Sygn. akt: KIO 2297/17

WYROK
z dnia 17 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2017 r. przez **Wykonawcę – G. M. Systems P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** w W., ul. (…) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie,** ul. (…) **Oddział w G.,** ul. (…).

przy udziale

Wykonawcy – S. H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przy ul. (…) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.10.2017 r. i powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu, tj. z pominięciem oferty S. H. Sp. z o.o. z siedzibą w W., która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 Ustawy i zobowiązuje Zamawiającego do jej odrzucenia.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Centrum Onkologii – Instytut im. M. S. -C. O. w G. i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę G. M. S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Zamawiającego – Centrum Onkologii – Instytutu im. M. S. -C. Oddział w G. na rzecz Odwołującego – G. M. S. P.Sp. z o.o. z.s w W. kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie:

---

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2297/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Centrum Onkologii – Instytut im. M. S. C. na *dostawę aparatu do TK wraz z wyposażeniem oraz wykonanie prac adaptacyjnych dla Centrum Onkologii – Instytut im. M. S. – C. Oddział w G.* (nr ref.: DO/DZ-381-1-77/17), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 30 sierpnia 2017 r. 2017/S 165-340734, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Wykonawca G. M. S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 31 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2297/17).
Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (S. H. Sp. z o.o.) pismem z dnia 27 października 2017 r. drogą mailową w dniu 27.10.2017 r.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że czynności podjęte w postępowaniu polegające na:
- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty S. H. Sp. z o.o.,

- zaniechaniu odrzucenia oferty S. H. Sp. z o.o.
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego
prowadziły do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4i 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz zawierającej rażąco niską cenę.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia oferty S., powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na zakres prac objętych zamówieniem, na które składają się: zakup tomografu komputerowego wraz z dodatkowym wyposażeniem wymienionym w parametrach technicznych (dostawa do 11.12.2017 r.), wykonanie prac adaptacyjnych w pracowni TK oraz szkolenia, instalacja, montaż i uruchomienie sprzętu (wykonywane do 28.02.2018 r.).
Zdaniem Odwołującego w stosunku do wybranej oferty zachodzą dwie podstawy do jej odrzucenia.
Pierwsza wynika z błędu w obliczeniu ceny w poz. 3, dla której Wykonawca przyjął 8% stawkę podatku VAT (załącznik nr 2.1. do swiz) – „szkolenia, instalacja, montaż i uruchomienie sprzętu". Żadna z usług wyspecyfikowanych w tej pozycji nie może być oferowana z preferencyjną stawką podatku od towarów i usług. Nie mieszą się one bowiem w kategorii usług określonych w załączniku nr III do dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (DZ. U. UE L 06.347.1 ze zm) oraz załączniku nr 3 do ustawy o VAT – poz. 105 „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium

---

Rzeczpospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika".
Definicja „wyrobu medycznego" zawarta w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych nie obejmuje usług pobocznych, w szczególności szkoleń. Usługi objęte poz. 3 nie mogły być uznane za jednolite świadczenie, ściśle związane z dostawą sprzętu medycznego, do czego referował S. w wyjaśnieniach złożonych na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący podnosi, iż realizacja szkoleń jest czynnością samoistną, która występuje niezależnie od dostawy towaru i powinna być traktowana jako świadczenie odrębne, tym bardziej, że szkolenia będą świadczone po dokonaniu dostawy sprzętu medycznego w innym, odrębnym od dostawy terminie. Swoje stanowisko poparł interpretacją Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach nr IBPP2/4512-480/16-1/JJ z dnia 22.09.2016 r. odnoszącą się do szkoleń jako usługi pomocniczej dla dostawy wyrobów medycznych, m.in. w wariancie, w którym szkolenia będą realizowane po dokonaniu dostawy wyrobu medycznego. Dodatkowo przywołał interpretacje Dyrektora Izby Skarbowej w W. nr IPPP3/443-1312/11-6/JF oraz stanowisko Rzecznika Generalnego do sprawy C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, w której wydany został wyrok TSUE.
Oferta zawiera zatem błąd w obliczeniu ceny i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy
Ponadto, w ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez S. jest rażąco niska. Taki wniosek opiera na wycenie dwóch pozycji asortymentowych, która jest mało wiarygodna i dotyczy dostawy tomografu z wyposażeniem oraz prac adaptacyjnych. S. składał wyjaśnienia, jednak nie odnosił się w nich do okoliczności, które tłumaczyłyby tak niskie ceny. W szczególności, nie złożył dokumentów jakimi powinien dysponować, gdyż nie jest wytwórcą żadnego kluczowego elementu zamówienia. Nie jest zatem wiarygodnym zmniejszenie wyceny robót budowlanych z prawie 800 tyś do 200 tyś (a tomografu z 2,2 mln do 1,5 mln), w sytuacji gdy zakres prac adaptacyjnych nie został aż tak ograniczony w stosunku do pierwotnych założeń. Szablonowa kalkulacja (jeżeli w ogóle o takiej można mówić) nie wskazuje na zysk, który osiągnie S. realizując zamówienie. Oferta S. powinna zatem podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Ustawy.
Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 03.11.2017 r. po stronie Zamawiającego wykonawca S. H. Sp. z o.o. siedzibą w W. (dalej jako S.).
W piśmie skierowanym faksem przed otwarciem posiedzenia Zamawiający poinformował o podjętej decyzji, w której zdecydował o uwzględnieniu odwołania w związku z wątpliwościami dotyczącymi wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i zamiarze przystąpienia do procedury badania i oceny oferty w tym zakresie. Pełnomocnicy Zamawiającego na posiedzeniu niejawnym przed

