii i fluoroskopii, integracji z istniejącym systemem informatycznym zamawiającego, duplikator, komputer do opisów, drukarka laserowa monochromatyczna, wykonanie testów wymaganych przez zamawiającego) tworzą wraz z aparatem RTG jedno

kompleksowe świadczenie, ponieważ tylko w takim łącznym zestawieniu zamawiający nabędzie potrzebny mu aparat RTG - gotowy do bezpiecznej pracy (tak dla lekarza, jak i pacjenta) wykorzystanie którego spektrum możliwości jest możliwe dzięki – odwołując się do użytego przez zamawiającego w tytule Załącznika nr 1 do SIWZ – niezbędnym elementom dodatkowym.

W ocenie składu orzekającego Izby zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT dotyczy zarówno przypadku, gdy dany element determinuje samo działanie aparatu RTG (jest niezbędny do prawidłowego uruchomienia aparatu i wykonywania badań), jak i przypadku, gdy dany element umożliwia wykorzystania pełnego spektrum możliwości aparatu RTG jako wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. opis, czy też wydruk wyniku badania). W obu przypadkach, w ocenie składu orzekającego Izby, mamy do czynienia z sytuacją, w której rozdzielenie świadczeń byłoby obiektywnie nieuzasadnione (rozdzielenie uniemożliwiłoby normalne uruchomienie/eksploatację lub ograniczałoby wykorzystanie potencjału wyrobu medycznego), a także nieuzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyżej opisane okoliczności towarzyszące zamówieniu (transakcji) skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut bezpodstawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego – wybór oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu winien być dokonany z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył wskazanego przez odwołującego w odniesieniu do tego zarzutu art. 91 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający, oceniając ofertę przystępującego, nie zastosował innych niż wskazane w pkt. 13 SIWZ kryteriów oceny ofert, tj. innych niż *cena* i *ocena techniczna oferowanego aparatu RTG* – zastosowanie tych dwóch (i tylko tych dwóch) kryteriów oraz przyznanie ofercie przystępującego odpowiednio 75 i 25 punktów wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 listopada 2013 r. Innymi słowy, to nie fakt zastosowania kryteriów oceny ofert innych niż w SIWZ doprowadził do wyboru oferty przystępującego.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1) lit. a oraz pkt 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....