

WYROK
z dnia 26 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 czerwca 2017 r. odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- a. 7 czerwca 2017r. przez **wykonawcę P. I.-H. V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...)**
- b. 8 czerwca 2017r. przez **wykonawcę P. M. – S. J. P. spółka jawna z siedzibą w W., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w C., (...)**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. P. i G. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. H. spółka cywilna K. P., G. D. z siedzibą w W., (...)** zgłaszający swoje przystąpienie w sprawach sygn.. akt KIO 1164/17 i KIO 1168/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę P. I.-H. V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P. I.-H. V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. P. i G. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. H. spółka cywilna K. P., G. D. z siedzibą w W., (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na zastosowanie stawki preferencyjnej 8% w odniesieniu do dostawy

1

torby transportowej, co stanowi błąd w obliczeniu ceny, w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

1B. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę P. M.- S. J. P. spółka jawna z siedzibą w W., (...) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P. M.- S. J. P. spółka jawna z siedzibą w W., (...) i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w C., (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę P. I.-H. V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...)**, **wykonawcę P. M.- S. J. P. spółka jawna z siedzibą w W., (...)** tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od **Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w C., (...)** na rzecz **wykonawcy P. I.-H. V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...)** kwotę **15 000 zł gr** (słownie : piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,

- 2.3. zasądza od **Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w C., (...)** na rzecz **wykonawcy P. M.- S. J. P. spółka jawna z siedzibą w W., (...)** kwotę **18 600 zł gr** (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

**Sygn. akt KIO 1164/17
KIO 1168/17**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę defibrylatorów A. oraz fantomów do nauki resuscytacji krążeniowo-oddechowej zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 lutego 2017r. za numerem 2017/S 024-041283.

Postępowanie jest prowadzone z podziałem na części – zadanie 1 na defibrylatory i zadanie 2 na fantomy.

W dniu 30 maja 2017r. zamawiający w zadaniu 1 poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. P. i G. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. H. spółka cywilna K. P., G. D. z siedzibą w W., (...) – dalej przystępujący oraz o odrzuceniu dwóch ofert:

- P.M.-S. J. P. Spółka Jawna z siedzibą w W. (...) – dalej odwołujący P., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W Wymaganiach Taktyczno- Technicznych dla defibrylatora A. stanowiących załącznik nr 5a do siwz zamawiający w pkt. 8 wymagał ekranu o przekątnej „min. 3” lub wskaźniki dźwiękowe i wizualno-graficzne informujące o kolejności prowadzonych czynności, wymaganej defibrylacji lub braku wskazań do jej przeprowadzenia, prowadzonej analizie rytmu pracy serca i ewentualnych zakłóceniach (np. o wykrytym ruchu pacjenta) zgodnie z Wytycznymi resuscytacji 2015. Wykonawca zaoferował urządzenie z ekranem o przekątnej 2,91”, a więc nie zgodnym z wymogiem zawartym w Wymaganiach Taktyczno- Technicznych, - „V.” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) – dalej odwołujący V., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczaniu ceny lub kosztu. zamawiający w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 5 do siwz w opisie przedmiotu zamówienia przedstawił dla zadania nr 1 defibrylator A., natomiast w Wymaganiach Taktyczno - Technicznych stanowiących załącznik nr 5a do siwz opisał szczegółowo charakterystykę techniczną urządzenia.

Zamawiający nie określił w siwz stawki podatku VAT, jednak biorąc pod uwagę wykładnię literalną art. 29 ust. 6 ustawy o VAT, należy zauważyć, iż przepis ten nakazuje doliczenie do podstawy opodatkowania kosztów dodatkowych dostawy, w tym kosztów opakowania, co wydaje się przesądzać o konieczności doliczania kosztów opakowania tj. torby na defibrylator do podstawy opodatkowania VAT. Koszt torby jako koszt opakowania jest świadczeniem bezpośrednio związanym ze świadczeniem głównym. W związku z tym

wartość torby powinna zwiększać podstawę opodatkowania z tytułu dostawy produktów i być opodatkowana tą samą stawką co dostawa produktów. Wykonawca przedstawił w formularzu cenowym dwie stawki podatku VAT tj. 8% dla defibrylatora A. oraz 23% dla torby na defibrylator A.

Zamawiający badając oferty ma m.in. obowiązek badać wysokość zastosowanej stawki VAT, w związku z tym wezwał wykonawców do przedłożenia wyjaśnień, z których wynika, iż każdy z nich uznaje swoją stawkę podatku za właściwą. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a zatem także z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem

kalkulacji ceny oferty. W świetle wyroku KIO z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt 282/09; „(...) zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem błędne podanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy. Skład orzekający Izby podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2003 r. (sygn. V Ca 222/03), gdzie sąd wyraził pogląd, że uznanie za prawidłową cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT naruszałoby interesy innych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu i jako sprzeczne z prawem stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (...)” Wobec powyższego oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy.

Sygn. akt KIO 1164/17

W dniu 7 czerwca 2017r. odwołujący V. złożył odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 czerwca 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2017r.

W dniu 7 czerwca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 12 czerwca 2017r. przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje pogorszenie sytuacji przystępującego w postępowaniu. Zgłoszenie podpisał pełnomocnik, który działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 maja 2017r. udzielonego przez obu współników spółki cywilnej. Do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania kopii zamawiającemu i odwołującemu.