skierowaniem odwołania na rozprawę oświadczyli, iż po konsultacji telefonicznej z Zamawiającym cofają oświadczenie złożone przez Zastępcę Dyrektora o uwzględnieniu w części odwołania i wnoszą o rozpoznanie zarzutów w całości i ich oddalenie.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Na posiedzeniu niejawnym prowadzony z udziałem stron, przed skierowaniem odwołania na rozprawę, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu Wykonawcę S. zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, który prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawił się.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. W świetle stanu faktycznego, w którym oferta konkurencyjna wskazana została jako najkorzystniejsza, kwestionowanie czynności jej wyboru, ma na celu wzruszenie wadliwego wyniku postępowania i doprowadzenie do wskazania, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Odwołujący posiadał zatem, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, których utrzymanie w mocy oznaczałoby, iż utraciłby on szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty S. i jego wyjaśnień oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę tomografu komputerowego (TK) wraz z dodatkowym wyposażeniem wymienionym w parametrach technicznych (poz. 1), wykonanie prac adaptacyjnych w pracowni TK (poz. 2), szkolenia, instalacja, montaż i uruchomienie sprzętu (poz. 3). Elementy te zostały ujęte w załączniku nr 2.1 do siwz – Specyfikacji Asortymentowo-Cenowej w trzech pozycjach wycenianych odrębnie, które po zsumowaniu stanowiły cenę oferty brutto. W pkt V siwz Zamawiający określił termin wykonania przedmiotu zamówienia wskazując, iż należy wykonać *w nieprzekraczalnym terminie do dnia*

28 lutego 2018 r. przy czym dostarczenie sprzętu (aparatu do TK wraz z wyposażeniem) oraz jego złożenie we wskazanym przez Zamawiającego miejscu na terenie siedziby Zamawiającego (Oddziału w G.) nastąpi w nieprzekraczalnym terminie do dnia 11 grudnia 2017 r. Miejscem realizacji wskazanym w siwz jest Centrum Onkologii – Instytut im. M. S. – Curie, Oddział w G., ul. (…), Zakład Brachyterapii. Zamawiający podobnie we wzorze umowy – załączniku nr 4 do siwz (§ 3 ust. 2), jako nieprzekraczalne termin wykonania umowy, tj. 28.02.2018 r., z tym że dostawa sprzętu ma nastąpić w nieprzekraczalnym terminie do 11.12.2017 r. Za datę wykonania umowy Strony przyjmują dzień oddania Sprzętu do eksploatacji, co zostanie potwierdzone w treści Protokołu uruchomienia i przekazania do eksploatacji podpisanego bez uwag i zastrzeżeń przez Zamawiającego. Natomiast w zakresie dostawy Sprzętu datą wykonania umowy stanowić ma dzień dostawy do siedziby Zamawiającego, co zostanie potwierdzone Protokołem dostawy podpisanym przez obie strony. Podpisane przez Zamawiającego bez uwag i zastrzeżeń oba protokoły stanowić będą podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktur.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż o potrzebie takiej organizacji dostawy decydowały kwestie związane z dofinansowaniem zakupu z środków pozyskanych z Ministerstwa Zdrowia i na tą okoliczność przedłożył pismo z Ministerstwa Zdrowia z dnia 11.08.2017 r. oraz zawartą w dniu 27.10.2017 r. umowę na udzielenie w 2017 r. dotacji celowej na zakupy inwestycyjne. Zgodnie z umową Instytut zobowiązany jest do zapłaty należności dostawcy

