

Sygn. akt: KIO 3003/22

WYROK

z dnia 29 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 r. przez wykonawcę **MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Nisku z siedzibą w Nisku**

przy udziale wykonawcy **Sterimed Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 076 zł 54 gr (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Nisku z siedzibą w Nisku (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych na „Dostawę, montaż i uruchomienie dwóch autoklawów 4 jednostkowych do Centralnej Sterylizatorni Szpitala Powiatowego im. PCK w Nisku”; znak sprawy Z.II.260.041.Zp.2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 października 2022 r. pod nr 2022/BZP 00399639/01.

W dniu 14 listopada 2022 r. przez wykonawcę **MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sterimed Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej „Sterimed” lub „przystępujący”), a w konsekwencji dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co narusza przepisy art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sterimed oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący, uzasadniając treść postawionych zarzutów wskazywał na niezgodność treści oferty Sterimed z warunkami zamówienia określonymi w treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), skutkująca koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przywoływał treść pkt 37 Załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), w którym zamawiający postawił wymóg, aby zaoferowany sterylizator parowy, autoklaw posiadał funkcję automatycznej archiwizacji_wszystkich

raportów i wykresów procesu w sterowniku sterylizatora min. 10 000 cykli, oraz automatycznej transmisji raportów procesu do komputera zewnętrznego klasy PC, jednolite oprogramowanie archiwizacyjne w języku polskim dla oferowanych sterylizatorów i dostarczane wraz z urządzeniem. Wykonawca Sterimed zaoferował sterylizator parowy, autoklaw CISA Production Srl. Model P-640H. Jednocześnie do oferty załączył kartę techniczną zaoferowanego sterylizatora. Z opisu technicznego urządzenia, według załączonej karty wynika, iż pobranie i zapisanie raportów i wykresów do 10 000 cykli wymaga podłączenia pamięci USB (klucza) do żeńskiego portu USB. Podłączenie klucza USB do portu pozwala użytkownikowi na pobranie i zapisanie do 10.000 cykli w formacie CSV, który można odczytać za pomocą dowolnego arkusza kalkulacyjnego lub za pomocą opcjonalnego oprogramowania CISA Dataviewer. Powyższe zapisy nie potwierdzają też archiwizacji 10 000 cykli w sterowniku urządzenia, a określają pojemność klucza USB. Tym samym stwierdzić należy, iż zaoferowane urządzenie nie spełnia ww. wymogu SWZ, w którym zamawiający jasno określa konieczność zapisu i archiwizacji danych bezpośrednio w sterowniku i ich automatycznej transmisji do komputera klasy PC.

Ponadto, zgodnie z pkt 39 opis parametrów wymaganych, zamawiający postawił wymóg, aby zaoferowany sterylizator parowy, autoklaw posiadał możliwość programowania automatycznego rozpoczęcia pracy przez sterylizator i samoczynnego wykonania testu szczelności i testu Bowie&Dick. Pod pojęciem programy testowe kryją się programy: testu szczelności, testu Bowie&Dick. Wyjaśniał dalej, że programy testowe mają na celu skontrolowanie sterylizatora, jego poprawności działania. Wykonuje się je każdego dnia przed przystąpieniem do sterylizacji narzędzi w następującej sekwencji: program testu szczelności (wychwytyjący ewentualne nieszczelności uszczelki i instalacji wewnętrznej urządzenia

- wykonuje się go na „zimnym”, nie rozgrzanym sterylizatorze, aby nieszczelności nie zostały zatkane przez materiał rozszerzający się pod wpływem ciepła), pomocniczy program rozgrzewający, program testu B&D badający poprawność penetracji pary. Aby uruchomić automatycznie poprawnie ww. sekwencję programów testowych, sterylizator musi być wyposażony w programowalny sterownik mikroprocesorowy oraz w zintegrowany moduł testowy B&D. Jakikolwiek zewnętrzny moduł lub pakiet testowy nie spełnią ww. wymogu SWZ ze względu na fakt, że muszą one być umieszczone ręcznie w komorze sterylizatora, przed rozpoczęciem programu testowego B&D, tylko na czas trwania programu testującego B&D. Wykonawca Sterimed zaoferował zewnętrzny moduł testujący EBRO EBI 16, który należy wstawić do sterylizatora w centralnym punkcie i na podwyższeniu, co w konsekwencji

stanowi o niespełnieniu przez oferowany przedmiot zamówienia ww. wymogu SWZ dotyczącego programowania automatycznego rozpoczęcia pracy przez sterylizator i samoczynnego wykonania testu szczelności i testu Bowie Dick.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia, które zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć jako warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91 - 98 ustawy Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza - Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r.).

