Sygn. akt KIO 733/20

WYROK

z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę: CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Powiatowy im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem;

przy udziale wykonawcy: Medikol Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, w zakresie pakietu nr 1: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym: odrzucenie ofert wykonawców, których oferty zawierają błąd w obliczeniu ceny tj. Medikol Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz ResQMed Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp; wezwanie pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w pakiecie nr 1 do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie zastosowanych przez nich w ofertach stawek podatku VAT;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Szpital Powiatowy im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego: Szpitala Powiatowego im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem na rzecz wykonawcy: CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach kwotę 11 571 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Nowym Sączu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 733/20

UZASADNIENIE

Szpital Powiatowy im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie dostawy sprzętu i aparatury medycznej dla potrzeb Szpitala Powiatowego w Zakopanem", z podziałem na 4 pakiety; numer referencyjny: ZP/04/20 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 27 lutego 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 516588-N-2020.

W dniu 6 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego, podjętych przez zamawiającego w postępowaniu w Pakiecie nr 1 - Aparat RTG przyłóżkowy, polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Medikol Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Medikol" lub „przystępujący"), zarzucając naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez wybór niezgodnie z przepisami ustawy Pzp jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medikol pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawierała błędy w obliczeniu ceny, a zatem winna zostać odrzucona, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej mimo, iż to ona powinna zostać wybrana zgodnie z przepisami ustawy Pzp i kryteriami oceny ofert zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ");

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

a z ostrożności procesowej:

3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wszystkich wykonawców w zakresie zastosowanych stawek podatku VAT, przy jednoczesnym wezwaniu do wyjaśnień w analogicznym zakresie jedynie Medikol, co stanowi nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Medikol;

2. odrzucenie oferty wykonawców: Medikol oraz ResQMed Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

(dalej „ResQMed”);

3. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

ewentualnie z ostrożności procesowej wniósł o:

4. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Medikol, wezwanie do wyjaśnień pozostałych wykonawców w zakresie zastosowanych w ofertach stawek podatku VAT oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

a ponadto

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm wynikających z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dni 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający w SIWZ w pkt. 3 - Opis przedmiotu zamówienia, w ramach Pakietu nr 1 domagał się dostarczenia fabrycznie nowego aparatu RTG przyłóżkowego. Opisując w pkt 3.3. SIWZ minimalne parametry techniczne, jakościowe, eksploatacyjne i funkcjonalne zamawiający wskazał, że domaga się dostarczenia wraz z aparatem RTG innych elementów, w tym fartucha ochronnego RTG, jednostronnego ultralekkiego 0,5 mm Pb - 1 szt. oraz wymaga, by dostarczony aparat był w pełni zintegrowany z systemem RIS/PACS firmy CGM Clininet/NetRAAD posiadanym przez zamawiającego.

Ponadto, zamawiający w pkt 19 zawierającym Opis sposobu obliczenia ceny wskazał, że wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SIWZ, powinien w łącznej cenie ofertowej brutto (z osobna dla Pakietów nr 1 - nr 4) ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz uwzględnić inne opłaty i podatki, a także ewentualne upusty i rabaty zastosowane przez wykonawcę (19.1).

Zamawiający w treści SIWZ w pkt 19.2 poinformował również, że cenę oferty należy podać w formie ryczałtu, z osobna dla każdego z Pakietów, na który wykonawca składa ofertę przetargową zgodne ze wzorem formularza oferty określonym w załączniku nr 1 do SIWZ. Wykonawca jest zobowiązany do podania łącznej ceny ryczałtowej poszczególnych Pakietów wraz z należnym na dzień składania oferty przetargowej podatkiem VAT za wykonanie dostaw objętych niniejszym zamówieniem, zgodne ze wzorem określonym w załączniku nr 1 do SIWZ.

Opisując kryteria oceny ofert w pkt. 20.1 zamawiający wskazał, że za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: 1) „Łączna cena ofertowa brutto" - C; 2) „Termin gwarancji" - T. Powyższym kryteriom zamawiający przypisał następujące znaczenie: cena 60 %, termin gwarancji 40 %.

Odwołujący złożył w terminie ofertę w Pakiecie nr 1, zamieszczając w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ informację, że oferuje Aparat RTG przyłóżkowy zgodnie z zestawieniem parametrów technicznych - granicznych wymaganych w SIWZ. Wskazał ponadto, że cena jednostkowa brutto w Pakiecie nr 1 wynosi 398 346,27 zł., w tym 327 374,82 zł z VAT 8 % zaś 25 971,45 z VAT 23 %.