aparatury/sprzętu medycznego w terminie do dnia 31.12.2017 r. Niewykorzystaną do tego dnia część dotacji Instytut zobowiązany będzie zwrócić w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.01.2018 r. na rachunek Ministerstwa Zdrowia.
We wzorze umowy, w § 5 Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia wykonania wskazanego w ofercie zakresu robót budowlanych, dostaw materiałów i usług podwykonawcom, również w sytuacji, gdy takiego podwykonawstwa nie wskazano w ofercie, jak również dopuścił dokonanie zmiany zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie, jak i podwykonawcy lub całkowitej rezygnacji z podwykonawstwa (§ 5).
W postępowaniu oferty złożyło dwóch Wykonawców, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za ceny brutto: 1.820.913,72 zł. (S.) oraz 2.705.846,90 zł. (Odwołujący).
Podstawy wyceny ofert wynikały ze specyfikacji asortymentowo – cenowej (załącznik 2.1 do siwz), w której Wykonawcy prezentowali kalkulację trzech składowych przedmiotu zamówienia ujętych w odrębnych pozycjach, których zsumowane wartości brutto stanowiły cenę ofertową. Zasadnicza różnica wyceny przedmiotu zamówienia w obu ofertach dotyczyła pozycji pierwszej, obejmującej główny przedmiot zamówienia jakim jest koszt zakupu tomografu komputerowego wraz z dodatkowym wyposażeniem wymienionym w parametrach technicznych. S. zaoferował w tej pozycji dostawę tomografu Somatom Definition AS/Open w

konfiguracji 20-warstwowej za cenę brutto 1.514.975,20 zł. brutto. Odwołujący zaoferował tomograf G. H. M. S. CO. Ltd w cenie brutto 2.451.043,17 zł. Pozycją, która miała największy udział w cenie oferty jest pozycja pierwsza: *dostawa tomografu komputerowego (TK) wraz z dodatkowym wyposażeniem wymienionym w parametrach technicznych.* Różnica w wycenie pozostałych dwóch pozycji asortymentowych w obu ofertach była zbliżona.
Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 2.521.350,00 zł., co uwzględniało dwa elementy asortymentowe, z jakich ostatecznie zrezygnował ogłaszając przetarg, tj. stację lekarską oraz strzykawki automatyczne do podawania środka kontrastowego. Ustalenie tej wartości było poprzedzone przez Zamawiającego rozeznaniem rynkowym, prowadzonym w formie zapytań kierowanych do obu Wykonawców o wycenę tomografu do brachyterapii wraz z wyposażeniem oraz wycenę kosztów adaptacji pomieszczeń. Ostatnią taką prośbę Zamawiający skierował do S. w dniu 22.08.2017 r., na kilka dni przed ogłoszeniem postępowania.
Pismem z dnia 13.10.2017 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy Wykonawcę S. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny oferty brutto.
Pismem z dnia 17.10.2017 r. S. złożył wyjaśnienia, w których przede wszystkim odniósł się do szerszego zakresu świadczenia, który był podstawą szacunków Zamawiającego, uwzględniającego dwa elementy, tj. stację lekarską oraz strzykawki automatyczne, których rynkowe ceny uwzględnione w informacji cenowej 22.08.2017 r. przekazanej Zamawiającemu, stanowiły odpowiednio około 420 tyś PLN i 130 tyś PLN. Ponadto wskazał, iż ostatecznie zdecydował się dostarczyć tańszy aparat wyposażony w system chłodzenia powietrzem (SOMATOM Definitions AS Open w konfiguracji 20-warstwowej), pozwalający obniżyć cenę o około 150 tyś PLN. Elementem cenotwórczym, do którego odniósł się S. był również koszt adaptacji pomieszczeń w ofercie uwzględniający węższy zakres prac, na które ostatecznie zdecydował się Zamawiający ogłaszając przetarg. Wykonawca przedstawił w tym zakresie ofertę podwykonawcy firmy B.-B. sp. j.
Powyższe wyjaśnienia Wykonawca zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, co Zamawiający zweryfikował negatywnie ostatecznie udostępniając ich treść Odwołującemu.
Wyjaśnienia z 17.10.2017 r. odnosiły się również do przyjętej w poz. 1 i 3 specyfikacji asortymentowo-cenowej stawki VAT. Wykonawca wskazał między innymi, że stanowiące przedmiot dostawy urządzenia UPS i serwer związane są bezpośrednio z tomografem i nie mają związku z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi adaptacji pomieszczeń. Oba nie są wyrobami medycznymi i dla obu urządzeń przyjęta została stawka podstawowa VAT w