Odwołujący przytaczał liczne orzeczenia wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak też Sądów Okręgowych, wskazujące na obligatoryjność dokonania czynności odrzucenia ofert przez zamawiającego w przypadku, gdy są sprzeczne z warunkami zamówienia m.in. gdy zachodzi sprzeczności co do parametrów technicznych wymaganych w treści SWZ z oferowanymi przez wykonawcę urządzeniami. Tak też w jego ocenie, winna zostać odrzucona oferta wykonawcy Sterimed na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wskazanym powyżej przez odwołującego.

Odwołujący podnosił także zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że

zastosował błędną stawkę VAT. Wykonawca Sterimed, dla spełnienia wymogu SWZ w części dotyczącej pkt 38 - opisu parametrów wymaganych, zaoferował oprócz sterylizatora parowego, autoklawu zewnętrzne urządzenie - rejestrator danych służący do kompleksowej oceny stanu sterylizatora producenta niemieckiej firmy Ebro. Do oferty została załączona karta katalogowa ww. rejestratora.

Odwołujący wskazał, że zaoferowany rejestrator nie jest wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 974), a co za tym idzie w odróżnieniu do sterylizatora parowego, autoklawu nie jest objęty „preferencyjną” 8% stawką podatku do towarów i usług (VAT). Mimo powyższego wykonawca, w złożonym wraz z ofertą formularzu cenowym, nie wyspecyfikował ww. urządzenia wraz z właściwą dla niego stawką VAT (podstawową - 23 %) oferując go w ramach 8 % stawki VAT (jedyna przyjęta przez wykonawcę zarówno w formularzu ofertowym i formularzu cenowym).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w treści SWZ, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z wzorem formularza ofertowego oraz formularza cenowego) obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Posłużenie się przez wykonawcę, choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny, przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11, w których to orzeczeniach Sąd odniósł się do zastosowania niewłaściwej stawki VAT. Sąd stwierdził, iż wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę z kolei stawki

wyższej niż obowiązująca, może nie czynić jego oferty konkurencyjną, nie ma istotnego znaczenia. Dla dokonania oceny, czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, iż w przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w SIWZ, to obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę, czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia.

Dalej odwołujący przytoczył orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok o sygn. C-251/05 *Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*). TSUE wskazało na prymat ochrony zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie z zawartym tam stanowiskiem, 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.

Odwołujący zwracał uwagę, że 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 złączone ekonomicznie. (...) Łącząc poszczególne dostawy czy

świadczone usługi w jedno świadczenie nie można zapominać, że zasadą ustawowa 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). W tym kontekście zwrócił również uwagę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2014 r., sygn. akt KIO 1463/14, która podzieliła pogląd, że odstępstwo od reguły w przypadku opodatkowania świadczeń o charakterze kompleksowym, nie może być traktowane w taki sposób, że uchwycenie związku pomiędzy świadczeniami upoważnia do zastosowania preferencji podatkowych na dostawę wszystkich towarów, które nawet pozostają w pewnej zależności.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: **Sterimed Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 22 listopada 2022 r.) wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 25 listopada 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe z 24 listopada 2022 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do

wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, która w ocenie odwołującego powinna zostać odrzucona. Tym samym gdyby zarzuty podnoszone w odwołaniu potwierdziły się, odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w postaci ofert na dostawę zestawów do monitorowania poprawności działania sterylizatora - elektroniczny test Bowie&Dicka.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez przystępującego, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci załączonych do przystąpienia zdjęć z panelu sterownika, pokazujące zapisane cykle w sterowniku oraz wybór rozpoczęcia automatycznego startu programów test próżni i test Bowie&Dicka, załączonych do pisma procesowego z 24 listopada 2022 r. oświadczeń producenta urządzenia do przeprowadzania testów Bowie&Dicka - firmy Xylem i dystrybutora tych urządzeń firmy Envag oraz złożonego na rozprawie oświadczenia producenta oferowanego sterylizatora - firmy CISA.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zgodnie z opisem zawartym w pkt 4 SWZ, przedmiotem zamówienia jest: Dostawa, montaż i uruchomienie dwóch autoklawów 4 jednostkowych do Centralnej Sterylizatorni Szpitala Powiatowego im. PCK w Nisku. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia zawierał zestawienie parametrów wymaganych i granicznych. Zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1, w pkt 37 znalazło się następujące wymaganie: Automatyczna archiwizacja wszystkich raportów i wykresów procesu w sterowniku sterylizatora min. 10 000 cykli, oraz automatyczna transmisja raportów procesu do komputera zewnętrznego klasy PC, jednolite