Odwołujący V. zarzucił zamawiającemu:

5

1. nieodrżucenie ofert P. Sp. z o.o. sp. K. Oraz M. H. s.c. K. P. G. D. pomimo niepoprawnej wartości podatku VAT w ofertach cenowych w/w oferentów,
2. odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący złożył wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia dotyczące szczegółów swojej oferty w zakresie wyodrębnienia i podstaw obliczenia ceny „torby transportowej na defibrylator i akcesoria, w kolorze ciemnozielonym lub czarnym, wykonanej z wytrzymałego materiału.”;
3. błędne przyjęcie, że torba transportowa stanowi w istocie „opakowanie”, o którym mowa w art. 29 ust 6 ustawy o VAT, a nie osobny przedmiot dostawy - wyposażenie wyrobu medycznego, któremu ustawa o wyrobach medycznych nie przyznaje statusu wyrobu medycznego i który podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, której wysokość w okresie do 31 grudnia 2018 r. wynosi 23%,
4. brak podania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego faktycznego i zgodnego z prawem uzasadnienia oferty odwołującego, w szczególności wewnętrzną sprzeczność pomiędzy treścią siwz a argumentacją stanowiącą podstawę odrzucenia oferty odwołującego
5. wybór oferty, która powinna zostać odrzucona.

Postępowanie zamawiającego narusza:

- art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący złożył wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia dotyczące szczegółów swojej oferty w zakresie wyodrębnienia i podstaw obliczenia ceny „torby transportowej na defibrylator i akcesoria, w kolorze ciemnozielonym lub czarnym, wykonanej z wytrzymałego materiału.”
- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak podania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego faktycznego i zgodnego z prawem uzasadnienia oferty odwołującego,
- art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez nieodrżucenie ofert P. Sp. z o.o. sp. K. Oraz M. H. s.c. K. P. G. D. pomimo niepoprawnej wartości podatku VAT w ofertach cenowych w/w oferentów.

Odwołujący V. wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) odrzucenie ofert P. Sp. z o.o. sp. k. oraz M. H. s.c. K. P. G. D.
- 4) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 6) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, oraz

6

7) o zobowiązanie zamawiającego do zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący V. wskazał, że ma oczywisty interes prawny we wniesieniu odwołania i legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący V. złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania we wskazanych powyżej częściach, która w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Zatem Odwołujący V. wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Podniósł, że jego oferta nie zawierała błędów w obliczeniu ceny ani kosztu.

Zamawiający w Załączniku nr 5a do siwz („WYMAGANIA TAKTYCZNO - TECHNICZNE DLA DEFIBRYLATORA A.”) sformułował następujące PARAMETRY TECHNICZNE:

1 Defibrylator przenośny dwufazowy do pracy w warunkach polowych i środkach transportu medycznego (ambulans, śmigłowiec, samolot, okręt) zgodny z normą IEC 601-2-4, EN 60601- 1-11 EN 60601-1-2 oraz RTC/DO 160D (transport lotniczy)

TAK

2 Torba transportowa na defibrylator i akcesoria, w kolorze ciemnozielonym lub czarnym,

wykonana z wytrzymałego materiału

TAK

Odwołujący V. w swojej ofercie wyodrębnił pozycję „defibrylator przenośny” oraz „torba transportowa”, przypisując im różne stawki podatku VAT (odpowiednio: 8% i 23%).

Natychmiast po czynności otwarcia ofert Odwołujący V. powziął wątpliwość co do prawidłowości obliczenia podatku VAT w ofertach P. Sp. z o.o. sp. k. oraz M. H. s.c. K. P. G. D.

Jako dowód odwołujący V. powołał pismo odwołującego z dnia 28 kwietnia 2017 roku

Zgodnie z wymaganiami taktyczno-technicznymi określonymi przez zamawiającego w załączniku 5a do siwz postępowania przetargu nieograniczonego numer WOFiTM/7/2017/PN w pkt 2 zamawiający wymagał, aby z defibrylatorem była dostarczona także torba nośna w kolorze ciemnozielonym lub czarnym. W/w oferenci oświadczyli iż z defibrylatorem taką torbę dostarczą. W ofertach cenowych w/w oferentów zastosowano stawkę VAT 8% na całości oferty, co jest równoznacznie z oświadczeniem iż defibrylator i jego- akcesoria (w tym torba

7

nośna) są wyrobami medycznymi. Tymczasem Ustawa o wyrobach medycznych rozróżnia wyrób medyczny, ściśle i precyzyjnie zdefiniowany w Ustawie, od wyposażenia wyrobu medycznego, czyli elementów niespełniających definicji wyrobu. Jest to artykuł, który, nie będąc wyrobem medycznym, jest specjalnie przeznaczony przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym, w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem.

Odwołujący V. uważa, iż dla stworzonego przez w/w oferentów zestawu składającego się z wyrobu medycznego tj. defibrylatora A. oraz wyrobu niemedycznego tj. torby nośnej do defibrylatora, zastosowanie VAT w wysokości 8% nie jest dopuszczalne na podstawie zał. 3 poz. 105 do ustawy o VAT i należałoby określić dwa oddzielne pozycje, jeden dla wyrobów medycznych (defibrylator, dodatkowe elektrody) z zastosowaniem stawki VAT 8% oraz jeden

dla wyrobu niemedycznego tj. torby nośnej z zastosowaniem stawki VAT 23%.

Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych:

„wyrób medyczny - narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia, c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego, d) regulacji poczęć - który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami”

„wyposażenie wyrobu medycznego — artykuł, który, nie będąc wyrobem medycznym, jest specjalnie przeznaczony przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym, w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem”.