wysokości 23 % (poz. 1). Dla wyceny prac związanych ze szkoleniem aplikacyjnym w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia oraz szkolenia personelu technicznego w zakresie obsługi technicznej i konserwacji, a także instalacji, montażu i uruchomienia sprzętu,

Wykonawca uznał za zgodne z przepisami podatkowymi zastosowanie stawki preferencyjnej – 8% VAT. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Trybunał Sprawiedliwości Unii
Europejskiej, stawka 8% dotyczy dostawy wyrobu medycznego oraz świadczenia ściśle związanego z tą dostawą, np. szkoleniem w zakresie obsługi (w tym obsługi technicznej) wyrobu medycznego, jeśli szkolenia te są konieczne/wymagane dla należytej obsługi urządzenia i przeprowadzane są wraz z dostawą wyrobu medycznego, tj. przed jego przekazaniem użytkownikowi).
Zamawiający w dniu 27.10.2017 r. dokonał wyboru oferty S. jako najkorzystniejszej.
Uwzględniając powyższe Izba zważyła.
Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie obu podstaw zarzutu zaniechania odrzucenia oferty S., tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Ustawy.
O zapadłym rozstrzygnięciu decydowała ocena stanu faktycznego ustalonego w oparciu o dokumentację postępowania, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, który w niniejszym postępowaniu został przez Zamawiającego opisany w trzech pozycjach asortymentowo-cenowych w formularzu wyceny, dla których przewidziano odrębne terminy na wykonanie. Zamawiający wyraźnie wyróżnił nieprzekraczalny termin dla wykonania dostawy sprzętu, tj. do 11.12.2017 r. od terminu wykonania umowy, wyznaczonego również nieprzekraczalną datą 28.02.2018 r. Istotną okolicznością wskazywaną przez Odwołującego jest przyjęty dla tego zamówienia odrębny termin dostawy tomografu (TK) wraz z wyposażeniem, który zostanie złożony u Zamawiającego przed zakończeniem prac adaptacyjnych oraz dalszych związanych z jego instalacją, uruchomieniem i szkoleniem pracowników.
Zamawiający na rozprawie przekonywał zarówno, że cena oferty brutto nie stanowi ceny rażąco niskiej, jak również, że przyjęta stawka podatku VAT w poz. 3 formularza asortymentowego była stawką prawidłową, w świetle stanowiska organów fiskalnych oraz orzecznictwa, w tym TSUE.
Odwołujący na rozprawie przedłożył kopie ofert S. składanych w innych postępowaniach o podobnym schemacie świadczenia, tj. obejmującego szkolenia, w których przyjmował dla tego elementu wyceny stawkę podstawową VAT – 23%, tak m.in. w ofercie dla SPZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. Norberta Barlickiego w Łodzi.
Uwzględniając powyższe, Izba odnosiła się w pierwszej kolejności do podstawy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty S. opartego na stwierdzeniu popełnienia błędu w obliczeniu