oprogramowanie archiwizacyjne w języku polskim dla oferowanych sterylizatorów i dostarczane wraz z urządzeniem. Z kolei pkt 39 miał treść: Możliwość programowania automatycznego rozpoczęcia pracy przez sterylizator i samoczynnego wykonania testu szczelności i testu Bowie Dick.

Z kolei w pkt 9 SWZ - Informacja o wymaganych dokumentach oraz przedmiotowych i podmiotowych środkach dowodowych znalazła się informacja, że wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć między innymi: (i) Formularz ofertowy; (ii) Formularz cenowy; (iii) Przedmiotowe środki dowodowe. Dokumenty, deklaracje i materiały informacyjne opisujące przedmiot zamówienia będące oficjalnymi katalogami, folderami, ulotkami reklamowymi, itp. stosowanymi w powszechnych stosunkach handlowych, potwierdzające zgodność wszystkich wskazanych cech i parametrów urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (OPZ). W przypadku braku żądanych informacji w materiałach informacyjnych na potwierdzenie parametrów technicznych można załączyć oświadczenie wytwórcy lub jego autoryzowanego przedstawiciela na terenie Polski potwierdzające istnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych, a nie potwierdzonych w materiałach informacyjnych opisujących przedmiot zamówienia.

Załącznikiem nr 9 do SWZ był Formularz cenowy, w którym znalazły się takie informacje jak: nazwa handlowa, ilość, cena jednostki netto, wartość netto, stawka VAT, wartość brutto oraz producent/ nr katalogowy.

W pkt 20 SWZ - Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający zawarł między innymi następujące zapisy: (i) W ofercie Wykonawca zobowiązany jest podać cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia w złotych polskich (PLN), z dokładnością do 1 grosza, tj. do dwóch miejsc po przecinku. (ii) W cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej SWZ oraz wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia. (iii) Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. (iv) Wykonawca składając ofertę zobowiązany jest: poinformować Zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego; wskazać nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego; wskazać wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym Zamawiającego, bez kwoty podatku; wskazać stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert został zawarty w pkt 21 SWZ. Zamawiający opisał dwa kryteria, którymi miał kierować się dokonując oceny ofert: cena - 60%, okres gwarancji - 40%.

Izba ustaliła ponadto, że wykonawcy zgłaszali swoje wątpliwości dotyczące zapisów SWZ. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania w piśmie z 25 października 2022 r., w tym na pytanie nr 3 o treści: „Czy zamawiający dopuści urządzenie wyposażone w automatyczny, elektroniczny system testu Bowie-Dick z archiwizacją wraz z programem do archiwizacji, odczytów i tworzenia raportów z testu wkładany ręcznie do komory nie połączony na stałe ze sterylizatorem. Program do obsługi testu Bowie-Dicka może być zainstalowany na tym samym komputerze co program do archiwizacji raportów z cykli sterylizatora” wyjaśnił: „Tak, Zamawiający dopuszcza zaoferowanie urządzenia wyposażonego w automatyczny, elektroniczny system testu Bowie-Dick z archiwizacją wraz z programem do archiwizacji, odczytów i tworzenia raportów z testu wkładanym ręcznie do komory nie połączonym na stałe ze sterylizatorem”.

