

**WYROK**

**z dnia 8 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2019r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2113/19)**,

B. w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2123/19)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**,

przy udziale:

A. wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2123/19 po stronie Zamawiającego

B. wykonawcy **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2123/19 oraz KIO 2113/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2113/19)** i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert.

2A. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego sprzeciw i:

2A.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

**Sygn. akt KIO 2113/19**

**KIO 2123/19**

2A.2. zasądza od TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych);

1B. uwzględnia odwołanie **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2123/19)** i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert.

2B. w pozostałym zakresie odwołanie **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** oddala.

3B. kosztami postępowania obciąża w ½ wykonawcę TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego sprzeciw oraz w ½ odwołującego **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** i:

3.1B. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2B. zasądza od TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą równowartość połowy wpisu od odwołania (7500 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3600 zł;

3.3B. zasądza od **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U.2018 poz. 1986 ze zm., dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, instalację i uruchomienie tomografu komputerowego wraz z wykonaniem prac adaptacyjnych w ramach projektu współfinansowanego przez Unię Europejską z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2019r. pod numerem 2019/S 156-384663.

W dniu 9 października 2019r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „TMS” lub „Przystępujący TMS”).

### **KIO 2113/19**

W dniu 21 października 2019r. wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący 1” lub „Siemens”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty TMS oraz wadliwym przeprowadzeniu czynności badania i oceny oferty TMS i zaniechaniu odrzucenia tej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert i w wyniku tych czynności odrzucenie oferty TMS z postępowania na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Siemens wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ dostawę, instalację i uruchomienie tomografu komputerowego wraz z wykonaniem prac adaptacyjnych. Zgodnie z Rozdziałem 4 SIWZ wykonawca zobowiązywał się do wykonania szkoleń w następującym zakresie i terminach:

1) Wykonawca zobowiązuje się przeprowadzić szkolenie personelu medycznego Zamawiającego (technicy, lekarze, fizycy medyczni) - Grupa 1 w nieprzekraczalnym terminie

do 90 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urzędzeń i uzyskania Decyzji Śląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego, jednak nie później niż do 31.03.2020r.,

2) Wykonawca zobowiązuje się przeprowadzić Szkolenie pracowników Działu Elektroniki Medycznej Zamawiającego - Grupa 2 w nieprzekraczalnym terminie do 7 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urzędzeń,

3) Wykonawca zobowiązuje się przeprowadzić Szkolenie pracowników Działu Elektroniki Medycznej i Laboratorium Kontrolno-Pomiarowego Zamawiającego - Grupa 3 w nieprzekraczalnym terminie 7 dni kalendarzowych daty uruchomienia urzędzeń.

Odwołujący 1 podkreślił, że Zamawiający w SIWZ wymagał podania odrębnej wyceny szkoleń w ramach Formularza cenowego, który jest integralnym załącznikiem do Formularza ofertowego i stanowi treść oferty, a jednocześnie podstawę do realizacji płatności w fazie wykonania umowy o zamówienie publiczne. Wycena szkoleń stanowi zidentyfikowany komponent formularza cenowego, a sposób podania wyceny szkoleń w Formularzu cenowym obejmuje wycenę netto, stawkę i wysokość podatku VAT oraz cenę brutto. Uwzględniając więc powyższe, Odwołujący 1 stwierdził, że identyfikacja stawki podatku VAT dla szkoleń będących elementem przedmiotu zamówienia stanowiła wymagany element obliczenia ceny ofertowej. Tym samym wadliwe zastosowanie stawki podatku VAT w zakresie dotyczącym szkoleń stanowi błąd w obliczeniu ceny i podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący wskazał, że tylko TMS dokonał wyceny szkoleń Grupy 2 i 3 ze stawką preferencyjną 8%, podczas gdy stawka poprawna dla takich usług to stawka podstawowa tj. 23% VAT.

Wskazał, że Zamawiający w postępowaniu nie narzucił wykonawcom stawki podatku VAT za usługi szkoleniowe, co ewentualnie mogłoby stanowić podstawę do poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust.2 Pzp. Ponadto, w udzielonych w dniu 9 października 2019r. wyjaśnieniach TMS jednoznacznie wykluczył omyłkowy charakter stawki podatku VAT w ofercie w zakresie poz. 2.5 Formularza cenowego. Podkreślił, że to wykonawcę obciąża obowiązek weryfikacji prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty, co koresponduje z obowiązkiem zamawiającego weryfikacji prawidłowości przyjętej stawki podatku. Odwołujący podkreślił, że usługi prowadzenia szkoleń stanowią usługę, dla której ustawa o VAT nie przewiduje możliwości zastosowania stawki preferencyjnej. Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, obniżona stawka w wysokości 8 %, odnosi się do towarów i usług wyszczególnionych w Załączniku nr 3 do ustawy. W poz. 105 załącznika nr 3 wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU - „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”. Definicja legalna wyrobu

medycznego zawarta w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych, nie obejmuje usług towarzyszących, w szczególności szkoleń.

Także wobec treści art. 98 ust. 2 i 3 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE L 06.347.1 ze zm.), stawki obniżone mają zastosowanie wyłącznie do dostaw towarów i świadczenia usług, których kategorie są określone w załączniku nr 3. Załącznik wskazuje wyłącznie sprzęt medyczny. Tym samym zastosowanie stawki preferencyjnej dla usług, które nie są wymienione w załączniku nr 3 do ustawy jest bezpodstawne. W ocenie Odwołującego w stanie faktycznym sprawy nie można mówić o jednolitym świadczeniu w przedmiotowym postępowaniu, co znajduje potwierdzenie w:

- opisie przedmiotu zamówienia,
- odrębnej wycenie ofertowej usług szkoleniowych w stosunku do dostaw,
- przyjętym sposobie odbioru usług szkoleniowych na etapie realizacji umowy jako całkowicie odrębnych i niezależnych od zrealizowanych dostaw.

Tym samym realizacja szkoleń stanowi czynność samoistną, która występuje niezależnie od dostawy wyrobu medycznego. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, że stawka preferencyjna w ofercie TMS dotyczy wyłącznie dwóch spośród trzech grup szkoleń realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia. Wskazał, że zgodnie z ofertą TMS stawka 8 % dotyczy szkoleń Grupy 2 i 3 zgodnie z Załącznikiem nr 13 a zatem szkoleń:

- Grupa 2: szkolenie pracowników Pionu Elektroniki Medycznej Zamawiającego -w zakresie oceny stanu technicznego, przeprowadzenia testów funkcjonalnych i bezpieczeństwa, przeglądów, kalibracji i konserwacji Wyposażenia Medycznego realizowanych po upływie okresu gwarancji

- Grupa 3: szkolenie pracowników Pionu Technicznego, Laboratorium Kontrolno-Pomiarowego Zamawiającego - z zakresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń tj. tomografu komputerowego i urządzeń towarzyszących oraz udostępnienie kodów serwisowych w celu przeprowadzenia testów specjalistycznych zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000r. Prawo atomowe (tekst jednolity Dz. U z 2018r. poz. 792) i rozporządzeń wykonawczych.

Stawka 23% dotyczy natomiast szkoleń Grupy 1 zgodnie z Załącznikiem nr 13 a zatem szkoleń aplikacyjnych personelu Zamawiającego (technicy, lekarze, fizycy medyczni): w zakresie eksploatacji i obsługi urządzeń będących wyposażeniem pracowni tomografii komputerowej tj. tomografu komputerowego i urządzeń towarzyszących: etapowe szkolenie - min.6 etapów po 4 dni w siedzibie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego 1 związek pomiędzy dostawą sprzętu medycznego a prowadzeniem szkoleń z zakresu obsługi i to w dodatku szkoleń, które są szkoleniami zaplecza

technicznego a nie bieżącej obsługi urządzeń przez lekarzy czy techników, nie jest na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Wręcz przeciwnie, uwzględniając grupy personelu, dla których szkolenia objęte są w ofercie TMS stawką preferencyjną, trudno uwzględnić argumentację o nierozzerwalności tych właśnie usług szkoleniowych z dostawą aparatu.

Odwołujący 1 podkreślił, że szkolenia i fakt ich przeprowadzenia przez wykonawcę w żaden sposób nie warunkują realizacji dostaw aparatu. Potwierdzają to terminy realizacji szkoleń określone jako do 90 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urządzeń i uzyskania Decyzji Śląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego oraz do 7 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urządzeń. W opinii Odwołującego 1, gdyby zatem szkolenia i ich przeprowadzenie warunkowały realizację dostaw aparatu lub jego uruchomienie można byłoby mówić o związku z dostawą. Jednak jak potwierdza to wprost SIWZ, usługi szkoleniowe są niezależnym od dostawy wyrobu medycznego świadczeniem - które w konsekwencji nie może korzystać ze stawki preferencyjnej. Za powyższym przemawia dodatkowo także sposób skonstruowania Formularza cenowego przez Zamawiającego, który wyodrębnił do oddzielnych pozycji m.in. dostawę aparatu jego instalację oraz uruchomienie od usług szkoleniowych. Już zatem sama konstrukcja formularza cenowego pozwala na stwierdzenie, że w pozycji nr 2.5 Formularza cenowego, wykonawca TMS podał nieprawidłową, preferencyjną stawkę VAT 8 % tj. dla świadczenia, które nie dotyczy samego sprzętu medycznego a jest wyłącznie usługą towarzyszącą. Przedmiot zamówienia, wyszczególniony przez Zamawiającego w pozycji 2.5 oraz 3, stanowi jedynie dodatkowe elementy zamówienia, dla których ustawa o VAT nie przewiduje możliwości zastosowania stawki preferencyjnej. Rozdzielenie przez Zamawiającego w formularzu cenowym poszczególnych dodatkowych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia świadczy i potwierdza ich samodzielność. W konsekwencji zatem w pozycjach 2.5 jak i 3 usługi szkoleniowe powinny zostać wycenione przy zastosowaniu stawki podstawowej VAT, nie zaś obniżonej 8 %, która ma zastosowanie jedynie do wyrobów medycznych. Odwołujący podkreślił ponownie, że niemożliwość rozdzielenia świadczeń powinna wynikać z przyczyn o obiektywnym charakterze. Natomiast odnosząc się do przedstawionej w wyjaśnieniach TMS teorii świadczeń powiązanych nie ulega wątpliwości, że istnieje obiektywna możliwość pracy urządzenia medycznego w siedzibie Zamawiającego bez przeszkolenia. Tym samym nie można mówić o świadczeniu kompleksowym, którego komponenty wzajemne są zależne względem siebie. Odwołujący potwierdził, że brak szkoleń personelu Zamawiającego przez wykonawcę nie jest warunkiem pracy dostarczonego tomografu. Zatem w świetle powyższego, świadczenia w postaci dostawy i instalacji aparatu, uznać należy, względem usług

szkoleniowych personelu techniczno-konserwacyjnego, za świadczenie odrębne, które mogą być rozdzielone w sposób obiektywnie uzasadniony. Zauważył, że tomograf komputerowy to wyrób medyczny, dla którego ustawa o wyrobach medycznych przewiduje konieczność dostarczenia określonej dokumentacji nie uzależniając prawidłowości świadczenia od konieczności przeprowadzenia szkoleń, co potwierdza czas określony w SIWZ pomiędzy czynnością dostawy i instalacji oraz odbioru tomografu względem usług szkoleniowych.