Wobec tego zastosowanie stawki VAT 8% na całość oferty nie jest możliwe i w myśl art. 88 ustęp 1 pkt. 3), 6), 8) ustawy w/w oferty należy odrzucić.

Dodatkowo odwołujący V. wnioskował o odrzucenie oferty oferenta M. H. s.c. z powodu niespełnienia przez oferowany defibrylator wymagań taktyczno-technicznych w zakresie posiadania wskaźnika baterii.

W dniu 10 maja 2017 roku odwołujący V. został przez zamawiającego wezwany do wyjaśnień w zakresie ceny. Wyjaśnień takich udzielono w dniu 11 maja 2017 roku.

Jako dowód odwołujący V. powołał wezwanie zamawiającego z dnia 10 maja 2017 roku oraz odpowiedź - wyjaśnienia wykonawcy z dnia 11 maja 2017 roku wraz z załącznikami

8

W ocenie odwołującego torba transportowa na defibrylator nie spełnia definicji wyrobu medycznego, a jest z istoty rzeczy tylko wyposażeniem wyrobu medycznego, dodatkowym elementem, przystosowanym do używania wraz z wyrobem medycznym.

Podkreślił, że zamawiający sformułował szczegółowe wymagania co do torby, wskazując kolor oraz wymagania co do materiału. Oznacza to, że torba taka musi spełniać specjalne, niestandardowe wymagania co do jakości, niezwiązane z samym wyrobem medycznym, niepodlegające zgłoszeniu przy rejestracji wyrobu medycznego, niebędące naturalną cechą tegoż wyrobu. Cechą naturalną jest działanie samego defibrylatora i to jest istota wyrobu medycznego. Kolor torby nie jest okolicznością zgłaszaną w ramach zgłoszenia wyrobu. Potwierdza to, że torba stanowi wyposażenie wyrobu medycznego i może (a w przypadku sformułowania nietypowych wymagań - musi) być osobno wyprodukowana/zakupiona, aby posiadać szczególne, niezwiązane z istotą samego wyrobu medycznego cechy wskazane przez zamawiającego.

Z uwagi na fakt, że torba nie jest wyrobem medycznym lecz wyposażeniem wyrobu medycznego lub dodatkowym akcesorium, dostawa części do wyrobów medycznych, którym ustawa o wyrobach medycznych nie przyznaje statusu wyrobu medycznego, podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, której wysokość w okresie do 31 grudnia 2018 r. wynosi 23%, gdyż torba stanowi wyposażenie wyrobu medycznego i nie jest stosowana samodzielnie, ani też nie stosuje się jej w połączeniu z wyrobem do używania specjalnie w celu diagnostycznym lub terapeutycznym.

Na potwierdzenie stawki zastosowanie znajduje artykuł 41 ust. 1 ustawy o VAT, który stanowi, że stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 (art. 41 ust. 2 ustawy o VAT).

Zgodnie art. 146a ustawy o VAT w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2018 r., z zastrzeżeniem art. 146f:

1. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%,
2. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%

Zasadnie zatem odwołujący V. zastosował do ceny torby stawkę VAT 23%, zaś jego

zdaniem niezasadnie do kompletu defibrylator + torba pozostali wykonawcy zastosowali stawkę 8% dla ceny obu artykułów.

Dnia 30 maja 2017 roku zamawiający poinformował o wynikach przetargu.

Jako dowód odwołujący V. powołał informację o rozstrzygnięciu postępowania, odrzuceniu ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty.

9

Czynności zamawiającego nie odpowiadają prawu, tak w zakresie nieodrzczenia ofert zawierających stawkę VAT 8% dla torby transportowej, jak w zakresie odrzucenia oferty odwołującego, a co za tym idzie - w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zawiera rażące sprzeczności logiczne i prawne. Przede wszystkim przywołana tam argumentacja nie odwołuje się w ogóle do udzielonych wyjaśnień, lecz dotyczy zupełnie nowej okoliczności, a to faktu, iż torba stanowi zdaniem zamawiającego „opakowanie”, przeto winna być opodatkowana stawką identyczną jak towar, który „opakowuje”. zamawiający nie żądał jednak dostarczenia „defibrylatora w opakowaniu”, lecz sformułował wymagania jako „defibrylator (...) ORAZ torba transportowa”. Przez opakowanie w tej sytuacji można rozumieć pudła służące do transportu, palety, gąbkę, styropian czy bibułkę i oczywistym jest dla odwołującego V., że koszt opakowania jest zawarty w cenie oferty i w ogóle nie powinien zajmować zamawiającego. W każdej sytuacji dostawy na odległość dostawca podejmuje decyzję i wybiera właściwe, chroniące towar opakowanie, a jego koszt zawiera w cenie dostawy, opodatkowując ten niewidoczny element ceny stawką VAT identyczną, jak dostarczany towar.