składowej ceny oferty brutto, tj. pozycji 3 specyfikacji asortymentowo-cenowej *szkolenia, instalacja, montaż i uruchomienie sprzętu,* dla której Wykonawca przyjął stawkę preferencyjną 8%, właściwą jak dla produktu medycznego stanowiący główny przedmiot świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia. Decydującym w sprawie było zatem ustalenie, czy w okolicznościach wyznaczonych
zakresem i sposobem realizacji przedmiotu zamówienia uprawnionym było przyjęcie, że szkolenia, montaż i uruchomienie sprzętu stanowi świadczenie ściśle związane z dostawą główną, tj. dostawą tomografu (TK) w taki sposób, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, a także że stanowią świadczenie pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego. Przyjmując bowiem wytyczne płynące z orzeczeń wskazanych przez S. w wyjaśnieniach z 17.10.2017 r. i przywoływanych na rozprawie przez Zamawiającego i Odwołującego, tylko w wówczas można przyjąć, iż dwa lub więcej świadczenia stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od towarów i usług, co w przedmiotowej sprawie oznaczałoby przyjęcie jednolitej stawki preferencyjnej VAT 8% właściwej dla wyrobu medycznego stanowiącego przedmiot dostawy, zgodnie z koncepcją kompleksowości dostawy.
Zamawiający na rozprawie przekonywał, że o kompleksowości dostawy, w tym pomocniczym charakterze szkolenia i pozostałych ujętych w pozycji 3 specyfikacji asortymentowo-cenowej świadczy to, że służy ono osiągnięciu oczekiwanego wobec dostawy sprzętu TK efektu końcowego, wymagającego zapewnienia odpowiedniego przeszkolenia pracowników przed rozpoczęciem pracy na sprzęcie, z uwagi na bezpieczeństwo pacjentów, jak i bezawaryjną pracę urządzenia w przyszłości. Argumentem przemawiającym za przyjęciem tej koncepcji podnoszonym przez Zamawiającego był również wskazany przy opisie przedmiotu zamówienia jeden kod CPV właściwy dla wyrobów medycznych.
W oparciu o dokonane ustalenia 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 wcześniejszym montażu w pomieszczeniu dostosowanym pod kątem wymagań opisanych w siwz, a następnie uruchomieniu. Nie było spornym w sprawie, iż prace adaptacyjne w świetle jednolitego orzecznictwa przywoływanego również przez Odwołującego (vide: wyrok NSA z 1.06.2011 r., sygn. I FSK 869/10, podobnie wyrok NSA z 30.10.2014 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. Powyższe miało odzwierciedlenie w kalkulacji cen obu

ofert, w których przyjęto stawkę podstawową 23% dla wyceny pozycji 2 specyfikacji asortymentowo-cenowej. Podobnie, w ocenie Izby, należało ocenić znaczenie i charakter świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia, jakim jest między innymi usługa szkolenia personelu, mająca na celu stworzenie warunków, w którym urządzenie będzie prawidłowo eksploatowane, co pozwoli uniknąć w przyszłości uszkodzeń i awarii urządzenia wynikających z niewłaściwej obsługi tomografu. Podnoszony przez Zamawiającego efekt szkoleń, w ocenie Izby, nie decydował o możliwości uznania szkolenia za usługę pomocniczą w stosunku do dostawy tomografu, którego obiektywna możliwość pracy w siedzibie Zamawiającego istnieje niezależnie od przeszkolenia personelu mającego obsługiwać pracownię TK. Kwestia szkolenia w żaden sposób nie wpływa na dostawę urządzenia, co do której Zamawiający przewidział niezależny od pozostałych świadczeń termin dostawy, jak również odrębną płatność. Zamawiający poza wskazaniem na spodziewany efekt szkolenia, nie przedstawił żadnego argumentu, w oparciu o który możliwym byłoby przypisanie pomocniczego charakteru świadczenia wobec dostawy głównej i przyjęcia, iż świadczenia te stanowią funkcjonalną całość. Nie można w tym miejscu nie wspomnieć o możliwości powierzenia wykonania części świadczeń przez podwykonawców i to w dowolnym zakresie podlegającym modyfikacji również w trakcie realizacji zamówienia. Jeżeli by przyjąć, że szkolenie stanowić ma świadczenie kompleksowe z dostawą sprzętu medycznego, to pozostaje odpowiedzieć sobie na pytanie, w jaki sposób podwykonawca na zlecenie wykonawcy dokonałby rozliczenia usługi szkolenia pracowników Zamawiającego. W ocenie Izby, nie można obecnie przyjąć innego stanowiska niż to, że usługa szkolenia stanowi odrębny od dostawy urządzeń przedmiot zamówienia, realizowany niezależnie od dnia wykonania dostawy sprzętu, co zostało w umowie określone jako dzień wykonania umowy w tej części. 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.