Odwołujący odnosząc się kolejno do zastosowanej przez TMS dla prac adaptacyjnych wraz z nadzorem autorskim stawki podstawowej i stawki preferencyjnej wskazał, że z udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień wynika, że w ofercie firmy TMS zostały zastosowane stawki podatku VAT właściwe dla danego rodzaju sprzętu i usług, zgodnie z polskim prawem. Odpowiednio zastosowano stawkę podatku VAT 8% dla wszystkich zaoferowanych produktów medycznych oraz stawkę podatku VAT 23% dla wszystkich zaoferowanych produktów niemedycznych. TMS wyjaśnił, że zastosowana w punktach 1 oraz 1.2, dotyczących wykonania prac budowlanych, stawka podatku VAT wynika z konieczności zastosowania stawki 8% dla przewidzianych do wykonania prac i dostaw w zakresie systemów gazów medycznych, których realizacja jest konieczna dla zgodnego z prawem wykonania adaptacji pomieszczeń pracowni TK i stawki 23% dla wszystkich pozostałych prac.

Zdaniem Odwołującego TMS próbuje uzasadniać poprawność zastosowanej stawki preferencyjnej dla części zakresu rzeczowego zamówienia rzekomymi „pracami i dostawami w zakresie systemów gazów medycznych”. Jednak jak wskazał Odwołujący przedmiot zamówienia nie obejmuje żadnych prac ani dostaw w zakresie systemów gazów medycznych. Udostępnione PFU wraz z dokumentacjami projektowymi jako opis przedmiotu zamówienia nie obejmuje w ogóle wykonania takich prac. Zatem jeśli wyłącznym uzasadnieniem dla zastosowania stawki preferencyjnej ma być zamiar wykonania takich prac to należy wskazać, że prace takie nie wchodzą w zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia. W dodatku, co należy podkreślić, nie ma w sprawie znaczenia ani producent, ani model oferowanego tomografu bowiem wyrób ten nie wymaga w żaden sposób ingerencji w instalację gazów medycznych. System tomografu i pracownia tomografu względem instalacji gazów medycznych szpitala pozostają odrębnymi i autonomicznymi systemami.

Odwołujący oświadczył, że wykonanie takich prac po pierwsze jest poza zakresem zamówienia a już z pewnością nie może stanowić warunku zgodnego z prawem wykonania adaptacji pomieszczeń pracowni TK. Jeśli zatem, jak wynika z treści wyjaśnień wykonawcy TMS, wycena ofertowa i jej zakres rzeczowy wykracza poza przedmiot zamówienia opisany w treści SIWZ - winno to być podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo zatem, poza oczywistą niezgodnością treści oferty z SIWZ, właśnie ten zakres, który o niezgodności z SIWZ przesądza, ma być podstawą do zastosowania stawki

preferencyjnej VAT w wysokości 8%. W ocenie Odwołującego cały zakres rzeczowy prac objętych poz. 1.2 Formularza winien być wyceniony przy zastosowaniu stawki jednolitej, podstawowej tj. 23%.

Zdaniem Odwołującego uwzględniając fakt, że przedmiot zamówienia nie obejmuje prac ani dostaw instalacji gazów medycznych, całkowity zakres prac adaptacyjnych winien być opodatkowany stawką podstawową. Mając na względzie argumentację zawartą w treści odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego usług szkoleniowych, wadliwa stawka podatku VAT skutkuje bezwzględną podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp.

Należy podkreślić, że analogicznie jak w przypadku szkoleń, TMS w sposób nieuprawniony zastosował stawkę preferencyjną nie zaś podstawową, co skutkuje dodatkowo niekonkurencyjnością ofert. Specyfika zamówień na dostawy wyrobów medycznych to aktualnie marginalne różnice pomiędzy ofertami, zatem tego rodzaju nieuprawnione preferencje mogą mieć i mają bezpośredni wpływ na wynik postępowań.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że zakres rzeczowy zamówienia w zakresie prac opisanych w poz. 1.2. zgodny z SIWZ, w tym PFU, obejmuje prace opodatkowane wyłącznie stawką podstawową 23% VAT. W konsekwencji zastosowanie w tym zakresie stawki preferencyjnej podatku VAT jest nieuprawnione i skutkuje odrzuceniem oferty. Próba uzasadnienia zastosowania wadliwej, preferencyjnej stawki podatku pracami niewchodzącymi w zakres rzeczowy zamówienia, stanowi jedynie dowód niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, co jest samodzielną podstawą do odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

### **KIO 2123/19**

W dniu 21 października 2019r. wykonawca GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący 2” lub „GE”) wniósł odwołanie od czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez TMS jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty TMS,
3. wadliwej ocenie oferty Siemens, polegającej na przyznaniu temu wykonawcy błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „jakość”, a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej,
4. wadliwej ocenie oferty Odwołującego polegającej na przyznaniu temu wykonawcy błędnej (zaniżonej) liczby punktów w kryterium „jakość” i błędnej zaniżonej liczby punktów w



kryterium „cena”, a w konsekwencji błędnej (zaniżonej) liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej,

5. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty TMS i zaniechanie jej odrzucenia, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny tj. ze względu na nieprawidłowo zastosowaną stawkę podatku od towarów i usług (VAT), a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty Siemens w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania firmie Siemens błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „jakość”, a w konsekwencji przyznanie firmie Siemens błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż w świetle konieczności odrzucenia oferty TMS, to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu

3) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty Odwołującego w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania Odwołującemu błędnej (zaniżonej) liczby punktów w kryterium „jakość” oraz w kryterium „cena” a w konsekwencji przyznanie Odwołującemu błędnej (zaniżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

4) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty TMS jako najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia oferty TMS, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz:

a. obniżenie oceny punktowej przyznanej ofercie Siemens w kryterium „jakość” do 35,68 punktów (zamiast 40 punktów) a w konsekwencji obniżenie oceny oferty Siemens na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 91,79 punktów (zamiast 95,03 punktów) zgodnie z symulacją przedstawioną w uzasadnieniu odwołania,

b. podwyższenie oceny punktowej przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium „jakość” do 40 punktów (zamiast 34,75 punktów) oraz podwyższenie oceny punktowej przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium „cena” do 60 punktów (zamiast 58,84 punktów), a w konsekwencji podwyższenie oceny oferty Odwołującego na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 100 punktów (zamiast 93,59 punktów) zgodnie z symulacją przedstawioną w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając zarzut błędu w obliczeniu ceny w ofercie firmy TMS, poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki VAT Odwołujący 2 wskazał, że TMS nieprawidłowo wskazał stawkę VAT w Formularzu Cenowym będącym Załącznikiem 2b do SIWZ, gdzie w punktach 1, 1.2, 2.2, 2.3, 2.4 i 2.5 przyjął on preferencyjną stawkę VAT 8%, co stanowi błąd w obliczeniu ceny i winno stanowić podstawę odrzucenia oferty. Odwołujący 2 podniósł, iż w stosunku do asortymentu/świadczeń zaoferowanych w ww. pozycjach powinna mieć zastosowanie stawka podstawowa 23 % VAT. Stwierdził, iż w ww. zakresie TMS nie mógł zaoferować 8 % stawki VAT dla wykonania prac w zakresie systemów gazów medycznych, które jak sam przyznał stanowią prace budowlane w zakresie adaptacji pomieszczeń. Roboty budowlane w tym zakresie są obwarowane 23 % stawką VAT. W tym kontekście warto zauważyć, iż pozycja 12 Formularza cenowego odnosi się do prac adaptacyjnych, a nie do dostaw. O ile systemy gazów medycznych mogą stanowić wyrób medyczny o tyle prace (roboty budowlane) związane z adaptacją tych wyrobów medycznych (a tego dotyczy pozycja 1.2 Formularza cenowego) już takimi wyrobami nie są i nie mieszczą się w katalogu wyspecyfikowanym w Załączniku nr 3 do ustawy o VAT. Co więcej, TMS w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że przedmiotowe prace dotyczące systemów gazów medycznych są niezbędne do „zgodnego z prawem wykonania adaptacji pomieszczeń pracownik TK”. Skoro dla adaptacji stosuje się stawkę 23 %, to tym bardziej roboty w zakresie systemów gazów medycznych wchodzące w zakres tej adaptacji powinny mieć stawkę 23 % VAT.