Zamawiający zażądał jednak TORBY TRANSPORTOWEJ, a nie „defibrylatora w (dowolnym) opakowaniu” (np. w bibułce). Przedmiotem zamówienia jest wyrób medyczny oraz torba do jego transportu. Oba te produkty mogą i powinny być dostarczane w opakowaniu, jednak założenie, że zamawiana jako osobna pozycja specyfikacji torba jest „opakowaniem” sprowadza dyskusję do absurdu. Przy takim toku rozumowania zamówienie samych toreb, np. toreb reklamowych zawierających logotyp zamawiającego stanowi zamówienie „opakowań”, zatem jedyną dopuszczalną ceną zamówienia jest kwota zero zł (koszt opakowania powinien być zawarty w cenie dostawy; skoro zamówienie opiewa na same opakowania, zatem cena wynosić winna zero)

Jak wynika z powyższego, zamawiający nie uznał argumentów odwołującego w zakresie stawki VAT liczonej osobno dla wyrobów medycznych, a osobno, dla wyposażenia wyrobu medycznego, pomimo że torba transportowa nie jest wyrobem medycznym, a wyposażeniem i nie jest elementem standardowego zestawu. zamawiający sformułował szczegółowe wymagania związane z jakością i wyglądem torby, wyodrębnił ją jako osobną pozycję- w siwz i zamówił zestaw: wyrób medyczny + jego wyposażenie, każdy z elementów precyzując co do wymagań, jakości, wyglądu, cech i parametrów.

Zamawiający nie zbadał należyście 2 pozostałych ofert i nie odrzucił ich, pomimo błędnie zastosowanej stawki VAT. Dodatkowo zwycięska oferta nie zawiera parametru wymaganego w przetargu w zakresie posiadania wskaźnika baterii.

Następnie zamawiający nie uznał prawidłowych i mających oparcie w przepisach prawa podatkowego oraz ustawy o wyrobach medycznych wyjaśnień odwołującego. Dodatkowo jednak, uzasadnienie decyzji o odrzuceniu zawiera nowe, nieznane odwołującemu wcześniej

10

argumenty w zakresie składników ceny, w tym absurdalną tezę, iż zamawiana w postępowaniu „Torba transportowa na defibrylator i akcesoria, w kolorze ciemnozielonym lub czarnym, wykonana z wytrzymałego materiału ” stanowi w istocie „opakowanie”, czyli zabezpieczenie w transporcie i podczas dostawy, stosowane przez dostawcę w celu ochrony dostawy do kupującego, w szczególności występujące w typowych sytuacjach pod postacią papieru, skrzyń, pudeł, styropianu itd. Gdyby tak było, to Odwołujący V. mógłby, co do zasady, po dostawie to „opakowanie” zabrać, gdyż zamawiający nie kupuje przecież opakowań, lecz są one niezbędnym elementem logistycznym dostawy, a nie sprzedawanym towarem. Odwołujący V. podkreślił, że większość zamawiających np. leki, żąda, aby wykonawcy na własny koszt odebrali opakowania po dostarczonych towarach, gdyż są to zbędne, zalegające po dostawie śmieci. Trudno nie zauważyć, że sytuacja taka nie ma nic wspólnego z zamówieniem torby transportowej, która nie jest typowym opakowaniem, podlegającym np. recyklingowi, wyrzucanym lub zabieranym po dostawie. Jest to towar,

zamawiany w ramach zestawu określonego przez zamawiającego, o odrębnej stawce VAT i osobnej cenie, prawidłowo wyodrębnionej przez odwołującego w ofercie.

Sygn. akt KIO 1168/17

W dniu 8 czerwca 2017r. odwołujący P. wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 czerwca 2015r. udzielonego przez wspólnika upoważnionego do reprezentacji spółki jawnej samodzielnie zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2017r.

W dniu 9 czerwca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 12 czerwca 2017r. przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje pogorszenie sytuacji przystępującego w postępowaniu. Zgłoszenie podpisał pełnomocnik, który działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 maja 2017r. udzielonego przez obu wspólników spółki cywilnej. Do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania kopii zamawiającemu i odwołującemu.

Odwołujący P. zarzucił zamawiającemu:

1. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy., przez odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż oferta ta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - szczegółowo opisano w treści uzasadnienia odwołania;

11

2. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień.

Odwołujący P. wnosi o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący P. jest jednym z dostawców sprzętu medycznego w Polsce, a w wyniku czynności zamawiającego został pozbawiona prawa i możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes. W wyniku dokonanych przez zamawiającego czynności interes odwołującego doznał uszczerbku w postaci utraconych korzyści, w związku z czym nie ulega wątpliwości, że jest ona legitymowana do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego nie wezwał do wyjaśnień treści oferty ani w zakresie przekątnej ekranu ani wskaźników dźwiękowych i wizualno-graficznych informujących o kolejności prowadzonych czynności, wymaganej defibrylacji lub braku wskazań do jej przeprowadzenia, prowadzonej analizie rytmu pracy serca i ewentualnych zakłóceniach (np. o wykrytym ruchu pacjenta) zgodnie z Wytocznymi resuscytacji 2015.

Produkt zaoferowany przez odwołującego spełnia zarówno pierwszy jak i drugi człon wymogu. zamawiający wzywając odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie uzyskałby pełną wiedzę w zakresie specyfikacji produktu. Odwołujący P. przedstawi stosowne dowody wykazujące zgodność jego oferty z treścią siwz.

Odwołujący P. na potwierdzenie prawdziwości swoich twierdzeń w zakresie braku podstaw prawnych do odrzucenia oferty wykonawcy oraz konieczności posiadania przez zamawiającego pewności co do rzeczywistej niezgodności treści oferty z wymaganiami siwz pragnie się także powołać na treść orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1058/04), w którym stwierdzono, że: „W ocenie Zespołu Arbitrów niezgodność treści oferty należy ocenić w kategoriach oferty zdefiniowanej art. 66 kc. par. 1, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo jak pisze Jerzy Pieróg w swoim komentarzu do ustawy: „Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają postanowienia siwz. Odmienność ta powinna się przede wszystkim przejawiać w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.” (J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C.H. Beck 2004, str. 223, teza 4). Stanowisko to znalazło akceptację w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert przystępującego, odwołującego V., odwołującego P., pisma odwołującego V. z dnia 28 kwietnia 2017r. wezwań do wyjaśnień kierowanych do wykonawców, udzielonych przez nich odpowiedzi, dowodów złożonych przez odwołujący i przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Pomiędzy stronami jest bezsporne, że zamawiający nie podał w siwz stawki podatku VAT jaka miała zastosowanie do zamawianych przez niego dostaw.