W odniesieniu do podstawy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty S. wywodzonej z wysokości ceny, która ma wskazywać na rażąco niski poziom ceny do przedmiotu zamówienia, decydującą w sprawie była ocena wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, jak również brak stanowiska przystępującego po stronie Zamawiającego, na którym jako uczestniku postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a Ustawy spoczywał ciężar wykazania przed Izbą, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odnosząc się do samych wyjaśnień Izba uznała, iż podnoszone w nich kwestie związane z zakresem świadczenia przyjętego jako podstawa szacunku, nie decydowały o możliwości

uznania, że cena oferty uwzględnia wszystkie koszty związane z przedmiotem dostawy i świadczeniami towarzyszącymi. Przede wszystkim samo wskazanie na wątpliwości dotyczące szacowanej wartości zamówienia mogły co najwyżej podważać zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień, a nie stanowić argumentu przesądzającego o rynkowej wartości wyceny zakupu tomografu wraz z wyposażeniem. Zamawiający na rozprawie takiej wątpliwości nie zgłaszał, a zatem Izba przyjęła, iż kierując wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy posiadał uzasadnione podejrzenia co do wysokości

zaoferowanej ceny.
Co istotne, również sama treść wyjaśnień była niedostateczna do tego aby móc stwierdzić, że cena oferty odbiegająca o około milion złotych od drugiej oferty złożonej w postępowaniu i ponad 1 mln. zł od wartości szacowanej przez Zamawiającego, nie jest rażąco niska. Zasadnicza część wyjaśnień skupiała się wokół podstawy szacunków Zamawiającego i w konsekwencji innego zakresu świadczenia niż objęty treścią oferty. S. obok wskazania na poziom kosztów elementów wyposażenia, z których Zamawiający ostatecznie zrezygnował, nie uwiarygodnił poziomu cen, które zgodnie z ustaleniami poczynionymi w toku rozprawy mogą prezentować różną wysokość, a ponadto ustalenie wartości elementów, które faktycznie nie zostały ujęte w wycenie prac nie miały znaczenia z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej. S. zasadniczo w wyjaśnieniach skupiał się na elementach wyposażenia, jakiego nie zaoferował Zamawiającemu, stąd Izba uznała iż w tym zakresie wyjaśnienia nie mogły decydować o uznaniu, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zasadniczym pozostawało ustalenie, czy wyjaśnienia pozwalały uznać wycenę pozycji 1 specyfikacji asortymentowo-cenowej za rynkową, umożliwiającą wykonanie dostawy sprzętu. W ocenie Izby wyjaśnienia takiej odpowiedzi nie zawierały, gdyż Wykonawca ani nie odnosił się do zaoferowanego tomografu i jego wyposażenia ani nie przedstawił dowodu, wskazującego na wysokość ceny zakupu zaoferowanego urządzenia. Próba poszukiwania uzasadnienia dla różnicy wyceny poz. 1 (obejmującej dostawę tomografu wraz z wyposażeniem) w wycenie poz. 2 (prace adaptacyjne), podjęta na rozprawie przez Zamawiającego, również nie mogła odnieść oczekiwanego efektu. Przede wszystkim, pozycja druga obejmowała wykonanie prac adaptacyjnych, a Zamawiający poza samym odesłaniem do tej pozycji, nie wykazał, w którym z elementów prac miałyby być ukryte koszty związane z dostawą tomografu, nie uwzględnione w poz. 1. Takiej informacji nie dostarczają również same wyjaśnienia.
Na zakończenie warto wskazać, iż brak aktywności S. na rozprawie, na której się nie stawił, zgodnie z art. 191 ust. 1a Ustawy prowadził do stwierdzenia, iż Wykonawca będąc uczestnikiem postępowania odwoławczego nie udźwignął ciężaru dowodowego, a zatem zarzut poparty przekonującym stanowiskiem Odwołującego również z tej przyczyny zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba uwzględniła odwołanie, co wymagało nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powrócenia do etapu postępowania sprzed tej decyzji, w celu powtórzenia czynności związanych z oceną ofert. W świetle uwzględnionych zarzutów Izba uznała za zasadne żądanie Odwołującego odrzucenia oferty

S. z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Ustawy, co znalazło wyraz w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy koszty wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……