Odwołujący 2 wskazał, że TMS również w zakresie pozycji formularza cenowego wskazanych w punktach 2.2 (dostawa tomografu komputerowego — rozumiana jako fizyczne dostarczenie tomografu), 2.3 (zainstalowanie tomografu komputerowego), 2.4 (uruchomienie tomografu komputerowego) i 2.5 (szkolenie grupa 2 i grupa 3) błędnie zaoferował stawkę VAT 8 % zamiast 23 %. W swoich wyjaśnieniach z dnia 9 października firma TMS wskazała, iż czynności dostawy, zainstalowania, uruchomienia i szkolenia są nierozzerwalne i integralne z całym systemem tomografu komputerowego i zdaniem TMS powinny być przedmiotem opodatkowania stawką podatku 8 % tak jak dla wyrobu medycznego. Z takim twierdzeniem nie sposób się jednak zgodzić. Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obniżona stawka w wysokości 8 %, odnosi się do towarów i usług wyszczególnionych w Załączniku nr 3 do ustawy. W poz. 105 tego załącznika wymienione

zostały, bez względu na symbol PKWiU — „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”. Także wobec treści art. 98 ust. 2 i 3 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE L 06.347.1 ze zm.), stawki obniżone mają zastosowanie wyłącznie do dostaw towarów i świadczenia usług, których kategorie są określone w załączniku nr III. W nim natomiast mowa jest wyłącznie o wyrobach medycznych. Z tychże względów, zastosowanie przez TMS stawki preferencyjnej dla produktów/czynności, które nie są wyrobami medycznymi zgodnie z załącznikiem nr III do ustawy jest całkowicie bezpodstawne.

Przyczyną do zastosowania przez TMS stawki VAT 8 % do ww. czynności było potraktowanie przedmiotowej dostawy jako świadczenia kompleksowego. W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o świadczeniu złożonym, czy też kompleksowym. GE zauważył, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku o sygn. C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, dał prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być interpretowane ściśle. Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego wydanego w tej sprawie: „szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji”.

GE zauważył, że przedmiot zamówienia, wyszczególniony przez Zamawiającego w pozycjach 2.2-2.5 i 3 stanowi jedynie dodatkowe elementy zamówienia, dla których ustawa o VAT nie przewiduje możliwości zastosowania stawki preferencyjnej. Za tym, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z czynnościami pobocznymi które nie są nierozzerwalnie związane z dostawą tomografu komputerowego, przemawia już sam sposób skonstruowania formularza cenowego przez Zamawiającego, który wyodrębnił do oddzielnych pozycji czynności dostawy tomografu (fizycznego dostarczenia tomografu), jego instalacji, uruchomienia i przeprowadzenia szkoleń, które nie dotyczą samego sprzętu medycznego, lecz są jedynie usługami pobocznymi. Rozdzielenie przez Zamawiającego w formularzu cenowym poszczególnych usług wchodzących w zakres zamówienia świadczy o ich samodzielności, co w konsekwencji wpływa na to, iż w tych pozycjach powinna zostać uwzględniona podstawowa stawka VAT, a nie stawka obniżona 8 %, która ma zastosowanie jedynie do wyrobów

medycznych (tutaj tomografu komputerowego). Nie można przy ocenie samodzielności świadczeń pominąć także zasadniczej treści SIWZ, gdzie w punkcie III — Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający rozdziela od siebie m.in. dostawę samego wyrobu medycznego, roboty/prace budowlane i właśnie usługi szkoleniowe, dla których przypisane są odrębne kody CPV. Nie sposób również zwrócić uwagi, iż w myśl punktu 4 SIWZ „Termin wykonania zamówienia” poszczególne świadczenia m.in. dostawa i instalacja, uruchomienie urządzeń, czy też wreszcie szkolenia mają zostać zrealizowane w różnym czasie. W szczególności zauważyć należy, iż szkolenia mają być realizowane w terminie do 7 lub 60 dni od daty instalacji i uruchomienia tomografu. Skoro zatem dane świadczenia mogą zostać zrealizowane niezależnie od siebie w pewnych odstępach czasu, to tym bardziej okoliczność ta świadczy o tym, iż przedmiotowe czynności nie są nierozzerwalnie związane z dostawą tomografu komputerowego. Ponadto wzór umowy wraz z załącznikami przewiduje odrębne protokoły odbioru dla poszczególnych czynności (np. protokół szkolenia nr 3, protokół szkolenia nr 4, protokół szkolenia nr 5), co także dowodzi, iż mamy do czynienia z odrębnymi i niezależnymi świadczeniami.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż na pewno ww. czynności nie kwalifikują się do uznania ich jako nierozzerwalnie związane z dostawą tomografu komputerowego. Za takie na pewno nie można uznać szkoleń wskazanych w punkcie 2.5 formularza cenowego. Odwołujący podnosi, iż w niniejszym przypadku realizacja szkoleń jest czynnością samoistną, która występuje niezależnie od dostawy towaru. Funkcjonalny związek pomiędzy dostawą sprzętu medycznego a prowadzeniem szkoleń z zakresu obsługi tego sprzętu nie jest na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Co więcej zauważyć należy, iż TMS w stosunku do szkoleń opisanych w punkcie 3 formularza cenowego (dla grupy 1) zastosował stawkę VAT 23 %, a nie stawkę 8 %. Tym samym firma TMS wykazała się niekonsekwencją w zastosowaniu stawki VAT dla de facto tych samych rodzajowo czynności przeprowadzania szkoleń, gdzie z jednej strony oferuje stawkę 23 %, z drugiej zaś stawkę 8 % VAT.

W swoich wyjaśnieniach firma TMS powołuje się na nierozzerwalność ww. świadczeń, jednakże niemożliwość rozdzielenia świadczenia w kontekście oceny czy mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym/kompleksowym powinna wynikać z przyczyn o charakterze obiektywnym. Odwołujący podkreślił, że jeżeli istnieje obiektywna możliwość pracy urządzenia medycznego w siedzibie Zamawiającego bez przeszkolenia (co zdaniem Odwołującego występuje również w niniejszej sprawie), to nie można mówić o tym, iż mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. Za świadczenia odrębne należy uznać zatem świadczenia wykonywane przez jednego świadczącego na rzecz nabywcy, które mogą być rozdzielone w

sposób obiektywnie uzasadniony, nawet jeśli są w pewien sposób powiązane. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia zarówno w przypadku pozycji 2.5 formularza cenowego tj. szkoleń, jak i też pozycji 2.2-2.4 tj. fizycznego dostarczenia tomografu komputerowego, jego instalacji i Uruchomienia.

Reasumując, 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. Takie obiektywne rozdzielenie bez wątplenia występuje w stanie faktycznym niniejszej sprawy, gdyż zarówno przeprowadzenie szkoleń, jak i czynności instalacji, uruchomienia, fizycznego dostarczenia mogłaby się obiektywnie rzecz ujmując odbyć odrębnie od sprzedaży tomografu komputerowego.

W związku z powyższym uznać należy, że złożona oferta firmy TMS zawiera błąd w obliczeniu ceny i jako taka powinna zostać odrzucona.

Uzasadniając zarzut dotyczący błędnej oceny ofert w postępowanie, GE wskazał, że:

1. W parametrze 26A Załącznika nr 4 do SIWZ o brzmieniu: „Maksymalna wymagana przez producenta moc przyłączeniowa systemu tomografii komputerowej w trybie rzeczywistej pracy diagnostycznej, o której mowa w punktach od 8 do 13 niniejszego Zestawienia parametrów technicznych, potwierdzona w oficjalnych materiałach producenta (wraz z urządzeniami zapewniającymi jego prawidłowe funkcjonowanie np. system chłodzenia) < 400 kVA” oferent Siemens podał wartość 189 kVA.

W ocenie Odwołującego jest to wartość zaniżona, która została sztucznie przeskalowana na potrzeby postępowania, aby niesłusznie uzyskać przez Siemens dodatkowe punkty. Zarówno w oficjalnych anglojęzycznych danych produktowych oferowanego aparatu (w załączeniu strona 37), jak i wytycznymi instalacyjnymi (w załączeniu - strona 7), system Somatom Force w trakcie skanowania wymaga maksymalnie 350 kVA nie wliczając układu chłodzenia lub też 360 kVA z takowym układem. Tak więc firma Siemens w przedmiotowym parametrze powinna uzyskać tylko 1 punkt za wartość <400 kVA, zamiast przyznanych firmie Siemens 5 punktów w przedmiotowym parametrze.

2. W parametrze 77 Załącznika nr 4 do SIWZ o brzmieniu: „Niskodawkowy, iteracyjny algorytm rekonstrukcji w oparciu o dane surowe, pozwalający, bez pogorszenia jakości obrazu, na redukcję dawki promieniowania o min. 60% w porównaniu do klasycznej rekonstrukcji metodą FBP” Siemens podał wartość 85%.

Żadne dostępne materiały nie wskazują, iż firma Siemens posiada w swojej ofercie algorytm iteracyjny redukujący dawkę promieniowania o podaną przez Siemens wartość. Z danych produktowych (w załączeniu — strony 7. 22, 23) wynika, iż aparaty firmy Siemens posiadają algorytm rekonstrukcyjny SAFIRE / ADMIRE, które redukują dawkę o 54-60%. W

związku z tym, Siemens w tym punkcie nie powinien otrzymać dodatkowych punktów. Ocena oferty Siemens została zatem w tym punkcie zawyżona, aż o 14 punktów.

3. W parametrach 40 Załącznika nr 4 do SIWZ o brzmieniu: „Akwizycja kardiologiczna umożliwiająca zbadanie całego serca w jednym jego uderzeniu niezależnie od częstości jego pracy w zakresie min. 40 - 140 skurczów na minutę” oraz w parametrze 41 o brzmieniu: „Akwizycja kardiologiczna do oceny zwapnień naczyń wieńcowych (Calcium Score) całego serca w jednym jego uderzeniu niezależnie od częstości jego pracy w zakresie min. 40 - 140 skurczów na minutę” Siemens podał „TAK”.