W załączniku nr 5a do siwz w pkt. 8 zamawiający zawarł wymaganie - Przekątna ekranu min. 3" - wyświetlanie komunikatów tekstowych i krzywej EKG na ekranie – TAK.

W dniu 14 marca 2017r. zamawiający zmodyfikował to wymaganie nadając mu brzmienie: Przekątna ekranu min. 2,5" - wyświetlanie komunikatów tekstowych w polskim języku i krzywej EKG na ekranie. Dopuszczalnym rozwiązaniem jest zapisanie krzywej EKG do pamięci z możliwością późniejszego odtworzenia na komputerze

W dniu 23 marca 2017r. zamawiający po raz kolejny dokonał zmiany wymagania i nadał mu brzmienie:

Ekran o przekątnej min. 3" lub wskaźniki dźwiękowe i wizualno-graficzne informujące o kolejności prowadzonych czynności, wymaganej defibrylacji lub braku wskazań do jej przeprowadzenia, prowadzonej analizie rytmu pracy serca i ewentualnych zakłóceniach (np. o wykrytym ruchu pacjenta) zgodnie z Wytycznymi resuscytacji 2015.

W ofercie odwołującego V. zaoferowano stawkę VAT dla defibrylatora 8%, dla torby 23%, w ofertach odwołującego P. i przystępującego zaoferowano jednolitą stawkę VAT 8%.

Z oferty odwołującego V. wynika, że zastosował on dwie stawki podatku VAT 23% dla torby i 8 % dla defibrylatora, odwołujący P. i przystępujący zastosowali jednolitą stawkę podatku VAT 8%.

W ofercie P. odwołujący P. w pkt. 8 załącznika nr 1 do formularza ofertowego złożył oświadczenie „TAK”, w zakresie spełniania wymagań dotyczących ekranu.

Zamawiający wzywał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień powodów zastosowania przez nich stawki VAT. Odwołujący P. zaoferował defibrylator Z. A. P. o ekranie typu LCD 6,6 x3,3 cm. Na ekranie wyświetlane jest krzywa EKG, komunikaty tekstowe, wskaźnik głębokości ucisku, czas akcji, liczba wykonanych defibrylacji.

Wzór na przekątną prostokąta to pierwiastek z sumy kwadratów jego dwóch boków, czyli pierwiastek z 10,89 (3,3x3,3) plus 43,56 (6,6x6,6) łącznie 54,45, co po obliczeniu pierwiastka daje przekątną 7,38 cm, co daje 2,91”.

Z pisma odwołującego V. z dnia 28 kwietnia 2017r. wynika, że stoi on na stanowisku, że torba nośna w kolorze ciemnozielonym lub czarnym nie jest opakowaniem, ani wyrobem medycznym, ale wyposażeniem wyrobu medycznego, które nie korzysta z preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%. Odwołujący V. wyraził opinię, że oferty pozostałych wykonawców tj. P. i M. H. zawierają błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Przystępujący mógłby się powołać na to, że torba jest wyrobem medycznym, gdyż w wystawionym przez producenta certyfikat CE torba jest zaliczona do akcesoriów i części wyrobu medycznego, ale jest to torba w kolorze czerwonym, która nie mogła być zamawiającemu zaoferowana, zatem przystępujący zaoferował inną torbę nośną dla której nie wykazał, że jest wyrobem medycznym, a zatem nie miał podstaw do zastosowania stawki preferencyjnej. W ofercie firmy P. nie znajduje się potwierdzenie, że torba jest wyrobem medycznym, jest to akcesorium, które można dodatkowo zamawiać, a zatem nie jest nierozłącznym elementem defibrylatora i jako taki stanowi jego wyposażenie, które nie korzysta z preferencyjnej stawki VAT. Co do oferty M. H. odwołujący V. wskazał także zamawiającemu, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie P. F. posiada jedynie wskaźnik gotowości, a nie wskaźnik akumulatora, baterii,

który informowałby o poziomie naładowania akumulatora/baterii.

W dniu 10 maja 2017r. zamawiający zwrócił się do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów na podstawie zastosowania stawki VAT w złożonej ofercie.

W dniu 11 maja 2017r. odwołujący V. przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, że defibrylator jest wyrobem medycznym zgodnie z definicją wyrobu medycznego – art. 2 ust. 38 ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych i na podstawie załącznika 3 poz. 105 do ustawy o podatku od towarów i usług z 11 marca 2004r. korzysta z preferencyjnej 8 % stawki podatku VAT. Na dowód tego, że defibrylator jest urządzeniem medycznym przedstawił certyfikat CE, Deklarację Zgodności, Powiadomienie do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Wskazał, że dla torby nośnej zastosował stawkę podstawową 23%, gdyż jest to wyposażenie wyrobu medycznego, które nie jest stosowane samodzielnie, ani też w połączeniu z wyrobem medycznym do celów diagnostycznych lub terapeutycznych.