Powyższa łączna cena ofertowa zawierała zatem doliczony zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami podatek VAT, który na datę złożenia oferty wynosi 8 % dla wyrobów medycznych i 23 % dla wyposażenia dodatkowego.

Ofertę w Pakiecie nr 1 złożył również Wykonawca Medikol, który wskazał, że cena brutto oferowanego w Pakiecie 1 sprzętu wynosi 289.440,00 zł., cena netto 268.000,00 zł. Wskazał również, że powyższa łączna cena ofertowa zawiera doliczony zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami podatek VAT, który na datę złożenia oferty wynosi 8 %. Także wykonawca ResQMed oświadczył, że łączna cena ofertowa zawiera doliczony zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami podatek VAT, który na datę złożenia oferty wynosi 8 %.

Pozostali wykonawcy, w tym odwołujący podali, że łączna cena ofertowa zawierała doliczony zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami podatek VAT, który na datę złożenia oferty wynosi 8 % dla wyrobów medycznych i 23 % dla wyposażenia dodatkowego.

Pismem z 18 marca 2020 roku zamawiający wezwał Medikol w trybie art. 87 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 8%.

W odpowiedzi na powyższe, Medikol wyjaśnił, że w postępowaniu dominującym świadczeniem jest dostawa aparatu RTG, który jest opodatkowany stawką 8 %, a zatem świadczenia towarzyszące nie będą stanowiły odrębnego przedmiotu klasyfikowania i będą opodatkowane tak jak czynność główna i jak czynność ta klasyfikowane, co oznacza, że można do nich zastosować stawkę 8 %.

Pismem z 31 marca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej w Pakiecie 1, oferty Medikol z łączną ilością punktów 84,67. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, z łączną ilością punktów 83,60. Zamawiający wskazał ponadto, iż żadna z ofert nie została odrzucona.

Wskazane wyżej czynności zamawiającego naruszają w sposób oczywisty przywołane na wstępie przepisy ustawy Pzp, skutkując tym samym prowadzeniem postępowania przez zamawiającego w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji została w sposób oczywisty naruszona, z uwagi na czynności zamawiającego polegające na wyborze oferty wykonawcy Medikol, która to oferta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż zawierała błędy w obliczeniu ceny.

Argumentując postawione wyżej zarzuty odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z kolei z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie innej omyłki, aniżeli oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Wymienione przepisy ustawy Pzp określają ustawowe przesłanki i zakres obowiązku dokonywania oceny ofert przez zamawiającego, oraz formułują określone przepisami obowiązki zamawiającego, będące następstwem rezultatów dokonanej oceny. Zamawiający zobowiązany jest albo do poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki spełniającej przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, albo do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli ta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący przywoływał treść uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 roku, III CZP 52/11 wskazując, że analizując stan faktyczny niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości pogląd, że podatek VAT został uznany przez zamawiającego za immanentny składnik ceny stanowiący element cenotwórczy, skoro w treści SIWZ - pkt 19.2 poinformował wykonawców, że cenę oferty należy podać w formie ryczałtu z osobna dla każdego z Pakietów, na który wykonawca składa ofertę przetargową a także, że wykonawca jest zobowiązany do podania łącznej ceny ryczałtowej poszczególnych Pakietów wraz z należnym na dzień składania oferty przetargowej podatkiem VAT za wykonanie dostaw objętych niniejszym zamówieniem. Zatem na etapie składania ofert na każdego z wykonawców zamawiający nałożył obowiązek wskazania w ofercie ceny z uwzględnieniem należnej na dzień składania ofert stawki podatku. Z kolei obowiązkiem zamawiającego było dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert w zakresie zastosowania prawidłowej stawki VAT, gdyż błędy w tym zakresie powinny skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który rodzi obowiązek odrzucenia oferty, co wskazał Sąd Najwyższy w cytowanej wyżej uchwale.