Odwołujący podnosi, iż nie ma dostępnych materiałów, czy też opracowań klinicznych potwierdzających fakt, iż oferowany aparat Somatom Force jest w stanie zbadać całe serce w jednym jego uderzeniu przy częstotliwości skurczów 40 — 140 na minutę. Jedyne dostępne na stronie internetowej firmy Siemens opracowanie w tej tematyce traktuje o sytuacji, w której serce pracuje w zakresie 82 — 100 uderzeń na minutę, zaś badanie trwa 1.2 sekundy, czyli więcej niż trwa jedno uderzenie. Oferent w pkt. 28 Załącznika nr 4 podał szerokość detektora w osi z 11,5 cm, a rozmiar serca dorosłego człowieka to około 12 x 8 x 6 cm, zaś serce z wadami lub też u sportowców to około 15 x 10 x 8 cm, czyli w żaden sposób aparat Somatom Force nie jest w stanie objąć całego serca bez zmiany położenia i tym samym nie wykona badania całego serca w jednym jego uderzeniu.

W świetle powyższego, firmie Siemens nie powinny zostać przyznane dodatkowe punkty. Oferta firmy Siemens w punkcie 40 została zatem zawyżona o 9 punktów oraz o kolejnej 9 punktów w punkcie 41.

Powyższe uchybienia mają istotny wpływ na wynik postępowania bowiem powodują to, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert. W konsekwencji ofercie Odwołującego, po ponownym przeliczeniu punktów powinno być przyznane 40 punktów, ponieważ uzyskana przez GE liczba 139 punktów częściowych jest najwyższą wartością spośród wszystkich nieodrzuconych ofert. W związku z nieuwzględnieniem oferty TMS, która powinna zostać odrzucona, zmieni się również punktacja w zakresie kryterium cena, gdzie firma Siemens powinna otrzymać 56,11 punktów. Łącznie zatem firma Siemens powinna otrzymać we wszystkich kryteriach oceny ofert bez uwzględniania oferty TMS liczbę 91,79 punktów (zamiast 95,03 punktów).

W związku z koniecznością odrzucenia oferty TMS, zmieni się również punktacja dla firmy GE w zakresie kryterium cena, gdzie firma GE powinna otrzymać 60 punktów. Oznacza to, że firma GE powinna otrzymać we wszystkich kryteriach oceny ofert bez uwzględniania oferty TMS liczbę 100 punktów (zamiast 93,59 punktów). Taka ocena punktowa godzi również w naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdzie Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem mówić o równym traktowaniu wykonawców, w sytuacji, kiedy taka sama ilość punktów przyznawana jest zarówno ofercie, która spełnia dany parametr oceniany, jak i tej która wyraźnie nie spełnia tego parametru.

W piśmie procesowym z dnia 4 listopada 2019r. Przystępujący TMS wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że Zamawiający w nie tylko nie narzucił jednolitej stawki VAT dla całości zamówienia i jego elementów składowych, ale wprost oświadczył, w dokumencie datowanym na dzień 4 września 2019 r. – „Zawiadomienie o wyjaśnieniach i zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, w odpowiedzi na pytanie nr 93, że nie „narzuca stawki VAT”. Odpowiedź ta wprost dotyczyła modyfikacji załącznika cenowego „w taki sposób, aby w przypadku mieszanej stawki VAT (np. 8% i 23%) dla danej pozycji oferty wykonawcy mogli w formularzu cenowym jednoznacznie podać odpowiednie wartości dla poszczególnych stawek VAT.”. Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla całości argumentacji odwołań zarówno Odwołującego 1 jak i Odwołującego 2, gdyż wprost wskazuje na intencje Zamawiającego, który przewidywał rozbitcie stawek VAT na 8% i 23% w zależności od przedmiotu opodatkowania.

Przystępujący zaprzeczył interpretacji Odwołujących dotyczących oceny zarówno dostawy wyrobu medycznego wraz z podstawowym szkoleniem z jego uruchamiania i obsługi, jak również zarzutom o zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT dla wyrobów medycznych w postaci elementów systemu gazów medycznych, które wymagają wymiany w trakcie realizacji prac adaptacyjnych u Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że zarówno Odwołujący 1 jak i Odwołujący 2 starają się opisać przedmiot zamówienia i zakres szkoleń podstawowych przy dostawie wysokospecjalistycznego i skomplikowanego wyrobu medycznego jakim jest tomograf komputerowy w sposób sprzeczny z SIWZ, dotychczasową wieloletnią praktyką i orzecznictwem KIO oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Przystępujący zauważył, że Zamawiający w punkcie 2 formularza cenowego, (załącznik numer 2b do SIWZ) żądał podania wartości netto, brutto, kwot i stawek VAT w sposób następujący:

- tomograf komputerowy wraz z osprzętem oraz szkolenie pracowników zgodnie z punktem 163 załącznika numer 4 do SIWZ i zgodnie z wytycznymi zawartymi w odpowiedzi na pytanie numer 98 z dnia 4 września 2019r. (pismo numer DZ. 3321.153.2019),
- dostawa tomografu komputerowego zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ,
- zainstalowanie tomografu komputerowego z osprzętem zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ,

**Sygn. akt KIO 2113/19**

**KIO 2123/19**

- uruchomienie tomografu komputerowego z osprzętem zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ,

- szkolenie tomografu komputerowego z osprzętem zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ (Grupa 2 oraz Grupa 3).

Szkolenia podstawowe, obejmujące zgodnie z postanowieniami wzoru Umowy:

- szkolenie pracowników Pionu Elektroniki Medycznej Zamawiającego - Grupa 2 w zakresie oceny stanu technicznego, przeprowadzenia testów funkcjonalnych i bezpieczeństwa, przeglądów, kalibracji i konserwacji Wyposażenia Medycznego realizowanych po upływie okresu gwarancji,

- Szkolenie pracowników Pionu Technicznego, Laboratorium Kontrolno-Pomiarowego Zamawiającego - Grupa 3: z zakresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń tj. tomografu komputerowego i urządzeń towarzyszących oraz udostępnienie kodów serwisowych w celu przeprowadzenia testów specjalistycznych zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000r. Prawo atomowe (tekst jednolity Dz. U z 2018r. poz. 792) i rozporządzeń wykonawczych, zostały przez Zamawiającego oddzielone od:

- szkolenia aplikacyjnego personelu Zamawiającego (technicy, lekarze, fizycy medyczni) - Grupa 1: w zakresie eksploatacji i obsługi urządzeń będących wyposażeniem pracowni tomografii komputerowej tj. tomografu komputerowego i urządzeń towarzyszących, tak ze względu na zakres szkoleń jak i czas ich realizacji.

Szkolenia podstawowe bowiem mają być przeprowadzone równocześnie z instalacją tomografu - w terminie do 7 dni od daty uruchomienia urządzenia - jeszcze przed uzyskaniem Decyzji Śląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego. Spowodowane jest to oczywistym zakresem szkoleń podstawowych, w ramach których pracownicy Zamawiającego mają uzyskać podstawowe informacje niezbędne do uruchomienia i eksploatacji urządzenia - takie jak ocena stanu technicznego, przeprowadzenia testów funkcjonalnych i bezpieczeństwa czy też udostępnienie kodów serwisowych w celu przeprowadzenia testów specjalistycznych. Szkolenia te są zatem nierozdzielnie związane z dostawą konkretnego wyrobu medycznego, realizowane przed oddaniem go do eksploatacji, stąd prezentowane przez Odwołujących orzecznictwo KIO w zakresie możliwości oderwania tego typu szkolenia podstawowego od przedmiotu zamówienia - wyrobu medycznego - są całkowicie chybione. Świadczenie polegające na dostawie wyrobu medycznego oraz przeprowadzeniu podstawowego szkolenia z jego obsługi, włączenia i przekazanie kodów serwisowych i prezentacja ich wprowadzania jest ewidentnie świadczeniem pomocniczym wobec świadczenia głównego dostawy wyrobu medycznego. Szkolenia podstawowe umożliwiają rozpoczęcie korzystania z wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem, ponieważ użytkownicy wyrobów medycznych muszą przed przystąpieniem do eksploatacji



posiadać podstawową wiedzę niezbędną do prawidłowej obsługi konkretnego, specjalistycznego wyrobu medycznego.

Przystępujący wskazał, że szkolenie podstawowe wymagane przez Zamawiającego, skorelowane jest z powszechnie znanym dla użytkowników wyrobów medycznych, w postaci tomografów komputerowych, obowiązkiem zaznajomienia się z podstawowymi czynnościami kontrolnymi i serwisowymi, które muszą być znane Użytkownikowi od pierwszego dnia użytkowania. Zgodnie bowiem z obowiązującą Użytkownika instrukcją obsługi wyrobu medycznego „czynności konserwacyjne i kontrole obejmują codzienne kontrole, kontrole okresowe oraz wymianę części eksploatacyjnych”. Tomograf komputerowy może być użytkowany wyłącznie po dokonaniu zatem codziennych czynności eksploatacyjnych i kontrolnych przez przeszkolony przed dopuszczeniem do użytkowania personel. Obowiązki te określają wszyscy producenci wysokospecjalistycznych wyrobów medycznych, a w przypadku Przystępującego obowiązek przeprowadzenia szkolenia podstawowego w tym zakresie wynika wprost z instrukcji obsługi i jest warunkiem dla bezpiecznego użytkowania tomografu i utrzymania jego gwarancji.

Przystępujący stwierdził ponadto, że Odwołujący pomijają obowiązujące Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz.U. 2017 poz. 884; dalej: „rozporządzenie”), zgodnie z którym użytkownik, a więc jego przeszkoleni pracownicy muszą dokonywać m.in. comiesięcznych testów w zakresie m.in. poziomu artefaktów, wartości HU, jednorodności obrazu czy poziomu szumów. Przeprowadzenie szkolenia w zakresie obsługi wyrobu medycznego w tym przypadku nie może być więc wykonane w dowolnym czasie, a w szczególności po przystąpieniu do użytkowania. Szkolenie w tym zakresie jest więc nierozzerwalnie związane z dostawą tomografu komputerowego.

Przystępujący podkreślił także, że tego typu szkolenie nie jest oferowane jako odrębne szkolenie w żadnym przypadku i jest zawsze nierozzerwalnie połączone z dostawą konkretnego wyrobu medycznego, który z uwagi na swoje skomplikowanie i uwarunkowania prawne, w tym Prawo atomowe, wymaga indywidualnego przeszkolenia wstępnego przed oddaniem go do eksploatacji. Z wieloletniej praktyki Przystępującego wynika, że tego typu szkolenia podstawowe nie są przedmiotem odrębnych usług, gdyż dla Zamawiających nie mają one racji bytu samodzielnego - bez dostawy z wyrobem medycznym, którego dotyczą. Rozdzielenie dostawy i szkolenia podstawowego miałyby więc charakter wyłącznie sztuczny.