Swoje oferty w postępowaniu złożyli odwołujący, oferując wykonanie zamówienia za cenę 723 513,60 zł. oraz przystępujący, który zaoferował za wykonanie zamówienia cenę 676 080,00 zł. Z formularzy cenowych, złożonych przez wykonawców wraz z ofertą wynikało, że przyjęta przez nich stawka VAT wynosiła 8%. Sterimed, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie, zaoferował urządzenie: sterylizator parowy, autoklaw CISA Production S.r.l. model P-6464H 2PE deklarując, że jest ono zgodne z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami, w tym także wyartykułowanymi w punktach 37 i 39 OPZ. Na potwierdzenie przedłożył karty techniczne, które potwierdzały spełnienie powyższych parametrów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa

na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności

swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak też Izba w wyroku z dnia 13 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1104/22; wyroku z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 315/22; wyroku z dnia z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt KIO 620/22).

Ponadto należy zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że aby można było zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty na ww. podstawie, stwierdzona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny. Innymi słowy chodzi o to, by można było bez wątpliwości wskazać, które elementy oferty wykonawcy niezgodne są z ustalonymi przez zamawiającego, niebudzącymi wątpliwości, określonymi w sposób wyraźny i jasny warunkami zamówienia.

Zgodnie z poglądem prezentowanym w doktrynie warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące zamówienia

lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota tego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do samych wymagań zamawiającego, wyartykułowanych i opisanych w SWZ, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 ustawy Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021).

Rolą wykonawcy w postępowaniu jest potwierdzenie zgodności oferty z treścią SWZ, co czyni on za pomocą takich instrumentów, które zamawiający wskazał i opisał na etapie składania ofert w dokumentach zamówienia. Oznacza to, że wykonawcy mają obowiązek

w swojej ofercie wskazać jakie rozwiązania oferują, a jeśli zamawiający tego zażąda, przedłożyć odpowiednie dokumenty, celem wykazania, że oferowane materiały, zakresy, urządzenia czy produkty spełniają wymogi zamawiającego.

Z kolei, jeśli inny podmiot, biorący udział w danym postępowaniu uważa, że zamawiający dokonał błędnej oceny w zakresie spełniania wymagań określonych w SWZ przez inny podmiot, biorący udział w tym postępowaniu, to jego obowiązkiem jest nie tylko wskazać i uzasadnić, ale też wykazać, za pomocą stosownych dowodów, zasadność podniesionego zarzutu dotyczącego braku zgodności oferowanego rozwiązania z SWZ, gdyż zgodnie z wcześniej wskazaną zasadą kontrydiktoryjności postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą gromadzenie i przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. To strony, pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu, co do podnoszonych zarzutów, powinny przytoczyć odpowiednie okoliczności faktyczne, jak też złożyć dowody, mogące być podstawą korzystnego dla nich rozstrzygnięcia.

Przenosząc powyższe spostrzeżenia na kanwę rozpoznawanej sprawy Izba, w ramach swoich zadań, dokonała badania czy urządzenie, zaoferowane przez Sterimed w postępowaniu tj. sterylizator parowy, autoklaw CISA Production S.r.l. model P-6464H 2PE było zgodne z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami, wyartykułowanymi w punktach 37 i 39 OPZ oraz, czy przystępujący przedłożył w postępowaniu dokumenty, wymagane przez zamawiającego, potwierdzające ich spełnienie.

Jak ustalił skład orzekający pkt 37 OPZ miał następującą treść: „Automatyczna archiwizacja wszystkich raportów i wykresów procesu w sterowniku sterylizatora min. 10 000 cykli, oraz automatyczna transmisja raportów procesu do komputera zewnętrznego klasy PC, jednolite oprogramowanie archiwizacyjne w języku polskim dla oferowanych sterylizatorów i dostarczane wraz z urządzeniem”. Wykonawca, na potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełnia te wymogi, załączył kartę techniczną sterylizatora.

Odwołujący z kolei kwestionował spełnienie wymagania w zakresie, w jakim zamawiający zażądał, aby archiwizacja dokonywana była bezpośrednio w sterowniku a transmisja dokonywana w sposób automatyczny do komputera klasy PC. Twierdził przy tym, że wymagania tego nie można rozumieć w inny sposób, niż jako brak konieczności dodatkowej ingerencji człowieka, a w przypadku rozwiązania oferowanego przez przystępującego, taka ingerencja będzie konieczna.