Zarówno odwołujący jak i czterech innych wykonawców ubiegających się o zamówienie w Pakiecie nr 1, konstruując ofertę jako stawki podatku VAT wskazali 8 % na wyrób medyczny, oraz 23 % na wyposażenie dodatkowe. Natomiast wykonawcy Medikol oraz ResQMed wskazali jedną stawkę VAT 8 %. W tej sytuacji, dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców, obowiązkiem zamawiającego było po pierwsze ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT dla zamówienia i w zależności od wyników tych ustaleń odrzucenie ofert wykonawców, którzy zastosowali błędne - w ocenie zamawiającego- stawki podatku VAT.

Punktem wyjścia zatem do rozważań o prawidłowej stawce VAT w rozpatrywanej sprawie jest wskazanie, iż przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 1 jest aparat RTG przyłóżkowy. Nie ulega wątpliwości, że jest on wyrobem medycznym. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 10 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (dalej zwana „ustawa o wyrobach medycznych"). Z kolei w załączniku nr 3 do ustawy o VAT pod poz. 105 wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU, wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznym, dopuszczone do obrotu w Polsce, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika.

Kluczowa jednak dla niniejszej sprawy jest okoliczność, że zamawiający oprócz dostarczenia wyrobu medycznego w postaci aparatu RTG domagał się dostarczenia wraz z tym aparatem fartucha ochronnego RTG oraz integracji z systemem RIS/PACS firmy CGM

Clininet/IMetRAAD. Te elementy zaś nie są wyrobem medycznym, a stanowią niewątpliwie wyposażenie dodatkowe. Kwestią wzbudzającą zatem zastrzeżenia odwołującego jest to, że zamawiający po lakonicznych wyjaśnieniach wykonawcy Medikol zakwalifikował wyposażenie dodatkowe, jakim jest fartuch ochronny i integracja z systemem z punktu widzenia obowiązującej ustawy o podatku od towarów i usług, jako opodatkowane stawką 8 %. W tym kontekście przypomnieć należy, że ustawa o wyrobach medycznych definiuje również pojęcie wyposażenia wyrobu medycznego, którym jest każdy artykuł, który sam w sobie nie będąc wyrobem medycznym, jest specjalnie przeznaczony do stosowania łącznie z wyrobem medycznym, w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem (pkt 33). Odnosząc powyższą definicję do analizowanych przedmiotów w postaci fartucha ochronnego oraz integracji z systemem wskazać należy, że w sposób oczywisty względem przywołanej wyżej definicji z ustawy o wyrobach medycznych, przedmioty te nie posiadają cechy, która pozwalałaby stwierdzić, że są specjalnie przeznaczone przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym. Nie budzi więc wątpliwości okoliczność, że wyposażenie dodatkowe, o którym mowa nie stanowi wyposażenia wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, a zatem nie może zostać opodatkowane stawką VAT 8 %. Wyposażenie dodatkowe jest bowiem tylko wówczas niezbędne do prawidłowego działania wyrobu medycznego, w sposób przewidziany dla tego wyrobu, jeśli zapewnia funkcjonowanie wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem.

W analizowanym przypadku nie występuje zatem na tyle ścisły związek między tymi świadczeniami, by można mówić o świadczeniu złożonym, gdzie dostawa wyrobu medycznego stanowi świadczenie główne, a dostawa wyposażenia dodatkowego - świadczenie pomocnicze. Towary określane mianem wyposażenia dodatkowego nie stanowią zatem w analizowanym wypadku elementu niezbędnego do prawidłowego funkcjonowania wyrobu medycznego. Aparat RTG działa niezależnie od tego, czy w jego wyposażeniu znajduje się fartuch ochronny, czy też nie. Jeszcze bardziej jaskrawo brak tej zależności w zakresie integracji z systemem RIS/PACS firmy CGM Clininet/NetRAAD, która to integracja ma na celu wykorzystanie istniejącego u zamawiającego oprogramowania, jednak w żaden obiektywny sposób nie warunkuje możliwości prawidłowego działania sprzętu. Zarówno fartuch ochronny jak i system integracji wymagany przez zamawiającego to towary, które mogą być przedmiotem dostawy przez każdy inny podmiot, bez uszczerbku dla prawidłowego działania i funkcjonalności wyrobu medycznego. Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący przytoczył treść uzasadnienia wyroku z 1 czerwca 2011 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego - sygn. akt I FSK 869/10, który stwierdził, że dokonywanie wraz z wyrobami medycznymi dostawy towarów, które nie stanowią wyposażenia wyrobu medycznego, a jedynie umożliwiają używanie wyrobu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem, nie stanowi w świetle obiektywnych okoliczności świadczenia kompleksowego o niepodzielnym charakterze. Okoliczność, że wyposażenie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego działania wyrobu medycznego nie jest wystarczającym uzasadnieniem do objęcia preferencyjną stawką podatku towaru, który nie posiada specjalnego przeznaczenia wytwórcy do stosowania z wyrobem medycznym i ma charakter standardowego towaru dostępnego w obrocie. Jak zauważył odwołujący podobne stanowisko zawarł Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 17 grudnia 2013 r. - sygn. akt I FSK 122/13.