Należy podkreślić, że Zamawiający sam skonstruował formularz cenowy, załącznik nr 2b do SIWZ, dla punktu 2 w sposób jednoznacznie wskazujący na fakt, że w ramach opisu parametrów technicznych tomografu komputerowego oczekuje jego dostawy, instalacji,

uruchomienia oraz szkoleń pracowników Grup: 2 i 3, jako czynności integralnych dla wspomnianego wyrobu medycznego. Jest to zgodne z przepisami rozporządzenia i pozwala na ochronę użytkownika przed błędami w użytkowaniu prowadzącymi do incydentów medycznych i/lub uszkodzenia wyrobu medycznego w sposób mogący spowodować utratę gwarancji.

Zastosowanie więc przez TMS stawki VAT w wysokości 8 % dla szkoleń podstawowych wchodzących w skład świadczenia kompleksowego dostawy wyrobu medycznego - jest prawidłowe i znajduje poparcie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 Aktiebolaget NN TSUE wskazał, że, po pierwsze, z art. 2 pkt 1 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej wynika, iż każda transakcja powinna być zwykle uznawana za odrębną i niezależną, a po drugie, że transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie gospodarczym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT. Ponadto TSUE w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r., C-349/96 stwierdził, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, co do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Z wyroku TSUE z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-42/14 Wojskowa Agencja Mieszkaniowa w Warszawie wynika, że „z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika niemniej, że w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jedną transakcję, jeżeli nie są one od siebie niezależne. Jedna transakcja występuje w szczególności wtedy, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności, dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie ekonomiczne, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Jest tak również w sytuacji, gdy jedno lub więcej świadczeń stanowi świadczenie główne, natomiast inne świadczenie lub świadczenia stanowią jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los podatkowy świadczenia głównego (wyrok BGŻ Leasing, C-224/11), W szczególności świadczenie należy uznać za pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego usługodawcy (wyrok Field Fisher Waterhouse, C-392/11). Podobnie wypowiedział się w sprawie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 6 maja 2015 r. (sygn. I FSK 2105/13): w którym wskazano, że „(...) świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy

relacja poszczególnych świadczeń wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenie pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego”.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący powołują się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 17 listopada 2017 roku KIO 2297/17, jednakże stan faktyczny tej sprawy był odmienny od przedmiotowego. Jak wynika z tego orzeczenia istotną okolicznością w tej sprawie był m.in. przyjęty dla tego zamówienia odrębny termin dostawy tomografu wraz z wyposażeniem, który miał zostać złożony u Zamawiającego przed zakończeniem prac adaptacyjnych oraz dalszych związanych z jego instalacją, uruchomieniem i szkoleniem pracowników. Szkolenia te miały być bowiem wykonywane po dostawie tomografu i po jego zafakturowaniu, w następnym roku kalendarzowym i miały inny zakres oraz miały być odrębnie rozliczane - co powoduje, że opisywane stan faktyczny będący podstawą orzeczenia w ogóle nie jest podobny do rozpoznawanego w niniejszym postępowaniu. Szkolenie podstawowe w tym postępowaniu są wykonywane łącznie z dostawą, niemal równocześnie z uruchomieniem urządzenia (do przeprowadzenia szkoleń podstawowych wymagane jest faktyczne uruchomienie urządzenia). Podobnie; cytowany przez Odwołujących wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. KIO 126/19, nie znajduje zastosowania w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający bowiem w niniejszym postępowaniu jednoznacznie oddzielił szkolenia specjalistyczne, co do których istnieje możliwość ich przeprowadzenia w dowolnym terminie i ich zamówienie jako świadczenia dodatkowego, od szkoleń ograniczonych w zakresie podstawowych dotyczących konkretnego urządzenia w chwili jego uruchamiania - co powoduje, że rozważania w zakresie możliwości przeprowadzenia tych szkoleń jako odrębnych świadczeń - są bezprzedmiotowe.

Przystępujący wskazał, że uznawanie szkoleń podstawowych dostarczanych razem z wyrobem medycznym i obejmujących swoim zakresem elementarne zasady postępowania z wyrobem medycznym dla zapewnienia sprawności jego włączenia, eksploatacji, przekazania i wpisywania kodów dla celów wykonywania przewidzianych ustawą Prawo atomowe testów, jakie musi przeprowadzić użytkownik dla konkretnego wyrobu medycznego - tomografu nie było kwestionowane jako czynności pomocnicze dla dostawy wyrobu medycznego, o ile nie występowały nadzwyczajne okoliczności, takie jak np. w stanie faktycznym sprawy KIO 2297/17. W niniejszej sprawie okoliczności te jednak nie występują, w związku z czym nie sposób uznać szkoleń podstawowych za świadczenia dodatkowe, tylko uznać je należy za element świadczenia kompleksowego. Zgodnie z zasadą powszechności opodatkowania podatkiem VAT oraz na podstawie polskiego i europejskiego orzecznictwa należy stwierdzić, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia jedną

czynność (dostawę) nie powinno być sztucznie dzielone. W przypadku, gdy wykonywana czynność (dostawa) stanowi dla Zamawiającego całość nie należy jej rozбивać na poszczególne elementy składowe, lecz traktować jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje całemu świadczeniu (dostawie) charakter dominujący. Oznacza to, że czynności ze sobą ściśle powiązane stanowiące jedną całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym dla potrzeb VAT winny być potraktowane jako jedna czynność (dostawa) opodatkowana tą samą stawką VAT. Skutkiem tego, świadczenia pomocnicze, co do zasady dzielą los prawny świadczenia głównego, w szczególności w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego, miejsca świadczenia oraz stawki podatku od towaru i usług.

Przystępujący wskazał, że zarówno Odwołujący 1 jak i Odwołujący 2 dotychczas nie mieli wątpliwości w zakresie przyporządkowania szkolenia podstawowego jako elementu dostawy wyrobu medycznego, które odbywa się równocześnie z instalacją i uruchomieniem konkretnego tomografu. Zastosowanie stawki podatku VAT 23% stosowane jest bowiem dla usługi przeszkolenia personelu w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia, które może odbyć się po podpisaniu protokołu zdawczoodbiorczego, zatem nie jest ściśle związane z dostawą, jak w niniejszym postępowaniu vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt. KIO 2417/17.

Podkreślił, że Odwołujący 1 jak i Odwołujący 2 w toku wielu lat działalności składali dziesiątki ofert obejmujących szkolenia podstawowe dostarczane łącznie z wyrobem medycznym jako element świadczenia kompleksowego stąd zarzuty odwołań w tym zakresie Przystępujący uznaje wyłącznie za próbę wyeliminowania go z postępowania bez merytorycznego uzasadnienia:

Odnosząc się kolejno do zastosowanej przez siebie stawki 8% VAT dla dostawy elementów systemu gazów medycznych będących wyrobami medycznymi, TMS wskazał, że Siemens w nieprawidłowy sposób dokonuje oceny przedmiotu zamówienia oraz Programu Funkcjonalno - Użytkowego (załącznik numer 5 do SIWZ). Dokument ten, będący podstawą do opracowania projektu i wykonania prac adaptacyjnych traktuje wybiórczo, pomijając wskazany w pkt 1 PFU cel przedmiotu zamówienia jakim jest uzyskanie nowoczesnej Pracowni Tomografii Komputerowej wraz z niezbędnym zapleczem. Wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in. wykonanie „niezbędnej dokumentacji projektowej na dostosowanie pomieszczeń Pracowni Tomografii Komputerowej na potrzeby nowego tomografu”, a w tym m.in. „projekt wykonawczy wszelkich instalacji wymaganych dla prawidłowego funkcjonowania tomografu”. Dodatkowo Zamawiający w pkt 1.3. Ogólne właściwości funkcjonalno - użytkowe wskazał, że przedmiot zamówienia należy zrealizować zgodnie z wymaganiami obowiązujących norm i przepisów. W szczególności realizowane

roboty budowlane muszą spełniać wymagania: prawa budowlanego, warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, sanitarno - higienicznych i ochrony zdrowia, warunków ochrony przeciwpożarowej, bezpieczeństwa konstrukcji i użytkowania, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz pokrewnych, ochrony środowiska oraz aktualnych norm. Podatkowo wskazał, że „przedmiot zamówienia należy zrealizować zgodnie z wymaganiami obowiązujących norm i przepisów. W szczególności pomieszczenia oraz elementy budowlano - instalacyjne muszą spełniać warunki ochrony przeciwpożarowej, bezpieczeństwa konstrukcji i użytkowania, ochrony środowiska, wymagań sanitarno higienicznych i ochrony zdrowia, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz pokrewnych.”

TMS wskazał, że Zamawiający wymagał od oferentów dokonania wizji lokalnej, co znalazło swoje odzwierciedlenie w § 4 Załącznika Nr 13 - wzorzec Umowy, w którym Wykonawca oświadcza, że dokonał wizji lokalnej Placu Budowy i jego otoczenia. Wyjaśnił, że dokonał wizji lokalnej i w jej trakcie uzyskał informacje, że znajdujące się w pracowni tomografii komputerowej elementy systemu gazów medycznych - punkty poboru gazów - wymagają wymiany. Element ten zatem w sposób oczywisty wchodzi w zakres zamówienia i wymaga wymiany dla prawidłowego, zgodnego z Prawem budowlanym oraz przepisami sanitarno higienicznymi i ochrony zdrowia, użytkowania pracowni i oddania jej do eksploatacji po wykonanych pracach adaptacyjnych.