Izba ustaliła, że z treści opisu technicznego, str. 13, 18, 19 katalogu złożonego przez Sterimed wraz z ofertą, wprost wynika spełnienie takiego wymagania. Przywołać należy w tym kontekście zapisy: „Podłączenie klucza USB do portu pozwala użytkownikowi na

pobranie

i zapisanie do 10.000 cykli w formacie CSV.” (str. 13); „Wbudowany układ zabezpieczający zaprogramowane i zapisane dane przed skasowaniem w przypadku zaniku napięcia zasilającego” (str. 18); „Automatyczna archiwizacja wszystkich raportów i wykresów procesu w sterowniku sterylizatora min. 10000 cykli” (str. 19). Dodatkowo, przystępujący załączył do przystąpienia zdjęcie panelu sterownika, obrazujące zapisane cykle w sterowniku, które dodatkowo potwierdza spełnienie przez urządzenie wymogów wynikających z opisu technicznego. Nie budzi też wątpliwości treść przedłożonego na rozprawie oświadczenia producenta, który deklaruje, że oferowane urządzenia taką funkcję posiadają.

Odwołujący kwestionując powyższy wymóg, ale też deklaracje producenta urządzenia, polemizował z treścią samego wymagania tj. co należy rozumieć pod pojęciem automatycznego zapisu, wywodząc z niego treści, które nie były zawarte w SWZ. Zaznaczyć należy, że treść tego wymagania ani nie została w sposób szczegółowy opisana w dokumentach zamówienia (w szczególności zamawiający trafnie zauważył, że nie precyzował, ponieważ nie miało to dla niego znaczenia - w jaki rodzaj pamięci ma zostać wyposażony sterownik), ani też nie była przedmiotem wyjaśnień na etapie SWZ.

Nie ulega wątpliwości, że w tym zakresie stosowane być mogą różne rozwiązania, które na równi spełnią wymóg opisany przez zamawiającego tj. automatycznego zapisu w sterowniku i na komputerze, na którym zostanie zainstalowane oprogramowanie monitorujące i archiwizujące. Nie budzi też wątpliwości, że rację ma zamawiający twierdząc, że aby zgrać cykle (dane) na pamięć zewnętrzną, konieczne jest ich uprzednie zapisanie w samym sterowniku urządzenia (musi istnieć uprzedni zapis w urządzeniu). Skoro producent urządzenia jednoznacznie określa, że zachodzi możliwość zgrania danych, to samo przez się należy rozumieć, że wcześniej są dostępne jako zapis w samym urządzeniu (sterowniku).

W związku z tym, mając na uwadze zarówno treść samych dokumentów złożonych wraz z ofertą w postaci karty technicznej urządzenia, z treści której wynika spełnienie wymagania, jak też dodatkowe dowody przedłożone przez przystępującego, z drugiej zaś strony całkowity brak inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego, Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, odwołujący zaniechał wykazania swoich twierdzeń, co do braku zgodności treści złożonej oferty z treścią SWZ. W konsekwencji zarzut ten należało uznać za niepotwierdzony.

Nie sposób także uznać, że oferowane przez Sterimed urządzenie nie jest zgodne z zapisem pkt 39 OPZ o treści: „Możliwość programowania automatycznego rozpoczęcia pracy przez sterylizator i samoczynnego wykonania testu szczelności i testu Bowie Dick”.

Odwołujący w treści odwołania wywodził, że urządzenie nie spełnia tego wymagania ponieważ, aby test ten uruchomić i go przeprowadzić, konieczne jest wykonanie dodatkowych czynności przez personel szpitala tj. ręczne uruchomienie testu, co dyskwalifikuje wymóg w postaci automatycznego wykonania tego testu. Nie kwestionował przy tym, że zamawiający w swoich wyjaśnieniach treści SWZ z 25 października 2022 r., stanowiących integralną część dokumentacji postępowania, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 3, dopuścił system wymagający ustawienia zestawu testowego do testu Bowie Dicka ręcznie w komorze.