Oceniając zatem, przez pryzmat wyżej wskazanych rozważań judykatury, treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, zdaniem odwołującego, uznać należy, że są one ogólnikowe, nie uwzględniają stanu faktycznego przedmiotowego zamówienia i zostały oparte o interpretację Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, które to interpretacje są wiążące dla danego podmiotu w ściśle określonej indywidualnej sprawie. Tu odwołać należy się do licznych interpretacji organów podatkowych, które wskazywały, że wyposażenie wyrobów medycznych powinno być opodatkowane stawką VAT 23%, nawet jeśli stanowi ono niezbędne wyposażenie wyrobu medycznego (np. interpretacje ILPP2/4512-1-284/15-2/SJ Dyrektora

Izby Skarbowej w Poznaniu z 6 maja 2015 r. i 0112-KDIL1-3.4012.204.2018.2.IT Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 25 czerwca 2018 r.).

Tym samym wyjaśnienia wykonawcy w żaden sposób nie mogły przesądzić, że zamawiający uznał zastosowanie w niniejszej sprawie jednolitej stawki 8 % dla całego zamówienia za prawidłowe. W konsekwencji, skoro wykonawca skalkulował złą stawkę podatku VAT, bowiem nie ujął w cenie stawki 23% na wyposażenie dodatkowe, obowiązek zamawiającego sprowadzał się do zakwestionowania prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny i odrzucenia tej oferty.

Zdaniem odwołującego argumentację wzmacnia również i ta okoliczność, że pięciu spośród siedmiu wykonawców zastosowało stawkę 8% na wyrób medyczny i 23% na wyposażenie dodatkowe, a tylko dwóch z nich wskazało stawkę 8%. Również w tym kontekście zamawiający dopuścił się rażącego nierównego traktowania wykonawców, łamiąc przy tym zasady uczciwej konkurencji. Z nieuzasadnionych przyczyn do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT wezwał tylko Medikol, pomijając w ogóle milczeniem te

same wątpliwości w ofercie wykonawcy ResQMed. Ten również wskazał wyłącznie stawkę 8% jako jednolitą dla wszystkich elementów zamówienia w Pakiecie 1. Co więcej, jeśli istotnie zamawiający powziął wątpliwości w zakresie prawidłowości przyjętych w ofertach stawek VAT - a na to wskazuje wprost wezwanie do wyjaśnień - winien uzyskać takie wyjaśnienia od wszystkich wykonawców, a dopiero następnie decydować, które z nich uzna za odpowiednie i w zależności od wyników tej oceny winien podjąć dalsze kroki i czynności w postępowaniu. Te okoliczności przesądzają, że zamawiający naruszył rażąco zasadę równego traktowania wykonawców. Niemożliwym bowiem jest przyjęcie, że wszystkie oferty zostały ocenione w zakresie kryterium ceny w sposób identyczny według tych samych kryteriów, skoro zamawiający dopuścił do sytuacji, w której uznał za prawidłowe przedstawione w ofertach różne stawki podatku VAT dla tych samych przedmiotów. By ocena ofert zachowała cechy rzetelnej i merytorycznej, dającej równe szanse wszystkim wykonawcom, zamawiający był zobligowany ustalić w pierwszej kolejności prawidłową stawkę VAT na wyposażenie dodatkowe. I choć podjął pewne działania w tym zakresie wzywając (ale tylko jednego z wykonawców) do wyjaśnień, to następnie w sposób nieuprawiony, nieuzasadniony a przede wszystkim nielogiczny uznał, że zarówno stawka 8% jak i stawka 23% w zakresie identycznego oferowanego w ofertach wyposażenia dodatkowego jest stawką prawidłową. Gdyby było inaczej, wówczas zamawiający cześć oferty odrzuciłby z uwagi na błędy w obliczeniu ceny.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że zamawiający mógł również przyjąć inny model działania, z poszanowaniem zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji i wezwać wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętej stawki VAT na wyposażenie dodatkowe a następnie zdecydować, która ze stawek jest prawidłowa i podjąć dalsze działania. Tymczasem nawet nie wezwał do wyjaśnień firmy ResQMed, która analogicznie jak Medikol podała stawkę VAT 8% na całość zamówienia. Powyższe wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że postępowanie prowadzone było w sposób niezapewniający równego traktowania stron, a zatem odwołanie należy uznać za konieczne i zasadne.