Przystępujący wskazuje, że elementy systemu instalacji gazów medycznych, jako wyroby medyczne, zgodnie z art. 41 ust. 1 i ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT według stawki 8%, co wynika z pozycji 105 załącznika nr 3 do ww. ustawy. Na podstawie przywołanej pozycji przedmiotowego załącznika stawkę 8% stosuje się bez względu na symbol PKWiU do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wyrobami medycznymi są: narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

1) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby;

2) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia;

3) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego;

4) regulacji poczęć - który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Oferowane przez Przystępującego w ofercie elementy systemu gazów medycznych, które wymagane są do instalacji w trakcie procesu adaptacji pracowni TK posiadają atesty jako wyroby medyczne i powinny być traktowane jako wyrób odrębnie opodatkowany (jako świadczenie odrębne). Przystępujący wyjaśnił, że uzyskał od podwykonawcy - Zakładu Usług Remontowych „BOMITO” ofertę wykonania całości prac adaptacyjnych, w ramach której wyodrębniono czynności związane z montażem wyrobu medycznego wchodzącego w skład systemu instalacji gazów medycznych u Zamawiającego. W ramach tej oferty wykonawca prac budowlanych wyodrębnił czynności związane z dostawą i montażem wyrobu medycznego, zgodnie z obowiązującymi przepisami i interpretacjami podatkowymi. Ponadto Przystępujący TMS wskazał, że jak wynika z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach; znak IBPP2/4512-441/15/WN „Wnioskodawca powinien zastosować stawki podatku VAT właściwe dla wykonywanych przez siebie czynności, tj. realizując np. zadanie obejmujące dostawę instalacji gazów medycznych oraz prace tynkarskie, malarskie, budowlane, każdorazowo dostawę wyrobu medycznego powinien opodatkowywać stawką podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy, natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, opodatkować podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23% na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.”

Analogicznie, zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt I FSK 958/10, „dostawa sprzętu medycznego i wykonanie prac przystosowujących pomieszczenia lub wykonanie ich remontu (w tym wykonanie np. instalacji elektrycznej, klimatyzacyjnej, izolacyjnej), stanowią dwa odrębne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane. Oznacza to, że dostawa instalacji gazów medycznych następuje wg stawki preferencyjnej, a roboty budowlane są wykonywane wg stawki podstawowej 23% (jeżeli nie zachodzą inne czynniki umożliwiające zastosowanie stawki preferencyjnej)”. Stanowisko to poparte jest także orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrokiem z dnia 3 grudnia 2014 r. Sygn. akt: KIO 2433/14.

Przystępujący wywiódł, że zarzuty odwołań, koncentrujące się na rzekomej nieprawidłowości w zastosowaniu preferencyjnej stawki podatku VAT na prace budowlane - są oparte na mylnym przeświadczeniu Odwołujących, że TMS zaoferował stawkę preferencyjną na wykonanie prac budowlanych związanych z adaptacją pomieszczeń -

## Sygn. akt KIO 2113/19

### KIO 2123/19

podczas gdy stawka ta dotyczy wyłącznie dostawy i montażu wyrobu medycznego w postaci systemu gazów medycznych i nie jest związana z innymi pracami budowlanymi, dla wykonania których Przystępujący zastosował podstawową stawkę podatku VAT.

Podkreślił, że prezentowane powyżej stwierdzenia i fakty wynikają również z szerokiej analizy prawno-podatkowej oraz że współpracuje z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o., a w zakresie wszelkich wątpliwości związanych z interpretacją przepisów podatkowych, w tym dotyczących stosowania stawek podatku VAT polega na wiedzy i doświadczeniu Instytutu.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2019r. oświadczył, że uwzględnia odwołania w całości.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 4 listopada 2019r. Przystępujący TMS zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołań 2113/19 oraz 2123/19. Przystępujący Siemens zgłosił natomiast sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 2123/19 w części dotyczącej oferty złożonej przez Siemens.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron i uczestników postępowania złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:**

**Odwołanie o sygn. akt KIO 2113/19 zasługiwało na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 2123/19 na częściowe uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący 1 i 2 spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2123/19 po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2123/19 oraz KIO 2113/19 po stronie Zamawiającego.

## **Sygn. akt KIO 2113/19**

### **KIO 2123/19**

W związku ze zgłoszeniem sprzeciwów przez Przystępującego TMS w sprawie KIO 2113/19 oraz 2123/19, a także przez Przystępującego Siemens w sprawie KIO 2123/19 Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

#### **Izba ustaliła:**

Przystępujący TMS w pozycjach 1, 1.2 Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 2b do SIWZ wskazał stawkę podatku VAT 8% i 23%, natomiast w pozycjach 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 zastosował stawkę 8 %.

Pismem z dnia 3 października 2019r. Zamawiający wezwał TMS w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Przystępujący odpowiadając na powyższe wezwanie pismem z dnia 9 października 2019r. wyjaśnił, że „W ofercie firmy TMS Sp. z o.o. zostały zastosowane stawki podatku VAT właściwe dla danego rodzaju sprzętu i usług, zgodnie z polskim prawem. Odpowiednio zastosowano stawkę podatku VAT 8% dla wszystkich zaoferowanych produktów medycznych oraz stawkę podatku VAT 23% dla wszystkich zaoferowanych produktów niemedyceńskich. Wyjaśniamy, że zastosowana w punktach 1 oraz 1.2, dotyczących wykonania prac budowlanych, stawka podatku VAT wynika z konieczności zastosowania stawki 8% dla przewidzianych do wykonania prac i dostaw w zakresie systemów gazów medycznych, których realizacja jest konieczna dla zgodnego z prawem wykonania adaptacji pomieszczeń pracowni TK i stawki 23% dla wszystkich pozostałych prac.

W zakresie punktów 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, dotyczących dostawy, zainstalowania, uruchomienia i szkolenia w zakresie zaoferowanego tomografu komputerowego, TMS Spółka z o.o. informuje, że czynności te są nierozdzielalne i integralne z całym systemem tomografu komputerowego i jako takie winny być przedmiotem opodatkowania stawką podatku 8% co jest zgodne z wielokrotnie uzyskiwanymi interpretacjami uzyskiwanymi przez Spółkę w tym zakresie.”.

### **KIO 2113/19**

#### **Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny oferty. Podkreślić należy, że zgodnie z uchwałami Sądu Najwyższego III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 błędem w obliczeniu ceny skutkującym koniecznością jej odrzucenia jest zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT. W konsekwencji więc uznania, że wykonawca TMS błędnie zastosował we wskazanych wyżej pozycjach stawkę 8%



zamiast stawki podstawowej, w postępowaniu zaistnieje konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia zgodnie z SIWZ była dostawa, instalacja i uruchomienie tomografu komputerowego wraz z wykonaniem prac adaptacyjnych. Zamawiający wymagał również przeprowadzenia szkoleń dla jego personelu. Kwestią sporną pomiędzy Odwołującymi i TMS była możliwość objęcia preferencyjną stawką podatku w wysokości 8%, właściwej dla dostawy tomografu komputerowego, również usług szkoleniowych. Odwołujący wywodzili, że usługi te powinny zostać opodatkowane stawką właściwą, natomiast TMS uważał, że szkolenie personelu Grupy 2 i 3 może zostać opodatkowane stawką preferencyjną z uwagi na fakt, że dostawa tomografu i szkolenia stanowią jednolite świadczenie.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania wskazać należy, że zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 8%. W pozycji 105 powyższego załącznika wskazane zostały (bez względu na symbol PKWiU) „wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych, wyrób medyczny to narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby,

b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia,

c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego,

d) regulacji poczęć

- który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Wskazać należy, że Zamawiający w rozdziale 4 SIWZ określił, że:

- wykonawca zobowiązuje się przeprowadzić szkolenie personelu wykonawca medycznego Zamawiającego (lekarze, technicy, fizycy medyczni) – Grupa 1 w nieprzekraczalnym terminie do 90 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urządzeń i uzyskania Decyzji Śląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego, jednak nie później niż do 31.03.2020r.,

- wykonawca zobowiązuje się przeprowadzić Szkolenie pracowników Działu Elektroniki Medycznej Zamawiającego – Grupa 2 w nieprzekraczalnym terminie do 7 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urządzeń,

- wykonawca zobowiązuje się przeprowadzić Szkolenie pracowników Działu Elektroniki Medycznej i Laboratorium Kontrolno-Pomiarowego Zamawiającego – Grupa 3 w nieprzekraczalnym terminie 7 dni kalendarzowych daty uruchomienia urządzeń.

Zamawiający w § 3 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 13 do SIWZ wskazał ponadto, że zamówienie będzie realizowane w trzech etapach:

II.4. Szkolenie personelu medycznego Zamawiającego (lekarzy i techników) – Grupa 1: w zakresie eksploatacji i obsługi urządzeń będących wyposażeniem pracowni tomografii komputerowej tj. tomografu komputerowego i urządzeń towarzyszących: etapowe szkolenie - min.6 etapów po 4 dni w siedzibie Zamawiającego. Język prowadzenia szkolenia: Polski. Po zakończeniu wszystkich etapów szkolenia zostanie sporządzony Protokół ze szkolenia Grupy 1, potwierdzający zakres szkolenia i wskazujący osoby, które zostały przeszkolone.

II.5. Szkolenie pracowników Pionu Elektroniki Medycznej Zamawiającego – Grupa 2: w zakresie oceny stanu technicznego, przeprowadzenia testów funkcjonalnych i bezpieczeństwa, przeglądów, kalibracji i konserwacji Wyposażenia Medycznego realizowanych po upływie okresu gwarancji; Ilość osób uczestniczących w szkoleniu: 2; Język prowadzenia szkolenia: polski; Po zakończeniu szkolenia zostanie sporządzony Protokół ze szkolenia Grupy 2, potwierdzający zakres szkolenia i wskazujący osoby, które zostały przeszkolone.

II.6. Szkolenie pracowników Pionu Technicznego, Laboratorium Kontrolno-Pomiarowego Zamawiającego - Grupa 3: z zakresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń tj. tomografu komputerowego i urządzeń towarzyszących oraz udostępnienie kodów serwisowych w celu przeprowadzenia testów specjalistycznych zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000r. Prawo atomowe (tekst jednolity Dz. U z 2018r. poz. 792) i rozporządzeń wykonawczych. Język prowadzenia szkolenia: polski. Po zakończeniu szkolenia zostanie sporządzony Protokół ze szkolenia Grupy 3, potwierdzający zakres szkolenia i wskazujący osoby, które zostały przeszkolone.