Należy zatem dopuścić takie rozwiązanie, w którym użytkownik wcześniej umieszcza zestaw testowy np. jeden dzień wcześniej, zaś sam test przebiega już automatycznie, na podstawie uprzedniego wprowadzenia danych odnośnie daty/ godziny (zgodnie z tym, co wprowadzi użytkownik). Takie właśnie rozwiązanie, w którym w sterylizatorze istnieje możliwość automatycznego zaprogramowania wykonania tego testu o dowolnej porze i rozpoczęcia pracy a także samego testu, oferuje Sterimed. Wynika to zarówno z zapisu na stronie 19 karty technicznej oferowanego urządzenia, złożonej przez Sterimed, gdzie znajduje się informacja, iż urządzenie posiada następującą funkcjonalność „Automatyczny, elektroniczny, system testu Bowie-Dick z archiwizacją raportu testu w dostarczonym wraz z urządzeniem programie (...) „Możliwość programowania automatycznego rozpoczęcia pracy przez sterylizator i samoczynnego wykonania testu szczelności i testu Bowie Dick”. W końcu też dowód, przedłożony przez przystępującego na rozprawie - oświadczenie producenta urządzenia oferowanego przez Sterimed w postępowaniu - potwierdza spełnienie wymagania w postaci „Możliwości zaprogramowania sterylizatorów do automatycznego startu i przeprowadzenia testu szczelności oraz testu Bowiego Dicka również automatycznie”.

Również w odniesieniu do tego wymagania stwierdzić należy, że odwołujący ograniczył się do twierdzeń, nie popartych żadnymi dowodami w zakresie wymagań, które kwestionował. Tym samym nie podolał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że oferowane przez Sterimed rozwiązanie nie jest zgodne z tym, co deklarował w swojej ofercie przystępujący, a w konsekwencji zarzut ten podlegał oddaleniu.

Odwołujący zarzucał także, że zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty Sterimed pomimo, że ta zawierała błąd w obliczeniu ceny. Co za tym idzie obowiązkiem zamawiającego było odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Jak ustaliła Izba, przedmiotem zamówienia była dostawa medycznych sterylizatorów parowych spełniających normę dla wyrobów medycznych, co wynika z pkt 6 OPZ o treści: „Urządzenie spełniające wymagania Dyrektywy o wyrobach medycznych (93/42/EC), zarejestrowane jako wyrób medyczny oznakowane znakiem CE wraz z numerem jednostki notyfikowanej.” Nie budzi również wątpliwości, że przedmiotem umowy jest dostawa sterylizatorów, będących wyrobem medycznym, dla których zgodnie z aktualnie obowiązującą Ustawą o podatku od towarów i usług z dnia 7 kwietnia 2022 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 931), zgodnie z załącznikiem nr 3 poz. 13 - Wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 1, z późn. zm.), oraz wyroby medyczne do diagnostyki in vitro i wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylecia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 176, z późn. zm.) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - dalej jako „Rozporządzenie w sprawie wyrobów medycznych” - stosuje się obniżoną stawkę podatku VAT w wysokości preferencyjnej, aktualnie wynoszącej 8%.

Ponadto, co wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający nie określił według jakiej stawki podatku od towarów i usług VAT należy kalkulować ofertę, pozostawiając to w gestii wykonawcy. Zarówno Sterimed, jak też odwołujący zastosowali stawkę podatku od towarów i usług VAT w wysokości 8%, co wynika z treści złożonych przez nich w postępowaniu, wraz z ofertą, formularzy cenowych.

Odwołujący podnosił, że w przypadku Sterimed zastosowana została niewłaściwa stawka podatku VAT z tej przyczyny, że aby spełnić wymaganie opisane w pkt 38 OPZ, przystępujący musiał zaoferować, oprócz sterylizatora parowego (autoklawu), dodatkowe zewnętrzne urządzenie w postaci rejestratora danych, służące do kompleksowej oceny stanu sterylizatora producenta niemieckiej firmy Ebro. Zdaniem odwołującego zaoferowany rejestrator nie jest wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 974), a co za tym idzie w odróżnieniu do sterylizatora parowego, nie może być objęty stawką preferencyjną podatku do towarów i usług (VAT) w wysokości 8%. Podkreślał, że pomimo tego Sterimed, w złożonym wraz

z ofertą formularzu cenowym, nie wyspecyfikował ww. urządzenia wraz z właściwą dla niego stawką VAT (23 %), oferując go w ramach 8 % stawki VAT (jedyna przyjęta przez wykonawcę zarówno w formularzu ofertowym i formularzu cenowym).