Odwołujący P. wyjaśniając zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT wskazał, że defibrylator jest wyrobem medycznym i dlatego zastosował stawkę 8%. O zastosowaniu tej stawki zamawiający wiedział z poprzednio zawartych umów i wystawianych faktur. Do wyjaśnień załączono deklarację zgodności i certyfikat CE oraz inne dokumenty pochodzące od P. P.(2) sp. z o.o. oraz P. P.(1) sp. z o.o. sp.k.

Przystępujący także powołał się na to, że defibrylator jest wyrobem medycznym, ale jednocześnie wskazał, że torba jest wyposażeniem wyrobu medycznego, który zdefiniowany

14

jest w art. 2 ust. 1 pkt 33 ustawy o wyrobach medycznych i jest to artykuł nie będący wyrobem medycznym jest specjalnie przeznaczony przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem.

W ocenie Izby nie jest sporne, że defibrylator jest wyrobem medycznym, dlatego Izba oceniła dowody z certyfikatu CE, Deklaracji Zgodności, Powiadomienia do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, jako zbędne dla rozstrzygnięcia.

Dowody odwołującego V.:

- broszury H. F. – Izba oceniła ten dowód jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, gdyż na jego podstawie nie można ustalić, czy zaprezentowana na dwóch zdjęciach torba jest torbą, którą przystępujący oferuje zamawiającemu w niniejszym postępowaniu oraz jakiego jest koloru,
- Izba nie dopuściła dowodu z zobowiązania firmy P. P.(2) sp. z o.o. do udostępnienia informacji o tym, czy defibrylator P. H. F. posiada wskaźnik naładowania baterii, gdyż w ocenie Izby, okoliczność twierdzona przez odwołującego może być ustalona na podstawie dowodu złożonego przez przystępującego w postaci oficjalnego dokumentu producenta – podręcznika użytkownika Defibrylatora H. F.,
- Izba na skutek wniosku odwołującego Izba dopuściła dowód z deklaracji zgodności nr 1/2017 złożony przez przystępującego

Dowody odwołującego P.:

- wyciąg z podręcznika administratora – wynika z niego, że urządzenie Z. A. P. jest wyposażone w wyświetlacz LCD, na którym wyświetlany jest czas, który upłynął, liczba wykonanych defibrylacji, komunikaty tekstowe odpowiadające komunikatom głosowym, głębokość uciskania, a także po konfiguracji uzyskane sygnały EKG, ze strony 6-8 oraz ostatniej wynika, że defibrylator podaje wskaźniki dźwiękowe i wizualno-graficzne informujące o kolejności prowadzonych czynności np. „zachowaj spokój”, „sprawdź reakcje”, „wezwij pomoc”, „udroźnij drogi oddechowe” „sprawdź oddychanie” itp., informujące o wskazaniu do defibrylacji bądź nie – „defibrylacja zalecana”, „defibrylacja nie zalecana”, informujące o przeprowadzonej analizie rytmu pracy serca i ewentualnych zakłóceniach – „analiza zatrzymana, utrzymuj pacjenta w bezruchu”
- z oświadczenia firmy Z. M. C. wynika, że określone w specyfikacji firmy Z. wymiary wyświetlacza są 2,6” x1,3” 6,6x3,3 cm. Ten obszar wyświetlacza używany jest do wyświetlania komunikatów tekstowych i komunikatów o zdarzeniach, zaś całkowity obszar wyświetlacza wynosi 70,7mmx38,8 mm czyli 2,78”x 1,53”. Przyczyną tej różnicy jest rezerwa przestrzeni na brzegach wyświetlacza mająca na celu zwiększenie widoczności przy różnych kątach patrzenia.

Dowody przystępującego:

- oświadczenie producenta P. P.(2) sp. z o.o. – Izba ustaliła na jego podstawie, że urządzenie H. F. powinno być przechowywane w torbie transportowej uniemożliwiającej uszkodzenie kasy elektrod terapeutycznych podczas użytkowania i przechowywania urządzenia, jeżeli użytkownik planuje użytkowanie i przechowywanie w warunkach polowych i środkach transportu medycznego to powinien wyposażyć urządzenie w torbę transportową zapewniającą odpowiednią ochronę dla urządzenia i jego akcesoriów,

- z deklaracji zgodności nr 1/2017 wynika, że w dniu 8 czerwca 2017r. przystępujący wystawił taką deklarację i złożył ją wraz z wnioskiem do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych jako wytwórca torby transportowej do defibrylatora MH10", która jest przeznaczona wyłącznie do stosowania łącznie z defibrylatorem H. F. (...),

- z przewodnika użytkownika defibrylatora F. wynika, że zielona dioda to kontrolka gotowości defibrylatora i wskazuje czy jest naładowany, jeśli miga, to jest gotowy do użycia, jeśli się nie świeci, a defibrylator wydaje serię pojedynczych wysokich dźwięków, to poziom naładowania baterii może być niski (lub błąd autotestu, problem dotyczący elektrod, w porcie klucza pediatrycznego znajduje się klucz), jeśli kontrolka się nie świeci, lecz defibrylator nie wydaje sygnałów dźwiękowych i miga przycisk „i” to albo nie ma baterii, albo jest rozładowana, albo jest potrzeba naprawy urządzenia,

- z opinii prawnej dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego wynika, że prawnik ją sporządzający ocenił, iż na gruncie prawa podatkowego gabłota defibrylatora będzie objęta stawką 8% - w ocenie Izby dowód ten nie służy udowodnieniu okoliczności faktycznych, ale jest to dowód, co do prawa, nie odnoszący się do torby transportowej,

- z wyciągu podręcznika administratora dla A. P. firmy Z. wynika, że Z. A. P. jest wyposażone w ekran LCD o wymiarach 3,3x6,6 cm (1,3x2,6") oraz poziom naładowania baterii jest sygnalizowany przez komunikat dźwiękowy co minutę, komunikat „wymień baterie” wskaźnik stanu wyświetla czerwony x.