Skład orzekający analizując dokumentację postępowania stwierdził, że zasadniczym przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja tomografu komputerowego wraz z jego uruchomieniem. Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych tomograf jest wyrobem medycznym dla którego ustawa o wyrobach medycznych przewiduje konieczność dostarczenia określonej dokumentacji. Ustawa ta nie uzależnia natomiast prawidłowości świadczenia od konieczności przeprowadzenia szkoleń. Powyższe potwierdza określony w SIWZ czas pomiędzy czynnością dostawy tomografu jego instalacji i odbioru względem usług szkoleniowych, tj. 90 dni kalendarzowych od daty uruchomienia urządzeń i uzyskania decyzji Śląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w przypadku grupy 1 oraz 7 dni od daty uruchomienia urządzeń w przypadku grupy 2 i 3. Zauważyć również należy, że samo przeprowadzenie szkolenia w momencie dostawy niczym nie różni się w przypadku przeprowadzenia ich po dostawie, nawet w dość odległej perspektywie czasowej, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do grupy 2 pracowników wymagających przeszkolenia (po upływie terminu gwarancji). Taka konieczność może się bowiem pojawić wówczas, gdy do obsługi tego urządzenia w przyszłości zostaną oddelegowani nowi pracownicy. Za powyższym stanowiskiem przemawia w ocenie Izby również sposób skonstruowania Formularza cenowego przez Zamawiającego, w którym wyodrębnił on do oddzielnych pozycji m.in. dostawę aparatu jego instalację oraz uruchomienie od usług szkoleniowych. Powyższe, w ocenie składu orzekającego, pozwala na stwierdzenie, że usługi szkolenia nie dotyczą samego sprzętu medycznego a są wyłącznie usługą towarzyszącą. Przedmiot zamówienia, wyszczególniony przez Zamawiającego w pozycji 2.5 oraz 3, stanowi jedynie dodatkowe elementy zamówienia, dla których ustawa o VAT nie przewiduje możliwości zastosowania stawki preferencyjnej.

Izba stwierdziła, że prezentowane przez TMS stanowisko godziłoby w stabilność systemu prawa podatkowego. Wskazać bowiem należy, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku o sygn. C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, dał prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być interpretowane ściśle. Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego wydanego w tej sprawie: "szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji".

Także Naczelny Sąd Administracyjny niejednokrotnie podkreślał wagę zasady rozdzielenia świadczeń, w szczególności w stanach faktycznych dotyczących dostawy wyrobu medycznego i adaptacji pomieszczeń: "Dostawa sprzętu medycznego w postaci i wykonanie wskazanych przez podatnika prac przystosowujących pomieszczenia, w którym sprzęt ten będzie pracował stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane, jeżeli dostawca sprzętu nie wykazał, że dostawa i świadczone usługi są tak wzajemnie powiązane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny prowadząc do pogorszenia funkcjonalności systemu VAT, nawet jeśli każde z tych świadczeń zachowuje swoją użyteczność z punktu widzenia potrzeb szpitala, jako przeciętnego konsumenta. Nie oznacza to bowiem, że świadczenia te pozostają ze sobą nierozzerwalnie związane ekonomicznie. (...) Łącząc poszczególne dostawy czy świadczone usługi w jedno świadczenie nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy" (wyrok NSA z dnia 1 czerwca 2011 r. o sygn. I FSK 869/10, podobnie wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2011 r., podobnie NSA w wyroku z dnia 30 października 2014 r. o sygn. akt I FSK 1578/13). Taki pogląd nie zasługuje także na aprobatę ze względu na wskazywaną przez Odwołującego zasadę dotyczącą konieczności ścisłego interpretowania wyjątków od zasady, celu w postaci harmonizacji przepisów podatkowych na terenie UE oraz ochrony zasady uczciwej konkurencji.

Ponadto wskazać należy, że jednym z najistotniejszych argumentów przemawiających za koniecznością odrębnego traktowania świadczenia głównego w postaci tomografu komputerowego oraz usługi szkoleniowej jest okoliczność, że usługa szkoleniowa nie jest elementem niezbędnym do zrealizowania dostawy, lecz elementem niezbędnym do użytkowania zamówionego sprzętu. Powyższe stanowi zasadniczy powód dla uznania, że dostawa może być czynnością całkowicie samodzielną i dla jej realizacji nie jest konieczne przeprowadzenie szkoleń.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że przez niezależny lub powiązany byt świadczeń w znaczeniu obiektywnym należy uznać taką sytuację, iż do wyodrębnienia świadczenia ubocznego (pomocniczego) nie mogłoby dojść w żadnym wypadku, tj. podmiot zamawiający w żadnych okolicznościach nie byłby zainteresowany do nabycia świadczenia ubocznego bez świadczenia głównego i odwrotnie - co w badanym przez Izbę przypadku nie występuje. Istnieje bowiem możliwość odrębnego nabycia usług szkolenia i odrębnie realizowanej jego dostawy - a zatem brak jest pomiędzy tymi świadczeniami tak ścisłego związku, że ich samodzielny byt jest wykluczony. Także sam Zamawiający w przyszłości będzie dokonywał odrębnego nabywania usług szkoleniowych dla obsługi zamawianego obecnie sprzętu, choćby w przypadku zmian personalnych w jego strukturach zatrudnienia.

Sama zaś dostawa, jak wyżej wskazano, może obyć się bez usługi szkoleniowej, w szczególności bowiem brak szkoleń nie warunkuje odbioru tomografu i możliwości jego użytkowania. Realizacja szkoleń jest także usługą samoistną, która występuje niezależnie od dostawy tomografu i może być usługą całkowicie samodzielnią, realizowaną przez podmioty trzecie. W konsekwencji skład orzekający uznał, że wbrew stanowisku TMS związek pomiędzy dostawą sprzętu medycznego a prowadzeniem szkoleń z zakresu obsługi sprzętu dla pracowników zaplecza technicznego nie jest na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Ponadto podkreślić należy, że prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2297/17 oraz z dnia 14 lutego 2019r. sygn. akt KIO 126/19. W wyroku o sygn. akt KIO 2297/19 Izba stwierdziła, że: "(...) sam efekt szkoleń nie decyduje o uznaniu szkolenia za usługę pomocniczą do dostawy towaru. (...) Podnoszony przez Zamawiającego efekt szkoleń, w ocenie Izby, nie decydował o możliwości uznania szkolenia za usługę pomocniczą w stosunku do odstawy tomografu, które obiektywna możliwość pracy w siedzibie Zamawiającego istnieje niezależnie od przeszkolenia personelu mającego obsługiwać pracownię TK". Dodatkowo jak wskazała Izba w powyższym wyroku: Kwestia przeszkolenia niewątpliwie ma znaczenie z punktu widzenia obsługi sprzętu w trakcie jego pracy, ale nie jego dostawy. Stąd powinna być traktowana jako świadczenie dodatkowe, a nie pomocnicze dla wykonania dostawy tomografu, który ma zostać złożony w miejscu wskazanym przez Zamawiającego do czasu zakończenia prac adaptacyjnych w pomieszczeniu, w którym zostanie uruchomiony.

Dodatkowo, podkreślić należy, co zostało wskazane w przywołanym wyżej orzeczeniu TSUE i stanowisku Rzecznika Generalnego, że tylko ścisłe podejście do regulacji związanych z preferencyjnymi stawkami podatku od towarów i usług jest gwarantem zachowania zasad konkurencji na rynku UE i w tym zakresie organy krajowe (zarówno organy podatkowe, jak również sądowne i pozasądowe organy orzekające) są zobligowane do takiego, tj. ścisłego stosowania tych regulacji. W przeciwnym wypadku, jak w niniejszej sprawie, może dojść do nieporównywalności ofert i zaniżenia wynagrodzenia przez jednego z wykonawców na skutek nieprawidłowego zastosowania preferencyjnych stawek podatku VAT.

W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie dokonując odrzucenia oferty Przystępującego TMS naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny tj. ze względu na nieprawidłowo zastosowaną stawkę VAT, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty TMS w sytuacji, gdy wycena

jego oferty oraz jej zakres rzeczowy wykracza poza przedmiot zamówienia opisany w SIWZ, to wskazać należy, że skład orzekający zarzut ten uznał za nieuzasadniony.

Izba ustaliła, że w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ Zamawiający określił zakres robót budowlanych:

Planowany przez Zamawiającego zakres robót budowlanych obejmuje:

- wzmocnienie konstrukcji stropu i podłogi (w przypadku takiej konieczności);
- ewentualne dostosowanie osłon stałych (wymiana lub wzmocnienie w przypadku takiej konieczności).
- wykonanie systemu ostrzegającego przed wejściem do pomieszczenia w czasie trwania ekspozycji,
- wykonanie prac adaptacyjnych w pomieszczeniach, w szczególności prace podłogowe, tapetowanie (demontaż wykładzin podłogowych, naprawa kanałów kablowych), ułożenie nowych wykładzin, prace malarskie, przygotowanie miejsca pod posadowienie tomografu i urządzeń z nim powiązanych w zakresie niezbędnym do instalacji nowego urządzenia;

Zamawiający informuje, że w sali zabiegowej, w której obecnie funkcjonuje tomograf komputerowy wykończenie ścian wykonane jest tapetą z włókna szklanego do stref mokrych oraz powłok malarskich.

Osłony stałe wykonane są zgodnie z Projektem osłon stałych udostępnianym do wglądu w siedzibie Zamawiającego.