Zamawiający, w dniu 6 kwietnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca: Medikol Healthcare Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący, na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści złożonego odwołania, złożył na rozprawie następujące dowody i wniósł o ich przeprowadzenie:

1. oferty firmy CompuGroup Mdical Polska Sp. z o.o. na integrację aparatu RTG z systemem

RIS/ PACS;

2. oferty Synektik SA dla zakresu jak w pkt 1;

3. oferty ResQMed dla zakresu jak w pkt 1;

4. oświadczenia wykonawcy ResQMed, z którego wynika, że biorąc udział w postępowaniu, błędnie przygotował swoją ofertę dla Pakietu nr 1, naliczając niewłaściwą stawkę podatku VAT na fartuch ochronny i integrację z systemem informatycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu dla Pakietu nr 1, treścią korespondencji prowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowiska odwołującego, złożonego ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego opisywanych

przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta wykonawcy Medikol zostałaby odrzucona a odwołujący, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców w Pakiecie nr 1, treści korespondencji prowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów, wnioskowanych przez odwołującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania,

iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć należy, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał w SIWZ jaka stawka podatku VAT winna być zastosowana dla przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji przetargowej, w tym również dla pakietu nr 1. Z opisu w rozdziale 19 SIWZ wynika jedynie, że to wykonawca podaje w formularzu oferty cenę ryczałtową poszczególnych pakietów, uwzględniając właściwą na dzień złożenia oferty stawkę podatku VAT. Z kolei w formularzu oferty zamawiający wskazał, że wykonawca ma wpisać jaka stawka podatku VAT została uwzględniona przy obliczeniu łącznej ceny ofertowej brutto. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu ustalenie i wskazanie prawidłowej stawki VAT było obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę.

Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Pakiecie 1, zastosowali albo stawkę preferencyjną 8% na całość zamówienia, lub też oświadczyli w formularzu oferty, że zaproponowana przez nich łączna cena ofertowa zawiera doliczony, zgodnie z obowiązującymi przepisami podatek VAT, który na dzień składania ofert wynosi 8% i 23%. Niektórzy z wykonawców dodali, że stawka 23% dotyczy wyposażenia dodatkowego. Z treści żadnej z ofert nie wynika jednak, na jaki zakres zamówienia (które jego elementy) wykonawcy zastosowali stawkę preferencyjną, a na jaki zakres stawkę podstawową.

Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że w swojej ofercie zastosował stawkę 8% na aparat RTG przyłóżkowy, z uwagi na to, że jest on wyrobem medycznym w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych. Z kolei wyposażenie dodatkowe, na które składa się: fartuch ochronny RTG jednostronny ultralekki 0,5 mm Pb - 1 szt. oraz integracja z posiadanym systemem RIS/PACS firmy CGM Clininet/ NetRAAD, które nie stanowi wyposażenia wyrobu medycznego, w rozumieniu cytowanej ustawy, nie może korzystać z opodatkowania preferencyjną stawką podatku VAT.

Zamawiający z kolei, dokonując badania i oceny ofert w postępowaniu dla Pakietu nr 1, zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez tego wykonawcę oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim zaoferował on cenę za realizację zamówienia tj. wskazał, że zastosował na całość zamówienia stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Medikol, w odpowiedzi na wezwanie poinformował, że „Usługa integracji z systemem oraz dostawa fartuch RTG są świadczeniami pomocniczymi dla dostawy aparatu RTG, zgodnie ze szczegółowymi wyjaśnieniami, zawartymi w załączniku nr 1". Z kolei w załączniku przywoływał orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, odnoszące się do świadczeń złożonych, jak również interpretacje Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej stwierdzając, że mamy w tym przypadku do czynienia ze świadczeniem złożonym, w którym dominującym świadczeniem jest dostawa aparatu RTG. W tym przypadku zatem świadczenia towarzyszące, które nie stanowią odrębnego przedmiotu klasyfikowania, opodatkowane są jak czynność główna, a więc prawidłowe jest zastosowanie stawki 8% na całość zamówienia.

Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia przystępującego, co wynika z treści jego odpowiedzi na odwołanie. W złożonym piśmie procesowym stwierdził bowiem, że „zarówno fartuch ochronny, jak i integracja aparatu RTG z systemem Clininet tworzą wraz z aparatem

RTG jedno kompleksowe świadczenie, ponieważ tylko w takim łącznym zestawieniu zamawiający chciał nabyć aparat RTG - od razu gotowy do bezpiecznej pracy (tak dla lekarza, jak i pacjenta) oraz funkcjonalnie powiązany ze szpitalnym systemem informatycznym".

W konsekwencji, zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Medikol, nie odrzucając jednocześnie ofert złożonych przez innych wykonawców pomimo, iż zastosowali oni w swoich ofertach inne stawki podatku VAT, niż wybrany w Pakiecie nr 1.

W tym miejscu wymaga wskazania, iż Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 zauważył, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z art. 18 ustawy Pzp, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przywołanych uchwałach Sąd Najwyższy podniósł także, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach nie może budzić wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Z lektury powyższych uchwał płynie niewątpliwie wniosek, że dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie prawidłowości zastosowanej stawki VAT, jest obowiązkiem zamawiającego. Na ten obowiązek, jak również na konsekwencje, wynikające z zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie, zwracała wielokrotnie uwagę w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza (tak np. w wyroku z 10 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2794/11; wyroku z 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 639/12; wyroku z 10 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 588/12). W orzecznictwie podkreślano wielokrotnie, że cena oferty stanowi jedno z podstawowych kryteriów oceny ofert i w związku z tym nie może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości czy też sposobu w jaki została ona obliczona. Jeżeli mówić o „cenie" czy „błędach w obliczaniu ceny", to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto - z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłączne w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp to na zamawiającym ciąży obowiązek określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, a ten jest przecież wiążący dla wykonawców. Tylko zatem oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ, mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 215/19).

Wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wypełnieniem tego obowiązku, w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże właściwą stawkę podatku VAT w swojej ofercie, będzie odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający, który tego nie czyni, narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu, w Pakiecie nr 1, oferty złożyło siedmiu wykonawców. Dwóch z nich tj. przystępujący oraz ResQMed, oświadczyło w swoim formularzu oferty, że stawka podatku VAT na całość zamówienia wynosi 8%. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień wyłącznie wykonawcę Medikol, uzasadniając to w treści odpowiedzi na odwołanie faktem, że w przypadku gdy zastosowanie ma procedura odwrócona, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek zbadania wyłącznie tej oferty, która została najwyżej oceniona. W tym wypadku jest to oferta złożona przez przystępującego.

Z powyższym poglądem nie sposób się zgodzić. Z treści cytowanego przepisu nie wynika bowiem, że zamawiający ma możliwość dokonania oceny wyłącznie tej oferty, która biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert - okaże się ofertą, która zawiera najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert. Zanim bowiem zamawiający dokona przedmiotowej oceny, w oparciu o ustalone przez siebie w SIWZ kryteria, zobowiązany jest do oceny złożonych w postępowaniu ofert. Tym samym rację ma odwołujący, podnosząc zarzuty naruszenia w postępowaniu przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał bowiem do złożenia wyjaśnień wyłącznie wykonawcę Medikol, podczas gdy zobowiązany był