Zgromadzony materiał dowodowy w ocenie Izby pozwala na wydanie rozstrzygnięcia. Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, że istnieją co najmniej trzy firmy posiadające w swojej nazwie P. tj. P. M.-S. J. P. spółka jawna, P. P.(1) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, P. P.(2) sp. z o.o., przy czym ofertę w spornym postępowaniu złożyła P. M.-S. J. P. sp. j.

Izba ustaliła, że defibrylatory są wyrobami medycznymi i korzystają z preferencyjnej stawki podatku Vat, co pomiędzy stronami nie było sporne. Izba ustaliła także, iż torba transportowa przystępującego jest została obecnie wpisana do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych jako wyrób medyczny czy element zestawu wyrobu medycznego. W ocenie Izby zatem spór dotyczący zastosowanej stawki podatku VAT w istocie sprowadza się do oceny czy dostawa defibrylatora i torby transportowej

stanowi dostawę kompleksową mogącą skorzystać z preferencyjnej stawki podatku VAT tak jak świadczenie główne tj. defibrylator będący wyrobem medycznym, którego przeznaczeniem jest przeprowadzanie zabiegu defibrylacji serca. Celem defibrylacji jest wytłumienie chaotycznych impulsów elektrycznych, które przepływają przez serce i umożliwienie mu powrotu do normalnej, regularnej pracy. Te elementy w ocenie Izby określają zastosowanie defibrylatora.

Zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa aby daną dostawę można było uznać za świadczenie kompleksowe opodatkowane stawką obniżoną, wyposażenie to z jednej strony powinno być specjalnie przeznaczone przez wytwórcę do stosowania łącznie z przedmiotem głównym dostawy, z drugiej zaś musi umożliwiać jego używanie zgodnie z przewidzianym zastosowaniem. Powiązanie dostawy pomocniczej z dostawą główną musi być tak ścisłe, że ich rozdzielenie będzie sztuczne. Analizując zatem złożone dowody Izba oceniła, że torba transportowa nie stanowi z defibrylatorem świadczenia kompleksowego, gdyż choć w prawdzie jest przeznaczona przez wytwórcę do stosowania łącznie z defibrylatorem, to jednak jest celem jest nie zapewnienie użytkownika defibrylatora podczas defibrylacji, sama torba stanowi jedynie przedmiot służący do przechowywania defibrylatora, kiedy ten nie jest stosowany oraz podczas jego transportu, natomiast nie zostało wykazane, że bez torby zastosowanie defibrylatora byłoby niemożliwe lub co najmniej znacznie utrudnione. Pismo

producenta Philips nie zawiera wskazania, że przechowywanie poza torbą wpływa na możliwość pracy defibrylatora. W ocenie Izby zatem nie został wykazany ścisły związek torby i defibrylatora pozwalający na uznanie, że jest to dostawa świadczenia kompleksowego. Izba oceniła także, iż defibrylator Z. A. P. spełnia wymaganie pkt 8 załącznika 5a do siwz. Zgromadzony materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że defibrylator ten posiada wyświetlacz LCD, na którym wyświetlany jest czas, który upłynął, liczba wykonanych defibrylacji, komunikaty tekstowe odpowiadające komunikatom głosowym, głębokość uciskania, a także po konfiguracji uzyskane sygnały EKG, ze strony 6-8 oraz ostatniej wynika, że defibrylator podaje wskaźniki dźwiękowe i wizualno-graficzne informujące o kolejności prowadzonych czynności np. „zachowaj spokój”, „sprawdź reakcje”, „wezwij pomoc”, „udroźnij drogi oddechowe” „sprawdź oddychanie” itp., informujące o wskazaniu do defibrylacji bądź nie – „defibrylacja zalecana”, „defibrylacja nie zalecana”, informujące o przeprowadzonej analizie rytmu pracy serca i ewentualnych zakłóceniach – „analiza zatrzymana, utrzymuj pacjenta w bezruchu”, a więc spełnia jeden z alternatywnych wymagań zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający miał prawo natomiast na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powziąć wątpliwość, co do spełniania pierwszego z wymagań alternatywnych, gdyż w samej ofercie P. było wskazanie, że wyświetlacz LCD ma wymiary 6,6x3,3 cm. W ocenie Izby dopiero na rozprawie odwołujący P. wykazał, że wartość ta odnoszona jest do obszaru wyświetlania komunikatów tekstowych, w ocenie Izby

17

przedstawiony dowód jest wiarygodny i podaje racjonalne uzasadnienie powodów różnicy pomiędzy przekątną ekranu, a przekątną obszaru wyświetlania komunikatów.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1. 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.

Ust. 3 Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 87 ust. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 89 ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 92 ust. 1 pkt. 3 zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

wykonawca, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Izba zaważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołań.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1164/17

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący złożył wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia dotyczące szczegółów swojej oferty w zakresie wyodrębnienia i podstaw obliczenia ceny „torby transportowej na defibrylator i akcesoria, w kolorze ciemnozielonym lub czarnym, wykonanej z wytrzymałego materiału.