- montaż tomografu wraz z urządzeniami towarzyszącymi oraz wykonaniem nowego zasilania z rozdzielni NN w piwnicy budynku z montażem nowej tablicy zabezpieczającej zasilanie;
- wykonanie zaprojektowanych instalacji wewnętrznych;
- przeprowadzenie remontu instalacji wentylacji i klimatyzacji w niezbędnym zakresie (w pomieszczeniach będących w zakresie niniejszego zadania obecnie jest wykonana działająca instalacja wentylacji mechanicznej nawiewno - wywiewnej); Należy wymienić wentylator nawiewny oraz wywiewny, przeprowadzić serwis centrali z wymianą filtrów, wyczyścić wszystkie kanały wentylacyjne oraz wymienić kratki wentylacyjne na nowe. Jeżeli zajdzie konieczność, należy zabudować w centrali wentylacyjnej chłodnicę powietrza pracująca w oparciu o instalację wody lodowej, Inwestor wskaże miejsce wpięcia do szpitalnej instalacji wody lodowej oraz zapewni niezbędną moc;
- wykonanie adaptacyjnych robót budowlanych w pomieszczeniach objętych projektem;
- adaptację stanowisk obsługi w sterowni, w tym dostosowanie blatu roboczego dla rozmieszczenia urządzeń do obsługi tomografu lub dostawę i montaż nowego blatu.

- Zamawiający nie wymaga wymiany stolarki drzwiowej i okiennej a jedynie remontu obejmującego naprawę skrzydła drzwi przesuwnych, mechanizmu przesuwu oraz sterowania automatycznym otwieraniem drzwi lub wymiany mechanizmu na nowy, jeśli naprawa istniejącego nie będzie możliwa.

(...)

Zamawiający informuje, że sala zabiegowa jest dostosowana do używanego do tej pory tomografu typu AQUILION model TSX – 101A firmy TOSHIBA.

(...)

Celem, który Zamawiający zamierza osiągnąć poprzez realizację niniejszego zamówienia jest uzyskanie nowoczesnej Pracowni Tomografii Komputerowej wraz z niezbędnym zapleczem.

Ponadto Zamawiający w punkcie 3.3. SIWZ wskazał, że wykonawca zobowiązuje się zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z opisem zawartym w SIWZ, umowie oraz zgodnie z:

- 1) Programem Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ;
- 2) warunkami wynikającymi z obowiązujących przepisów technicznych i Prawa Budowlanego;
- 3) wymaganiami wynikającymi z obowiązujących Polskich Norm, Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru Robót i przepisów związanych;
- 4) zasadami rzetelnej wiedzy technicznej i ustalonymi zwyczajami.

Izba uznała dokonując analizy powyższych postanowień oraz oświadczenia Zamawiającego, że celem przedmiotowego zamówienia jest uzyskanie nowoczesnej Pracowni Tomografii Komputerowej wraz z niezbędnym zapleczem, iż postanowienia zawarte w załączniku nr 5 do SIWZ dotyczące rodzaju koniecznych do wykonania prac adaptacyjnych nie stanowią katalogu zamkniętego prac koniecznych do wykonania, aby powyższy cel osiągnąć. W sytuacji więc uznania w trakcie wizji lokalnej przez Przystępującego TMS, że konieczne jest przeprowadzenie modernizacji/remontu istniejącego systemu/punktu poboru gazów medycznych celem zapewnienia Zamawiającemu pracowni TK spełniającej jest oczekiwania, brak było ku temu przeszkód na podstawie istniejącej dokumentacji postępowania. W konsekwencji więc brak było podstaw do stwierdzenia, że zakres prac adaptacyjnych przewidzianych przez TMS wykraczał poza opis przedmiotu zamówienia określony przez Zamawiającego, w konsekwencji czego zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegał oddaleniu.

**KIO 2123/19**

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego zastosowania przez TMS błędnej stawki podatku VAT w odniesieniu do gazów medycznych to Izba w składzie orzekającym zarzut powyższy uznała za uzasadniony. O ile bowiem Izba popiera stanowisko, że systemy gazów medycznych mogą stanowić wyrób medyczny, o tyle prace budowlane takie jak remont istniejącej instalacji już takimi wyrobami nie są i nie mieszczą się w katalogu wyspecyfikowanym w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, dlatego też podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla robót budowlanych tj. 23%, a nie dla dostawy systemu gazów medycznych (8%).

W kwestii dotyczącej zastosowania przez TMS preferencyjnej stawki podatku VAT w zakresie szkoleń to Izba podtrzymuje stanowisko wskazane przy rozpoznawaniu odwołania KIO 2113/19. Ponadto Izba doszła do przekonania, iż w świetle opisanego zakresu świadczenia składającego się na przedmiot zamówienia, dostawa tomografu stanowi element główny, tak zarówno pod kątem wartości jak i celu zamówienia, którego efektem końcowym będzie przekazanie sprzętu do eksploatacji, po jego zainstalowaniu w pomieszczeniu odpowiednio przystosowanym przy uwzględnieniu wymagań wskazanych w SIWZ, a następnie jego uruchomieniu. Nie budzi wątpliwości, że prace adaptacyjne w świetle jednolitego orzecznictwa (vide: wyrok NSA z 1 czerwca 2011 r., sygn. I FSK 869/10, podobnie wyrok NSA z 30 października 2014 r., sygn. akt I FSK 1578/13), nie stanowią świadczenia jednolitego z dostawą sprzętu medycznego stanowiącego główny przedmiot zamówienia, chociaż niewątpliwie służą przygotowaniu pomieszczenia do montażu urządzenia, nawet jeżeli każde z tych świadczeń zachowuje swoją użyteczność z punktu widzenia potrzeb szpitala. Tym samym zastosowanie przez TMS stawki preferencyjnej zamiast podstawowej w wysokości 23% w pozycji dotyczącej zainstalowania oraz uruchomienia tomografu było nieuprawnione i stanowiło błąd w obliczeniu ceny. W konsekwencji oferta TMS winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Skład orzekający za niezasadny uznał zarzut GE dotyczący nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Siemens poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej liczby punktów w kryterium „jakość” w pozycjach 26A, 77, 40 i 41.

Na wstępie wskazać należy, że podstawę postawionych zarzutów oparto błędnie na specyfikacji technicznej urządzenia Somatom Force VA50A, nie zaś z zaoferowanego w niniejszym postępowaniu przez Siemens TK Somatom Force model VB10.

Odnosząc się do parametru 26A to wskazać należy, że Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty w sytuacji, gdy „Maksymalna wymagana przez producenta moc



przyłączeniowa systemu tomografii komputerowej w trybie rzeczywistej pracy diagnostycznej, o której mowa w punktach od 8 do 13 niniejszego Zestawienia parametrów technicznych, potwierdzona w oficjalnych materiałach producenta (wraz z urządzeniami zapewniającymi jego prawidłowe funkcjonowanie np. system chłodzenia) < 400 kVA". Siemens w ofercie podał wartość 189 kVA. Wskazać należy, że wbrew stanowisku GE z przedłożonych przez Siemens dowodów, tj. pisma producenta z dnia 30 października 2019r. oraz dokumentu „Wytyczne planowania systemu” wynika, że zaoferowany przez niego model tomografu umożliwia mu uzyskanie maksymalnej mocy przyłączeniowej systemu tomografii komputerowej w trybie rzeczywistej pracy diagnostycznej poniżej 400 kVA, a tym samym Zamawiający prawidłowo przyznał temu wykonawcy punkty w tej pozycji.

Również z przedłożonych przez Siemens dowodów tj. „Arkusza danych dla syngo CT VB10” wynika, że zaoferowany przez niego tomograf umożliwia Zamawiającemu zbadanie całego serca w jednym jego uderzeniu niezależnie od częstości jego pracy w zakresie min. 40 - 140 skurczów na minutę (parametr 40) oraz umożliwia ocenę zwapnień naczyń wieńcowych (Calcium Score) całego serca w jednym jego uderzeniu niezależnie od częstości jego pracy w zakresie min. 40 - 140 skurczów na minutę (parametr 41). Wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał jak sugerował Odwołujący 2, że badanie stanu całego serca ma się odbyć bez zmiany położenia badanego. Zamawiający wymagał bowiem objęcia całego serca w jednym jego uderzeniu bez wskazywania na technologię w jakiej ma nastąpić badanie. Skoro więc z przedłożonych przez Siemens dowodów wynika, że takie badanie jest możliwe do przeprowadzenia na zaoferowanym przez Siemens sprzęcie to brak było podstaw do podważenia prawidłowości oceny oferty w tym zakresie. Podkreślić ponadto należy, że Odwołujący GE nie przedstawił żadnego dowodu podważającego powyższe stanowisko, ponadto nie przedstawił żadnego dowodu podważającego złożone przez Siemens dowody dotyczące możliwości zbadania całego serca w jednym jego uderzeniu przy konkretnej częstotliwości.

W parametrze 77 Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty, jeżeli zaoferowane urządzenie posiadało „Niskodawkowy, iteracyjny algorytm rekonstrukcji w oparciu o dane surowe, pozwalający, bez pogorszenia jakości obrazu, na redukcję dawki promieniowania o min. 60% w porównaniu do klasycznej rekonstrukcji metodą FBP”. Jak wynika z przedłożonego przez Siemens załącznika nr 4 do SIWZ wykonawca ten w pozycji 77 podał wartość 85%, co zostało potwierdzone w przedłożonych przez niego na rozprawie dowodach. W tym miejscu wyjaśnić należy, odnosząc się do zarzutów GE jakoby parametr WFBP był parametrem o niższej wartości niż FBP, że Izba dała wiarę stanowisku Siemens, iż parametr WFDP jest parametrem wyższym niż parametr FBP, dlatego też, jeżeli parametr WFBP posiada poziom redukcji na poziomie 80-85 parametr ten będzie wyższy przy FBP, bowiem Odwołujący wbrew

ciążącemu na nim obowiązki nie przedłożył dowodu podważającego powyższe stanowisko Siemens.

W konsekwencji ustalenia, że Zamawiający prawidłowo przyznał punkty w kryterium jakość, Izba oddaliła powyższy zarzut.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Wyjaśnić należy, że w sprawie KIO 2123/19 Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do których Przystępujący TMS wniósł sprzeciw, natomiast za niezasadne uznała zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Siemens i w tym zakresie odwołanie oddaliła. W konsekwencji kosztami postępowania obciążyła TMS w części 1/2 wpisu i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz Odwołującego GE w części 1/2.

Uwzględniając powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....