w pierwszej kolejności dokonać badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców. W ramach tej czynności zobligowany był między innymi ustalić: jaki zakres w złożonych ofertach objęty został przez wykonawców preferencyjną stawką podatku VAT, w jakim zaś zakresie wykonawcy uznali, że właściwa jest stawka VAT w wysokości 23%. Następnie zamawiający, w ramach tych czynności, winien przeprowadzić stosowną analizę w zakresie oceny prawidłowości zastosowanej stawki VAT. Wprawdzie zamawiający twierdzi, w złożonym przez siebie piśmie procesowym, że taką analizę przeprowadził, uczynił to jednak w odniesieniu wyłącznie do przystępującego. Tymczasem zobowiązany jest ustalić, zanim przeprowadzi czynność oceny ofert zgodnie z przyjętymi kryteriami, które ze złożonych ofert zawierają właściwą, a które błędną stawkę podatku VAT. Następnie zaś oferty tych wykonawców, które zawierają błąd w obliczeniu ceny, należy odrzucić, mając na uwadze treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Co podkreślał bowiem SN w swoich uchwałach, aby oferty złożone w postępowaniu mogły być uznane za porównywalne, ich ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, w tym z zastosowaniem tych samych stawek podatku VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to także z zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu, w ramach powtórzonych czynności, wyjaśnić w trybie cytowanego przepisu, w jakim zakresie poszczególni wykonawcy (poza wykonawcami, których oferty należy odrzucić) naliczyli stawki VAT w wysokości 8%, co do jakiego zakresu uznali natomiast, że właściwa jest stawka podstawowa. Powyższe nie wynika bowiem z treści złożonych ofert i aby móc ocenić, czy są one porównywalne, wymaga to zwrócenia się do wszystkich ubiegających się o zamówienie w Pakiecie nr 1, z wnioskiem o udzielenie powyższych wyjaśnień.

Izba uznała również za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Medikol oraz ResQMed. Nie ulega wątpliwości, bowiem wynika to z akt niniejszej sprawy, że wyżej wymienieni wykonawcy złożyli oferty w Pakiecie nr 1, oświadczając w treści formularza oferty, iż zaproponowana przez nich łączna cena ofertowa brutto zawiera podatek VAT w wysokości 8%. Uznali tym samym, że zarówno aparat RTG, jak też pozostałe wyposażenie winny być objęte jedną, preferencyjną stawką podatku VAT.

Jak wynika z przepisów ustawy o VAT, zasadą jest opodatkowanie odpłatnej dostawy i odpłatnego świadczenia usług według stawki podstawowej. Wszelkie obniżone stawki i zwolnienia od podatku należy interpretować ściśle i wyłącznie w sytuacjach dokładnie określonych w przepisach. Tak między innymi na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy obniżona stawka podatku 8% ma zastosowanie do dostawy wyrobu medycznego, zgodnie z definicją wyrażoną w ustawie o wyrobach medycznych.

Definicję pojęcia ,,wyrób medyczny" zawiera art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 186), który stanowi, że wyrobem medycznym jest 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 - których zasadnicze zamierzone działanie w ciele lub na ciele ludzkim nie jest osiągane w wyniku zastosowania środków farmakologicznych, immunologicznych lub metabolicznych, lecz których działanie może być wspomagane takimi środkami.

Z przytoczonej wyżej definicji wyrobu medycznego wynika, że obejmuje ona narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem, przeznaczone do stosowania zgodnie ze wskazanym w definicji przeznaczeniem. W związku z tym na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy obniżona stawka podatku 8% ma zastosowanie wyłącznie do dostawy wyrobu medycznego. W omawianej sprawie takim wyrobem jest niewątpliwie zamawiany w ramach Pakietu nr 1 aparat RTG.

Jednocześnie, wraz z urządzeniem, zamawiający dokonuje zakupu dodatkowych towarów i usług. Wśród nich znajduje się wymieniony przez odwołującego fartuch ochronny oraz usługa polegająca na integracji aparatu z systemem Clininet. Zdaniem odwołującego pomimo, że nabywane są one w ramach jednego zamówienia, nie mogą być traktowane jako jedno, kompleksowe świadczenie i korzystać z opodatkowania preferencyjną stawką podatku VAT, jak dla wyrobu medycznego.

Izba podzieliła powyższe stanowisko odwołującego. Poddając bowiem analizie kwestie

tzw. świadczeń złożonych należy zauważyć, że zarówno w polskich przepisach jak i przepisach wspólnotowych brak jest bezpośredniej podstawy prawnej, która wprost pozwalałaby na wyodrębnienie świadczeń złożonych i traktowanie ich jako takich na gruncie przepisów o podatku VAT. Kwestie te analizowane były przez polskie i wspólnotowe sądy i orzecznictwo w tym zakresie jest jednolite. Problem świadczeń złożonych był przedmiotem licznych orzeczeń TSUE, m.in. w sprawie C-349/96 pomiędzy Card Protection Plan Ltd a Commissioners of Customs and Excise, dotyczącej klasyfikacji podatkowej odrębnie płatnej usługi polegającej na ubezpieczeniu nabywców kart kredytowych od skutków utraty karty. W powyższym orzeczeniu, TSUE uznał, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2 (1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Pojedyncze świadczenie ma miejsce wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Argumentację podobną do przedstawionej powyżej Trybunał przywołał w sprawie Aktiebolaget NN a Skatteverket (C-111/05). Uznał, że z art. 2(1) VI Dyrektywy wynika, że każda transakcja powinna być zwykle uznawana za odrębną i niezależną oraz, że transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie gospodarczym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT. Należy w pierwszej kolejności poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej transakcji celem określenia, czy podatnik zapewnia klientowi kilka odrębnych świadczeń głównych, czy jedno świadczenie. Jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika na rzecz klienta są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W okolicznościach niniejszej sprawy warto zwrócić uwagę również na tezy zawarte w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 6 lipca 2006 r. w sprawie C-251/05 pomiędzy Talacre Beach Caravan Sales Ltd a Commissioners of Customs Excise. We wskazanym orzeczeniu zwrócono uwagę, że okoliczność, że określone towary stanowią przedmiot jednej dostawy, która z jednej strony obejmuje towar główny objęty przez ustawodawstwo danego państwa członkowskiego zwolnieniem dającym prawo do zwrotu zapłaconego podatku w rozumieniu art. 28 ust. 2 lit. a) VI dyrektywy, zmienionej dyrektywą 92/77/EWG, oraz z drugiej strony towary wyłączone przez to ustawodawstwo z zakresu zastosowania tego zwolnienia, nie stoi na przeszkodzie temu, aby dane państwo członkowskie pobierało podatek od wartości dodanej od dostawy towarów wyłączonych według stawki zwykłej. Tym samym o świadczeniu złożonym możemy mówić, jeśli istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Muszą one stanowić jedną nierozerwalną całość.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że świadczeniem głównym, jakie zamawiane jest w ramach Pakietu Nr 1, jest dostawa wyrobu medycznego - aparatu RTG. Wraz z aparatem zamawiający nabywa również fartuch ochronny. Ten z kolei stanowi, jak podkreśla zamawiający element, który umożliwia bezpieczne korzystanie z urządzenia. Nie przesądza to jednak, w ocenie Izby, że można uznać, iż poprzez to tworzy on wraz z aparatem RTG jedno, kompleksowe świadczenie. Do tego, aby dostarczyć zamawiającemu aparat RTG w pełni sprawny i gotowy do użytkowania, nie jest konieczna jednoczesna dostawa odzieży ochronnej. Zamawiający może nabyć go od innego dostawcy lub/ i w ramach odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez szkody i wpływu dla dostawy samego urządzenia. Ponadto zauważyć należy, że ww. fartuch może być wykorzystywany przy pracy z innymi urządzeniami radiologicznymi, niekoniecznie tylko i wyłącznie z dostarczanym aparatem RTG. Zamawiający wymagał również w SIWZ, aby dostarczony aparat był w pełni zintegrowany z systemem RIS/PACS firmy CGM Clininet/NetRAAD, posiadanym przez zamawiającego. Zaznaczył, że pełne koszty integracji zarówno po stronie systemu RIS/ PACS jak i dostarczonego aparatu ponosił będzie dostawca niniejszego sprzętu. Zamawiający z kolei zobowiązuje się udostępnić posiadaną licencję na podłączenie aparatu do systemu

RIS/PACS. W tym zakresie również należy uznać, że sama integracja nie jest konieczna do dostarczenia zamawiającemu aparatu RTG gotowego do użytkowania. Istnienie integracji lub jej brak, pozostaje bez wpływu na możliwość wykorzystywania aparatu, zgodnie z jego przeznaczeniem przewidzianym przez dostawcę. Samą usługę integracji (wykonywaną przez dostawcę systemów informatycznych) zamawiający mógłby również nabyć, w ramach odrębnego zamówienia, co pozostałoby bez uszczerbku dla walorów techniczno - użytkowych dostarczonego aparatu RTG.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający doszedł do przekonania,

że zamawiający w sposób błędny przyjął, że naliczona przez wykonawców 8% stawka podatku VAT na całość zamówienia jest zgodna z obowiązującymi przepisami. Tym samym, Izba nakazała w sentencji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie pakietu nr 1 oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Medikol Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i ResQMed Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: .....