Zamawiający i przystępujący z kolei stali na stanowisku, że owo urządzenie dodatkowe (rejestrator Ebro), które winno być immanentną częścią sterylizatora, jeżeli ma wykonywać zadane testy, jest nieodzowne do jego pracy zgodnie z zamierzeniem i wymaganiami postępowania, stanowi wyposażenie wyrobu medycznego. W takim przypadku, zgodnie z przytaczanymi przez Sterimed interpretacjami urzędów skarbowych np. Interpretacja Indywidualna z dnia 11 grudnia 2020 r., 0114-KDIP1-3.4012.479.2018.10.MT, wyposażenie wyrobu medycznego również może być objęte obniżoną stawką VAT w wysokości 8%.

Należało zatem, w okolicznościach niniejszej sprawy rozważyć, czy oferowane przez Sterimed zewnętrzne urządzenie w postaci rejestratora danych, służącego do kompleksowej oceny stanu sterylizatora producenta niemieckiej firmy Ebro, stanowi wyposażenie wyrobu medycznego, zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu w sprawie wyrobów medycznych, i czy w związku z tym całe zamówienie mogło być objęte preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8%.

W pierwszej kolejności należy w tym miejscu odwołać się do definicji zawartych w Rozporządzeniu w sprawie wyrobów medycznych, w którym zdefiniowano pojęcia wyrobu medycznego oraz wyposażenia wyrobu medycznego. Zgodnie z art. 2 pkt 1 „wyrób medyczny” oznacza narzędzie, aparat, urządzenie, oprogramowanie, implant, odczynnik, materiał lub inny artykuł przewidziany przez producenta do stosowania – pojedynczo lub łącznie - u ludzi do co najmniej jednego z następujących szczególnych zastosowań medycznych:

- diagnozowanie, profilaktyka, monitorowanie, przewidywanie, prognozowanie, leczenie lub łagodzenie choroby,
- diagnozowanie, monitorowanie, leczenie, łagodzenie lub kompensowanie urazu lub niepełnosprawności,
- badanie, zastępowanie lub modyfikowanie budowy anatomicznej lub procesu lub stanu fizjologicznego lub chorobowego,
- dostarczanie informacji poprzez badanie in vitro próbek pobranych z organizmu ludzkiego, w tym pobranych od dawców narządów, krwi i tkanek,

i który nie osiąga swojego zasadniczego przewidzianego działania środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi w ludzkim ciele lub na nim, ale którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Następujące produkty są również uznawane za wyroby medyczne:

- wyroby do celów kontroli poczęć lub wspomagania poczęcia,
- produkty specjalnie przeznaczone do czyszczenia, dezynfekcji lub sterylizacji wyrobów, o których mowa w art. 1 ust. 4, oraz wyrobów, o których mowa w akapicie pierwszym niniejszego punktu.

Z kolei w pkt 3 ustawodawca unijny przesądził jak należy rozumieć pojęcie „wyposażenia wyrobu medycznego” - oznacza artykuł, który choć sam w sobie nie jest wyrobem medycznym, został przewidziany przez jego producenta do stosowania łącznie z co najmniej jednym określonym wyrobem medycznym specjalnie po to, by umożliwić używanie tego wyrobu medycznego zgodnie z jego przewidzianym zastosowaniem lub aby konkretnie i bezpośrednio wspomagać medyczną funkcjonalność tego wyrobu medycznego na potrzeby jego przewidzianego zastosowania.

W świetle tego przepisu to do wytwórcy należy określenie, czy mamy do czynienia z wyposażeniem wyrobu medycznego, czyli takim towarem, który został przez wytwórcę specjalnie przeznaczony do stosowania łącznie z danym wyrobem medycznym, w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem.

W tym miejscu należy wskazać, że test Bowie&Dick służy do sprawdzenia działania sterylizatora i jego gotowości do prawidłowej pracy, i ma dla prawidłowego jego funkcjonowania ogromne znaczenie, albowiem nie budzi wątpliwości, że prawidłowa sterylizacja narzędzi jest kluczowa zarówno dla pacjentów, jak też personelu. Z tego też powodu zamawiający w ramach zamówienia oczekiwał zaoferowania tego testu, obok szeregu innych akcesoriów, czy to zamontowanych w sterylizatorze, jak i współpracujących z nim, które były nieodzowne do jego pracy, zgodnie z zamierzeniem i wymaganiami postępowania.