18

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego torba transportowa jako wyłącznie wyposażenie do wyrobu medycznego nie korzysta ze preferencyjnej stawki podatkowej. Aby mogła z niej skorzystać należałoby wykazać, że jej dostawa wraz z defibrylatorem stanowi świadczenie kompleksowe. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba stwierdziła, że te przesłanki nie zostały spełnione, a zatem w ocenie Izby zastosowane przez odwołującego dwie stawki podatkowe podstawowa dla torby i preferencyjna dla defibrylatora były prawidłowe. W konsekwencji obliczenie ceny z zastosowaniem tych stawek było prawidłowe, a zatem zamawiający bezpodstawnie zastosował wobec oferty odwołującego sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Izba nakazała zamawiającemu uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego V. i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut nie został skonkretyzowany przez odwołującego przez wskazanie konkretnego stanu faktycznego, którego dotyczy. Bezsporne jest, że zamawiający nie narzucił wykonawcom stawek podatkowych, zatem ich zastosowanie nawet potencjalnie błędne nie mogło być podstawą stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią siwz. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak podania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego faktycznego i zgodnego z prawem uzasadnienia oferty odwołującego

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający przedstawił powody odrzucenia oferty odwołującego, choć w ocenie Izby niezasadnie przyjął, że torba transportowa jest opakowaniem. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko odwołującego, że torba nie stanowi opakowania defibrylatora, ale dodatkowe wyposażenie, które może być nabyte wraz z defibrylatorem. Zatem powody odrzucenia oferty zostały odwołującemu podane i mógł skutecznie na ich podstawie sformułować zarzuty odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez nieodrżucenie ofert P. Sp. z o.o. sp. K. Oraz M. H. s.c. K. P. G. D. pomimo niepoprawnej wartości podatku VAT w ofertach cenowych w/w oferentów.

19

Zarzut potwierdził się w odniesieniu do oferty M. H. s.c. Natomiast nie mógł być przedmiotem rozpoznania zarzutu dotyczący zaniechania odrzucenia oferty P. sp. z o.o. sp. k., gdyż taka spółka nie składała oferty w przedmiotowym postępowaniu i nie mogły jej dotyczyć czynności lub zaniechania zamawiającego. Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty i żądania dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym nie ma podstaw do rozpoznania odwołania dotyczącego zaniechania czynności, która nie była czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, a wielokrotne posłużenie się tak określoną nazwą podmiotu w ocenie Izby świadczy o jego przekonaniu, że wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest P. sp. z o.o. sp.k. Jak wynika nadto z dokumentacji postępowania taka spółka istnieje i były dołączane do postępowania dokumenty jej dotyczące. Co do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty M. H., to skoro Izba ustaliła, że świadczenie dostawy defibrylatora z torbą transportową nie stanowi świadczenia kompleksowego, to w konsekwencji zastosowanie jednolitej stawki podatkowej dla obu produktów było błędem, który doprowadził do błędnego obliczenia ceny oferty, co wypełniało dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający zatem nie stosując tego przepisu wobec oferty przystępującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i w konsekwencji należało nakazać zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut „dodatkowo zwycięska oferta nie zawiera parametru wymaganego w przetargu w zakresie posiadania wskaźnika baterii”

Zarzut w ocenie Izby nie został postawiony w rozumieniu art. 180 ust. 3 ustawy, gdyż nie zawiera okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Nie można ustalić, czy odwołujący zarzuca brak wskaźnika baterii, czy też jak w piśmie kierowanym przez zamawiającego wskaźnika stopnia naładowania baterii, nie skonkretyzowano także podstawy prawnej, ani nie sformułowano zarzutu do zamawiającego. Jedynym zarzutem jaki w odniesieniu do zamawiającego w związku z ofertą przystępującego postawiono to zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na błędnie zastosowaną stawkę podatku VAT. Biorąc pod uwagę, że zarzut nie został postawiony, a Izba nie może orzekać co do zarzutów nieobjętych odwołaniem – art. 192 ust. 7 ustawy, to sformułowanie odwołania nazwane przez odwołującego V. zarzutem należało pozostawić bez rozpoznania.

Sygn. akt KIO 1168/17

20

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy., przez odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż oferta ta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - szczegółowo opisano w treści uzasadnienia odwołania;

Zarzut potwierdził się. Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, zamawiający nie miał podstaw do stwierdzania niezgodności oferty z treścią siwz, gdyż sam sformułował wymaganie pkt. 8 załącznika nr 5a alternatywą łączną. Z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego P. wynika, że zamawiający w ogóle nie analizował, czy spełniony jest drugi człon wymagania, który wystarczał dla wykazania spełniania wymagania zamawiającego. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nadto w ocenie Izby na rozprawie zostało także udowodnione, że ekran oferowany przez odwołującego posiada przekątną 3,17". Tym samym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji tego naruszenia także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pomijając ofertę P. przy dalszym badaniu i ocenie ofert. Należało zatem nakazać zamawiającemu uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego P. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby z dokumentów załączonych do oferty wynikało zaoferowanie ekranu o przekątnej 2,91", a z żadnego innego dokumentu postępowania nie można było powziąć wątpliwości, co do treści złożonej oferty, tym samym zamawiający nie miał podstaw do stosowania art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy uwzględniając odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw w związku z art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit. b oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołujących oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz

21

odwołujących zwrotu kosztów uiszczonych wpisów, a w przypadku odwołującego P. także kosztów zastępstwa prawnego zgodnie ze złożoną fakturą na kwotę 3 600zł.

Przewodniczący:

22