System do przeprowadzania testu Bowie&Dicka model Ebro EBI 16, którego producentem jest Xylem Analytics Germany GmbH wprost wypełnia powyższą definicję, gdyż służy on tylko i wyłącznie do przeprowadzania poprawności procesu sterylizacji parowej w sterylizatorach medycznych, zgodnie z normą EN 285, zwanym testem Bowiego Dicka. Jediną jego funkcją jest współpraca z medycznym sterylizatorem parowym, który jest wyrobem medycznych. Powyższe potwierdzili zarówno producent tego urządzenia - Xylem

Analytics Germany GmbH, jak też dystrybutor firmy Xylem Analytics Germany GmbH w Polsce - firma OMC Envag Sp. z o.o. w swoich oświadczeniach, przedłożonych przez Sterimed jako dowody (załączone do pisma procesowego z 24 listopada 2022 r.).

Nie ulega więc wątpliwości, że mamy do czynienia z artykułem, specjalnie przeznaczonym przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym, w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem. Przy tym specjalistyczne cechy tego urządzenia, opisane w karcie katalogowej testu Bowie&Dicka (złożony przez Sterimed wraz z ofertą): „Chcielibyśmy Państwu zaprezentować najnowszy produkt niemieckiej firmy Ebro - elektroniczny test Bowie Dicka. Jest to specjalnie zaprojektowany rejestrator danych służący do kompleksowej oceny stanu sterylizatora. Stosując ten rejestrator możemy przeprowadzić dwa testy - test szczelności i właściwy test Bowie Dicka. Ustawianie parametrów testu jest bardzo proste i nie wymaga specjalnego szkolenia i wiedzy. Z listy dostępnych szablonów wystarczy wybrać np. „Test próżniowy” lub test Bowie Dicka i numer odpowiedniej normy, wszystkie parametry ustawią się same. Rejestrator spełnia wszystkie regulacje przygotowane dla sterylizatorów parowych zgodnie z wymogami norm EN ISO 11140-4, ISO 17665 i EN 285. Dodatkową zaletą urządzenia jest możliwość wprowadzania własnych ustawień, co umożliwia jeszcze bardziej pełną diagnostykę sterylizatora. W teście Bowiego Dicka kontrolujemy ciśnienie, temperaturę, skuteczność usuwania gazów ze sterylizatora oraz penetrację parą wodną” sprawiają, że urządzenie to nadaje się i może być wykorzystywane jedynie w celu kompleksowej oceny stanu sterylizatora.

Nie sposób także nie odnieść się do treści wytycznych, zawartych w normie PN-EN285, opisujących wymagania dla medycznych sterylizatorów parowych, które zostały przywołane

i zacytowane przez przystępującego w piśmie procesowym z 24 listopada 2022 r. W Rozdziale 17 zatytułowanym: Test Bowiego-Dicka opisano procedurę przeprowadzenia testu. Producent urządzenia wskazuje na konieczność i celowość jego przeprowadzenia, celem dokonania sprawdzenia działania sterylizatora i jego gotowości do prawidłowej pracy. Powyższe potwierdza, że test Bowie&Dicka jest niezbędny do korzystania z wyrobu medycznego, jakim jest sterylizator parowy, zgodnie z jego przeznaczeniem i w sposób gwarantujący poprawność jego pracy.

Tym samym urządzenie do przeprowadzania testu Bowie&Dicka model Ebro EBI 16, stanowi wyposażenie wyrobu medycznego, w rozumieniu cytowanych wyżej przepisów. Z kolei okoliczność, że jego dostawa podlega opodatkowaniu stawką preferencyjną - 8% wynika

z licznych interpretacji indywidualnych, jak też orzeczeń sądów administracyjnych. Tak też stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 30 lipca 2020 r., sygn. I FSK 2120/19.

W konsekwencji, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadne było przyjęcie przez Sterimed stawki 8% VAT za cały przedmiot zamówienia.

Należy także zaznaczyć, że uzasadniając przedmiotowy zarzut odwołujący, oprócz przytoczenia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyroków sądowych, dotyczących odrzucenia ofert z powodu błędu w obliczeniu ceny, czy też odnoszących się do rozdzielności świadczeń, w żaden sposób nie udowodnił, że oferta firmy Sterimed zawiera błąd w obliczeniu ceny. Przedłożone jako dowód oferty od dystrybutorów urządzenia nie wpływają na ocenę prawidłowości zastosowanej stawki VAT w przypadku, gdy test Bowie&Dick sprzedawany jest wraz z samym urządzeniem.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :