

Sygn. akt: KIO 1658/23

WYROK
z dnia 23 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Perlan Technologies Polska sp. z o.o., ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań**,

przy udziale:

- 1) wykonawcy **DiaHem AC Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- 2) wykonawcy **Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Grifols Polska sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża: zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań w części 2/3 oraz odwołującego Perlan Technologies Polska sp. z o.o., ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa w części 1/3, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1658/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49/60-355 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa odczynników dla Laboratorium Diagnostyki Hematologicznej”, numer referencyjny: DZP/47/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2023 r. nr 2023/S 055-161365.

W dniu 09.06.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Perlan Technologies Polska sp. z o.o., ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 41 ust. 1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą VAT”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grifols, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na ujęciu kosztu integracji stacji roboczych LIS/HIS i dedykowanych stacji roboczych, podlegającego podstawowej stawce podatku VAT w wysokości 23% - w pozycjach Formularza ofertowego dotyczących odczynników laboratoryjnych - i przypisanie mu stawki preferencyjnej podatku VAT w wysokości 8%, tj. właściwej dla odczynników, co było działaniem nieuprawnionym w świetle przepisów ustawy VAT, czym wykonawca wpłynął na obniżenie ceny swojej oferty,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grifols, mimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przypisaniu w ofercie kosztom integracji stacji roboczych LIS/HIS i dedykowanych stacji roboczych - opodatkowanych stawką podstawową podatku VAT w wysokości 23% - stawki preferencyjnej podatku VAT w wysokości 8%, czym wykonawca w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji wpłynął na obniżenie ceny swojej oferty,
- 3) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grifols, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składowej ceny, którą stanowi wycena integracji stacji roboczych LIS/HIS i dedykowanych stacji roboczych, spełniającej wymogi zawarte w OPZ Tom III, Tabela 1 Parametry wymagane, Cz. II Wymagania związane z integracją LIS/HIS, a wykonawca w wyjaśnieniach nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grifols, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca w ramach złożonych przedmiotowych środków dowodowych nie potwierdził, że zaoferowane przez niego analizatory będące przedmiotem dzierżawy spełniają wymóg określony w Tomie III SWZ – Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, Tabeli I Parametry wymagane, pkt 6 dotyczący czasu uzyskania wyniku próby zgodności nie dłuższego niż 35 minut oraz możliwości wcześniejszej weryfikacji antygenów grupowych w czasie nie dłuższym niż 15 minut od rozpoczęcia badania,
- 5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Grifols, mimo że ta podlega odrzuceniu oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„3. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi opracowanie sterownika lub innego rodzaju oprogramowania zapewniającego komunikację między aparaturą a szpitalnym systemem informatycznym klasy HIS oraz udzielenie bezterminowej licencji na jego użytkowanie, wykonanie niezbędnych usług konfiguracyjnych i serwisowych w okresie gwarancji — co stanowi element dzierżawy sprzętu. (...)

6. Mając na względzie tak ustalone warunki dostawy i integracji systemu — jedynymi dostawcami rozwiązań integracyjnych do wykonawców mogą być firmy Marcel i Nexus. Wycena tego elementu zamówienia jest uzależniona od uzyskanej przez wykonawcę oferty Marcel i Nexus na dzierżawę oprogramowania e-krew wraz ze sprzętem.

7. W Projektowanych postanowieniach umowy - Zamawiający wyodrębnił wynagrodzenie za dostawy (odczynników) od wynagrodzenia za usługi dzierżawy. Zgodnie z umową — w przypadku dostaw — Zamawiający zapłaci wykonawcy wyłącznie za faktyczną ilość dostarczonego przedmiotu dostaw. (...)

9. Wykonawcy składali ofertę na wzorze formularza udostępnionego przez Zamawiającego. Wykonawcy mieli obowiązek wyceny integracji systemu HIS/LIS. W Formularzach złożonych przez Perlan i DiaHem — wykonawcy wycenili integrację w pozycji dotyczącej dzierżawy: Inne sprzęty w tym Stacje robocze LIS. Tę pozycję formularza wykonawcy wycenili następująco:

ifols Polska Sp. z o.o. - 26 568,00 zł

aHem AG Diagnostic Products - 474 681,60 zł

Perlan Technologies Polska sp. z o.o. - 478 224,00 zł

10. W wyjaśnieniach ceny z dnia 19.05.2023 r., wykonawca Grifols — odnosząc się do wyceny integracji HIS/CIS wskazał, iż ujął koszt integracji w cenach odczynników:

„W przekazanej dokumentacji postępowania brak jest dedykowanej pozycji, w której Wykonawca miał określić koszty integracji. W związku z powyższym Grifols uznał, iż koszt integracji stanowi jego koszt realizacji zamówienia i uwzględnił go w cenach

Koszt integracji HIS-LIS-ANALIZATOR oraz dedykowanych stacji roboczych wraz oprogramowaniem do systemu Dostawcy wynosi ok. 380.000 zł netto. Koszt ten został przez Grifols uwzględniony w cenie oferty.”

11. W formularzu ofertowym złożonym przez Grifols wszystkim pozycjom dotyczącym wyceny odczynników — została przypisana stawka podatku VAT w wysokości 8%. Pozycje te — zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zawartym w wyjaśnieniach ceny obejmują również usługę integracji systemu HIS/LIS, która jako usługa informatyczna objęta jest podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23%.

12. W wyjaśnieniach treści SWZ — w odpowiedzi na pytanie wykonawcy Grifols — Zamawiający zmienił parametry graniczne określone w Tomie III SWZ — Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, Tabeli I Parametry wymagane, pkt 6. Po zmianie wymóg otrzymał brzmienie:

6	Czas uzyskania wyniku próby zgodności nie dłuższy niż 35 minut, z możliwością wcześniejszej weryfikacji antygenów grupowych w czasie nie dłuższym niż 15 minut od rozpoczęcia badania; w przypadku pilnej transfuzji - weryfikacja wyniku grupy krwi przed zakończeniem screeningu przeciwciał.
---	---

Kwestia spełnia ww. wymogu przez wykonawcę Grifols podlegała wyjaśnieniom i uzupełnieniu przedmiotowego środka dowodowego. (...)

2. Nieprawidłowa stawka podatku VAT:

Najistotniejszą kwestią związaną z przyjętym przez Grifols sposobem wyceny usługi integracji HIS/LIS-ANALIZATOR jest zawarcie jej kosztu w cenach jednostkowych oferowanych za odczynniki laboratoryjne — a w konsekwencji przypisanie tej usłudze preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%.

Odczynniki laboratoryjne jako wyroby medyczne zostały przez ustawodawcę wpisane do Załącznika nr 3 do ustawy VAT, w którym określono zamknięty katalog usług i towarów objętych obniżoną, preferencyjną stawką podatku VAT.

Natomiast usługa informatyczna jak integracja HIS-LIS-ANALIZATOR — nie jest usługą, wobec której ustawodawca zdecydował się na obniżenie stawki podatku VAT, zatem zastosowanie ma do niej stawka podstawowa VAT, wynikająca z art. 41 ustawy VAT, tj. aktualnie 23%.

Wykonawca Grifols zawierając wycenę integracji w koszcie odczynników — niezgodnie z prawem obniżył wartość podatku VAT jaki należy odprowadzić za wykonanie usługi integracji. Przyjmując wartość integracji wskazaną przez Grifols w wyjaśnieniach na 380 000,00 zł netto — to wykonawca poprzez przypisanie tej usłudze nieprawidłowej stawki podatku VAT 8% - obniżył cenę swojej oferty o 57 000,00 zł. Niezależnie od wartości obniżenia ceny — takie działanie należy kwalifikować jako sprzeczne z prawem.

Podkreślenia wymaga, że wykonawca wycenia usługę integracji w oparciu o ofertę uzyskaną od integratora i dostawcy rozwiązania informatycznego — tj. firmy Marcel. W ofercie, firma Marcel wskazuje cenę za usługi oraz wskazuje właściwą dla tych usług stawkę podatku VAT, która wynosi 23%. (...) Przy tak ustalonych warunkach oferty — wykonawca nie mógł przyjąć dla usługi integracji stawki VAT w wysokości 8%, ani również nie mógł przyjąć rozliczenia tej usługi wspólnie z odczynnikami. (...)

3. Nieprawidłowy sposób wyceny oferty w kontekście postanowień umowy:

Działanie Grifols było również nieprawidłowe w kontekście postanowień SWZ i Projektowanych postanowień umowy.

Wbrew twierdzeniom Grifols wynikającym z wyjaśnień rażąco niskiej ceny — wykonawcy nie mieli zupełnej swobody w wypełnianiu formularza ofertowego i nie mieli również dowolności w wyborze pozycji formularza, w której należałoby uwzględnić poszczególne koszty wykonania zamówienia. Gdyby Zamawiający dopuścił taką dowolność, to nie wymagałby złożenia szczegółowego formularza, w którym koszty wykonania zamówienia rozbito na poszczególne elementy.

Formularze ofertowe stanowiły odzwierciedlenie tabeli zawartej w tomie III SWZ, która przedstawiała się następująco (analogiczna tabela została udostępniona dla zadania 2): (...)

Część I ww. tabeli, a także wszystkich złożonych przez wykonawców formularzy ofertowym zawiera dane odnoszące się wyłącznie do dostaw odczynników. Z kolei część II tabeli i formularzy dotyczy usług dzierżawy — w ramach której występuje usługa integracji.

Ponadto w z projektowanych postanowień umowy wynika jednoznacznie, że rozliczenie wynagrodzenia za dostawy odczynników następuje odrębnie od rozliczenia wynagrodzenia za dzierżawę i usługi jej towarzyszące. (...)

Koszt integracji systemu nie może być zawarty w kilkudziesięciu cenach jednostkowych za poszczególne odczynniki laboratoryjne również z tego względu, że jest on stały dla całego 3-letniego okresu obowiązywania umowy, natomiast zapotrzebowanie na odczynniki jest zmienne.

Grifols w wyjaśnieniach ceny wskazał jednoznacznie, że koszt integracji jest stały i wyniesie według tego wykonawcy ok.

380 000,00. Z kolei odczynniki zamawiane są przez Zamawiającego na bieżąco zgodnie z zapotrzebowaniem. Niezależnie od tego, czy Zamawiający zamówi mniej czy więcej odczynników — to koszt integracji pozostaje taki sam. Natomiast gdyby uznać za prawidłowy sposób wyceny przyjęty przez Grifols — to koszty integracji różniłyby się w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego na odczynniki, co jest założeniem nieracjonalnym i nie do przyjęcia.

Zgodnie z umową Zamawiający założył, że minimalny zakres dostaw odczynników wyniesie 70% zakresu/ilości: (...)

W razie powiązania kosztu dostawy odczynników z kosztem integracji — w przypadku zrealizowania przedmiotu umowy do minimalnego zakresu wskazanego w umowie — wykonawca nie otrzymałby za integrację pełnej ceny, ale tylko 70% wartości.

Integracja systemu jest działaniem zupełnie odrębnym od dostaw odczynników, ujęcie jej w cenie odczynników uniemożliwia prawidłowe rozliczenie wynagrodzenia umownego.

Oczywistym jest, że przy tak sformułowanych wymogach Zamawiającego wycena usługi integracji powinna zostać zawarta w części formularza ofertowego dotyczącej dzierżawy, a nie odczynników.

Niesłuszność twierdzeń Grifols potwierdza również sposób w jaki ten wykonawca sporządził formularz ofertowy. Zauważenia wymaga, że formularz wykonawcy - w zakresie w jakim dotyczy odczynników — zawiera szczegółowe dane dotyczące wyłącznie tych odczynników tj. nazwę, numer katalogowy, producenta, wielkość opakowania, ilość odczynników. W informacjach zawartych w tabeli formularza w pozycjach odnoszących się do odczynników - zwyczajnie nie ma miejsca na dane odnoszące się do integracji: (...)

Jak widać opis pozycji formularza „inne sprzęty, w tym Stacje robocze LIS” jednoznacznie wskazuje, że to w ramach tej pozycji wykonawca powinien był wycenić integrację LIS/HIS, tak jak uczynili to dwaj pozostali wykonawcy.

Błędem w obliczeniu ceny jest sytuacja, w której wykonawca wylicza cenę swojej oferty w sposób inny niż wymaga tego Zamawiający w dokumentach zamówienia, co uniemożliwia prawidłowe rozliczenie umowy. Gdyby Grifols prawidłowo obliczył cenę, to koszt integracji ująłby niezależnie od kosztu odczynników — co wpłynęłoby na cenę tej oferty, bowiem wartość zamawianych odczynników zależy od zapotrzebowania Zamawiającego, a koszt integracji pozostaje taki sam przez cały okres obowiązywania umowy.

Jednocześnie należy podkreślić, że nie jest obecnie możliwe wyodrębnienie kosztów integracji spośród kosztów odczynników, bowiem nie wiadomo w których konkretnie pozycjach formularza i w jakiej wysokości — wykonawca ujął koszt integracji w ramach kosztu odczynników. Oferta nie podlega zatem poprawieniu w oparciu o regulację art. 223 Pzp. (...)

1. Wykonawca Grifols przerzucając część kosztów realizacji przedmiotu zamówienia objętych stawką podatku VAT 23% do kosztów objętych stawką podatku VAT 8% wykorzystywał różnicę w wysokości 15% opodatkowania przez sztuczne obniżenie ceny jego oferty. Takie działanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...)

Po pierwsze działanie wykonawcy jest niezgodne z przepisami ustawy o VAT, gdyż przyjęta stawka za usługę integracji jest mniejsza niż wynikająca z przepisów ustawy. Działanie to narusza również dobre obyczaje, za które należy uznać oferowanie świadczenia za realne stawki — uwzględniające w szczególności wartość podatku VAT.

Po drugie działanie to zagraża innym wykonawcom, którzy rzetelnie wyceniając oferty i poszczególne elementy ofert, poddali się wyższej stawce podatku, tymczasem wykonawca Grifols sztucznie przerzucając koszty uniknął tego — zwiększając w sposób nieuzasadniony swoją przewagę konkurencyjną. Działanie wykonawcy zagraża również interesom Zamawiającego w ten sposób, że nie będzie możliwe prawidłowe — zgodne z przyjętym w umowie sposobem — rozliczenie wynagrodzenia, oraz nie zostanie odprowadzony podatek VAT w prawidłowej wysokości.

Wobec powyższego działanie wykonawcy Grifols wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w relacjach wykonawca — pozostali wykonawcy jak i wykonawca — Zamawiający, będącego działaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami. (...)

1. W pierwszej kolejności wymaga zaznaczenia, że koszt usługi integracji HIS-LIS-ANALIZATOR i dedykowanych stacji roboczych stanowi istotną składową cenę całkowitej oferty — wobec czego Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do jego zbadania pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Istotność tego elementu ceny potwierdzają następujące okoliczności:

1) bez zrealizowania tego elementu zamówienia, cały przedmiot zamówienia byłby niekompletny i nie posiadał podstawowych cech koniecznych do jego prawidłowego użytkowania - co wskazuje na istotne znaczenie tego elementu zamówienia w kontekście funkcjonalności całego przedmiotu zamówienia, jego prawidłowego działania;

2) wycena przedmiotowego elementu zamówienia stanowi co najmniej 15% wartości całego przedmiotu zamówienia (taką wartość procentową element ten osiąga w ofertach Odwołującego oraz wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products - co wskazuje, że przedmiotowy element zamówienia w sposób istotny wpływa na wysokość ceny całkowitej oferty;

3) wycena przedmiotowego elementu zamówienia stanowi podstawę do rozliczenia wynagrodzenia zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy (zapłata wynagrodzenia za miesiąc dzierżawy oprogramowania ze sprzętem).

2. Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Grifols, należy wskazać, że nie potwierdziły one że cena zaofiarowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Pierwsza, a zarazem najbardziej obszerna część wyjaśnień sprowadza się do kwestionowania zasadności wezwania i przywołania orzecznictwa. Nie ma ona żadnego znaczenia dla wykazania realności zaofiarowanej ceny.

Kolejna część wyjaśnień to dwa akapity, z których wynika, że wykonawca uwzględnił koszt usługi integracji w ramach cen za odczynniki oraz, że koszt ten wynosi w jego ocenie 380 000,00 zł netto.

Niezależnie od wadliwości takiej kalkulacji ceny (czego dotyczą zarzuty I i II odwołania — uzasadnione powyżej) — to wykonawca w złożonych dowodach nie potwierdził tego założenia przedstawionego w treści wyjaśnień.

W szczególności wykonawca nie przedstawił kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu, która wskazywałaby, w których dokładnie pozycjach formularza ofertowego wycenione zostały koszty integracji. Nie sposób zatem zweryfikować czy wykonawca uwzględnił koszt weryfikacji w wysokości podanej przez siebie w wyjaśnieniach.

Wyjaśnienia w zakresie w jakim wykonawca oświadcza, że ujął koszty integracji w wycenie swojej oferty mają jedynie charakter deklaracji. Wykonawca nie wykazał, w których cenach jednostkowych i w jakiej wysokości uwzględnił koszty integracji.

Należy również wskazać, że sama nieprawidłowość pod względem podatkowym — „ujęcia” usług informatycznych, właściwych dla stawki 23% - w cenach odczynników z zupełnie inną stawką podatkową, powoduje, że wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą zostać uznane za prawidłowe i dające rękojmię należytego wykonania i powodujące, że wykonawca sprostął ciężarowi wykazania, że oferta w tym zakresie — nie zawiera rażąco niskiej ceny.

3. Istotne jest, że dowody złożone wraz z wyjaśnieniami nie stanowią wystarczającej podstawy do wykazania braku

rażąco niskiej ceny. Dowody, które złożył wykonawca Grifols dotyczą porównania cen oferowanych w innych postępowaniach z ceną zaferowaną w przedmiotowym postępowaniu. Sam fakt, że wykonawca oferował ceny na zbliżonym poziomie w innych postępowaniach, w żaden sposób nie dowodzi, że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nie są ponadto znane dokładne warunki wykonywania tych umów, dlatego ich wartość porównawcza do przedmiotowego postępowania jest co najmniej wątpliwa.

W złożonych wyjaśnieniach brakuje podstawowego dowodu, którym byłaby oferta od dostawcy systemu i licencji na usługi integracji. Ponadto jak już wskazano powyżej w wyjaśnieniach brakuje kalkulacji ceny ofert, która mogłaby potwierdzić, że wykonawca prawidłowo wycenił koszt usługi integracji oraz pozycje formularza, w których je ujął. (...)

Mając na względzie treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Grifols nie było zasadnym uznanie, że wykonawca potwierdził nimi iż jego cena nie jest rażąco niska. (...)

Niezgodność treści oferty wykonawcy Grifols z warunkami zamówienia polega na:

- braku możliwości uzyskania wyniku próby zgodności w czasie nie dłuższym niż 35 minut;

- braku możliwości wcześniejszej weryfikacji antygenów grupowych w czasie nie dłuższym niż 15 minut od rozpoczęcia badania przez urządzenie będące przedmiotem dzierżawy.

W wyjaśnieniach do których wykonawca Grifols został wezwany przez Zamawiającego nie znajduje się żaden załącznik dowód, z którego wynikałoby jednoznaczne potwierdzenie spełnienia przedmiotowych wymogów. W szczególności z dokumentów tych nie wynika potwierdzenie możliwości podglądu wcześniejszego wyniku antygenów grupowych przed ukończeniem pełnego profilu badania, który szczegółowo Zamawiający opisał w TOM 111 - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (pkt. 2 i 3): (...)

Z załączonego do oferty przez wykonawcę Grifols — dokumentu pn. „Erytra Eflexis@ Instrukcja Obsługi Część nr 0025022/2.0-PL”, Rozdział 10 „Wyświetlanie i Zatwierdzanie Wyników” — wynika, że wynik otrzymuje się dla pełnego profilu badania, zgodnie z poniższym: (...)

Mając na uwadze spełnienie parametru granicznego - pkt 6 TABELA 1. PARAMETRY WYMAGANE na podstawie przytoczonych argumentów oraz przedstawionych wyjaśnień w toku prowadzonego postępowania - należy stwierdzić, że:

1) Na stronie 1 dołączonego do wyjaśnienia wykonawcy Grifols załącznika pt. „Raporty z przebiegu badań dla:

- „biorca” z użyciem kasety Confirm P (ABD dla biorcy) wykonawca Grifols wskazuje, że badanie grupy krwi biorcy rozpoczęło się o godz. 7:44 i zakończyło o godz. 7:56. Czas trwania badania to 12 minut, ale weryfikacja i walidacja została przeprowadzona dopiero o godz. 8.10, a zatem czas od rozpoczęcia badania do walidacji wynosi 26 minut.

Powoduje to, iż wymóg dotyczący możliwości wcześniejszej weryfikacji antygenów grupowych w czasie nie dłuższym niż 15 minut od rozpoczęcia badania — nie został spełniony, ponieważ z przedstawionego przez wykonawcę Grifols załącznika w całości nie wynika, że częściowy podgląd antygenów grupowych jest dostępny dla użytkownika, jak i zdjęcia na podstawie których można wydać częściowy wynik.

Zatem wykonawca Grifols nie wykazał fizycznej możliwości wcześniejszej weryfikacji antygenów grupowych.

Ponadto Grifols nie przedstawił wyjaśnień, które pozwalałyby stwierdzić, że wynik i powiązany z nim obraz karty są rzeczywiście dostępne dla użytkownika w ciągu 15 minut - zgodnie z wymogiem w parametrach granicznych, który był wymagany przez Zamawiającego w przypadku pilnej transfuzji: (...)

2) Na stronie 2 dołączonego do wyjaśnień wykonawcy Grifols załącznika pt. „Raporty z przebiegu badań dla:

- „dawca” z użyciem kasety Confirm P (ABD) - wykonawca Grifols wskazuje, że badanie grupy krwi dawcy rozpoczęło się o godz. 7:44 i zakończyło o godz. 7:56. Czas trwania badania to 12 minut. Jednakże Grifols nie podaje czasu weryfikacji i walidacji wyniku, zatem nie wykazuje możliwości podglądu antygenów grupowych dla dawcy w czasie wymagany przez Zamawiającego tj. nie dłuższym niż 15 minut;

3) Na stronie 3 dołączonego do wyjaśnień wykonawcy Grifols załącznika pt. „Raporty z przebiegu badań dla:

- „biorca” z użyciem kasety 4 Screen (AHG) celem badania screeningu przeciwciał dla biorcy Grifols wskazuje, że badanie rozpoczęło się o godz. 7:44 i zakończyło o godz. 8:14.

Czas trwania badania wynosi 29 minut.

Jednakże wykonawca Grifols nie podaje czasu weryfikacji i walidacji wyniku, zatem nie wykazuje spełnienia czasu otrzymania wyniku próby zgodności określonego przez Zamawiającego tj. nie dłuższy niż 35 minut: (...)

4) Na stronie 4 dołączonego do wyjaśnienia wykonawcy Grifols załącznika pt. „Raporty z przebiegu badań dla:

„biorca”, „dawca” z użyciem kasety Xmatch (AHG) celem wykonania próby zgodności Grifols wskazuje, że badanie rozpoczęło się o godz. 7:44 i zakończyło o godz. 8:13.

Czas trwania badania wynosi 28 minut.

Jednakże wykonawca Grifols nie podaje czasu weryfikacji i walidacji wyniku, zatem nie wykazuje spełnienia czasu otrzymania wyniku próby zgodności określonego przez Zamawiającego tj. nie dłuższy niż 35 minut: (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 31.05.2023 r.,

2) odrzucenia oferty wykonawcy Grifols,

3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Pismami z dnia 14 i 15.06.2023 r.:

1) wykonawca DiaHem AC Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria (dalej: „przystępujący DiaHem”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

2) wykonawca Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „przystępujący Grifols”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

W dniu 21.06.2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 22.06.2023 r. przystępujący DiaHem przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 22.06.2023 r. odwołujący odniósł się do argumentacji zamawiającego i przystępującego Grifols, a także poinformował o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym, zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu podlegało umorzeniu.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników, materiałów kontrolnych, akcesoriów do oznaczeń immunohematologicznych wraz z dzierżawą analizatorów.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w Tomie III w Tabeli 1 w części zatytułowanej: „II.

Wymagania związane z integracją LIS/HIS" zamawiający wskazał:

- w pkt 3: „Wykonawca, w ramach wdrożenia wydzierżawi pięć stanowisk komputerowych (...), niezbędne do realizacji zamówień Banku Krwi i Pracowni Serologii, a w przypadku konieczności reinstalacji/wymiany miejsca instalacji oprogramowania realizuje przeniesienie dotychczasowej bazy danych, zintegrowanej z systemem HIS Szpitala - Eskulap i z analizatorami (w tym zapewnia dostępność do wystawionych skierowań na oznaczenie grupy krwi, wykonanie próby zgodności, zamówienia na krew i jej składniki, wygenerowanie i wydrukowanie wyników grupy krwi i próby zgodności serologicznej). System Dostawcy musi zapewnić pełną ciągłość danych i dokumentacji w postaci elektronicznej prowadzonej przez Zamawiającego oraz musi umożliwiać: - identyfikację składników oraz ich parametrów zgodnie ze specyfikacją ISBT128 — tzn.: wszystkich danych z etykiety składnika za pomocą czytnika (skanera) kodów kreskowych.”
- w pkt 10: „Koszt połączenia systemu Dostawcy do istniejącego w Szpitalu systemu Eskulap i przeniesienie danych (jeżeli działanie takie będzie konieczne) ponosi Wykonawca. Dwukierunkowa współpraca systemów informatycznych obsługujących analizator (dotyczy oprogramowania Dostawcy) Krwi (przychody i rozchody krwi) tzn. przekazywanie informacji do systemu ESKULAP w czasie rzeczywistym (moduł laboratoryjny, księgowy i inwentaryzacyjny) w systemie Eskulap Krwi powinien posiadać pełne odwzorowanie danych wprowadzanych w dostarczonym przez Wykonawcę systemie. Integracja musi co najmniej zawierać elementy: (...)”
- w pkt 11: „(...) Wykonawca podłączy analizatory do Systemu Informatycznego działającego w laboratorium Zamawiającego. Stanowiska robocze zdefiniowane przez producenta analizatora jako co najmniej optymalne do współpracy z ich urządzeniem (...)”.
- w pkt 12: „Wszelkie koszty związane z: opracowaniem sterownika lub innego rodzaju oprogramowania zapewniającego komunikację między aparaturą a szpitalnym systemem informatycznym klasy HIS, udzieleniem bezterminowej licencji na jego użytkowanie, wykonaniem niezbędnych usług konfiguracyjnych i serwisowych w okresie gwarancji, dostarczeniem odpowiedniego okablowania, akcesoriów lub innego rodzaju sprzętu koniecznego do dwukierunkowej komunikacji między oferowanym urządzeniem a szpitalnym systemem informatycznym klasy HIS, Wykonawca ponosi we własnym zakresie”.

Zgodnie z § 8 ust. 1 projektu umowy:

1. Strony ustalają całkowite wynagrodzenie z tytułu należytego wykonania przedmiotu Umowy dla Wykonawcy na kwotę:

..... zł netto (słownie:) po dodaniu podatku VAT cenę zł brutto (słownie), w tym:

wartość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu należytego wykonania przedmiotu dostawy Umowy wynosi zł netto (słownie:), po dodaniu podatku VAT, wynosi: zł brutto (słownie:)

wartość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu należytego wykonania przedmiotu usługi dzierżawy Umowy wynosi: za 1 miesiąc zł netto (słownie) po dodaniu podatku VAT, wynosi: zł brutto (słownie:), za cały okres obowiązywania umowy miesięcy wynosi zł (słownie złotych:) po dodaniu podatku VAT, wynosi zł (słownie złotych:)

Wykonawca przekazuje w dzierżawę Zamawiającemu:

Przedmiot dzierżawy: producent: rok produkcji: model: wartość dzierżawionego sprzętu brutto: zł

Zamawiający zapłaci wynagrodzenie Wykonawcy wyłącznie za zrealizowany przedmiot Umowy tj. za faktyczną ilość dostarczonego przedmiotu Umowy do Zamawiającego, według cen jednostkowych określonych w Umowie.

Łączne wynagrodzenie Strony ustalają na kwotę: zł netto (słownie:) po dodaniu podatku VAT cenę zł brutto (słownie).

Zgodnie z § 1 ust. 3 projektu umowy:

Zamawiający zastrzega, że minimalny zakres (ilość) realizacji przedmiotu umowy ustalony przez Zamawiającego wynosi: 70% wartości (zakresu/ilości), o której mowa w § 8 ust. 1 Umowy.

Przystępujący Grifols złożył ofertę, w której pozycje pn. „Inne sprzęty, w tym Stacje robocze LIS” wycenił łącznie na kwotę 26.568,00 zł brutto. Pozostali dwaj wykonawcy wycenili te pozycje łącznie na kwoty: 474.681,60 zł brutto (przystępujący DiaHem) oraz 478.224,00 zł brutto (odwołujący).

Pismem z dnia 16.05.2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego Grifols „do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie ceny ofertowej obejmującej wycenę integracji HIS-LIS-ANALIZATOR i dedykowanych stacji roboczych zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego”.

W odpowiedzi z dnia 19.05.2023 r. przystępujący Grifols wskazał m.in.: „(...) Zamawiający wezwał do wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej obejmującej wycenę integracji HIS-LIS-ANALIZATOR i dedykowanych stacji roboczych zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Jednakże Zamawiający w SWZ nie określił, w której pozycji należy wycenić koszty integracji. W zakresie dzierżawy Wykonawca wskazał w ofercie tylko urządzenia, gdyż tak we wzorze formularza cenowego przygotował to Zamawiający. W przekazanej dokumentacji postępowania brak jest dedykowanej pozycji, w której Wykonawca miał określić koszty integracji. W związku z powyższym Grifols uznał, iż koszt integracji stanowi jego koszt realizacji zamówienia i uwzględnił go w cenach odczynników. Koszt integracji HIS-LIS-ANALIZATOR oraz dedykowanych stacji roboczych wraz z oprogramowaniem do systemu Dostawcy wynosi ok. 380.000 zł netto. Koszt ten został przez Grifols uwzględniony w cenie oferty. Celem wykazania tego faktu została do niniejszego pisma załączona szczegółowa kalkulacja porównawcza przy zastosowaniu stawek z innych postępowań, gdzie brak było dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia jak np. integracja w tak szerokim zakresie. Celem wykazania realności zaoferowanego wynagrodzenia oraz celem potwierdzenia, że zaoferowana cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, zostały sporządzone dwie kalkulacje porównawcze. Do formularza cenowego z niniejszego postępowania zostały wprowadzone stawki poszczególnych odczynników (pozycji cenotwórczych) z umów zawartych z innymi Zamawiającymi. Są to ceny rynkowe, po których Grifols realizuje przedstawione umowy. Ceny te pozwalają na zrealizowanie przedmiotu zamówienia i zapewnienie godziwego zysku. Przyjmując taki sposób przedstawienia kalkulacji, Wykonawca chce wykazać jaki poziom cen pozwala na wykonanie zamówienia, bez uwzględniania kosztu integracji w tak szerokim zakresie i dostarczenia systemu Dostawcy. Celem potwierdzenia, że zastosowane w kalkulacji stawki są realne, do niniejszych wyjaśnień zostały załączone kopie zawartych i realizowanych umów (...) Powyższe wskazuje, że Grifols uwzględnił w cenie oferty koszty integracji, jednakże nie w cenie pozycji dotyczącej dzierżawy sprzętu (jak DiaHem AG Diagnostic Products czy Perlman Technologies Polska sp. z o.o.), a w poszczególnych cenach jednostkowych dostarczanych odczynników”.

Przystępujący Grifols dołączył do wyjaśnień dwie kalkulacje porównawcze i dwie związane z nimi umowy dotyczące zamówień dla innych szpitali.

Pismem z dnia 31.05.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Grifols. Na drugim miejscu uplasowała się oferta odwołującego, a na trzecim – przystępującego DiaHem.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 i 2 ustawy VAT:

1. 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.

2. Dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138 i ust. 4.

Zgodnie z art. 146 ea pkt 1 i 2 ustawy VAT, w roku 2023:

- 1) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2, art. 110 i art. 138i ust. 4, wynosi 23%;
- 2) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3, wynosi 8%.

Zgodnie z załącznikiem 3 poz. 13 ustawy VAT, stawką 8% VAT są objęte wyroby medyczne, (...) oraz wyroby medyczne do diagnostyki in vitro i wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro (...).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii odrzucenia oferty przystępującego Grifols na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, należy zauważyć, że sam przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 19.05.2023 r. wskazał, że „uwzględnił w cenie oferty koszty integracji, jednakże nie w cenie pozycji dotyczącej dzierżawy sprzętu (...), a w poszczególnych cenach jednostkowych dostarczanych odczynników”. Tymczasem usługa informatyczna, jaką jest integracja, objęta jest stawką VAT w wysokości 23%, podczas gdy odczynniki jako wyroby medyczne objęte są stawką VAT w wysokości 8%. Przedmiotem sporu jest zatem to, czy uwzględnienie przez przystępującego Grifols kosztów integracji systemów w kosztach odczynników oznacza zastosowanie do usługi integracji niewłaściwej (zaniżonej) stawki podatku VAT i tym samym stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że dostawa odczynników i usługa integracji mogą być uznane za świadczenie kompleksowe, co skutkowałoby dopuszczalnością zastosowania do nich jednej stawki podatku VAT, tj. tej która jest właściwa dla świadczenia głównego. W tym wypadku zamawiający uznał dostawę odczynników za świadczenie główne, zaś usługę integracji za świadczenie pomocnicze, co pozwala zdaniem zamawiającego, na objęcie usługi integracji stawką 8% VAT.

Kwestia odrębnego bądź łącznego opodatkowania dostaw lub usług była już przedmiotem wielu orzeczeń i analiz. Zgodnie z dominującym orzecznictwem, zasadą jest odrębne opodatkowywanie świadczeń. Wynika to m.in. z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie w sprawie C-349/96 (Card Protection Plan Ltd) w którym ETS stwierdził, że co do zasady każde świadczenie usług powinno być traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne, niemniej jednak świadczenie składające się z jednolitej usługi (z ekonomicznego punktu widzenia) nie powinno być w sztuczny sposób dzielone, gdyż mogłoby to skutkować naruszeniem całego systemu opodatkowania. Trybunał stwierdził też, że: „świadczenie jednolitej usługi ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy jeden lub więcej elementów może być uznany za tworzący świadczenie (usługę) główne, podczas gdy jeden lub więcej elementów mogą być uznane za świadczenia (usługi) dodatkowe, do których stosuje się te same konsekwencje podatkowe, jak w przypadku świadczenia (usługi) głównego. Usługa musi być uznana za dodatkową w stosunku do usługi głównej, jeżeli nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, ale środek lepszego wykorzystania dostarczonej usługi głównej”.

Podobnie w sprawie C-41/04 (Levob Verzekeringen) Trybunał orzekł, że:

„19. Jak to wynika z orzecznictwa Trybunału, jeżeli transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja celem określenia, po pierwsze, czy są to dwa lub więcej niż dwa świadczenia odrębne, czy też jest to jedno świadczenie, a po drugie, czy w tym ostatnim przypadku to jedno świadczenie powinno zostać zakwalifikowane jako świadczenie usług (zob. podobnie wyrok z dnia 2 maja 1996 r. w sprawie C-231/94 Faaborg-Gelting Linien, Rec. str. I-2395, pkt 12-14, oraz ww. wyrok w sprawie CPP, pkt 28 i 29).

20. Mając na uwadze dwie okoliczności, a mianowicie że po pierwsze, z art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy wynika, iż każda czynność powinna być zwykle uznawana za odrębną i niezależną, a po drugie, że czynność 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 czynności celem określenia, czy podatek dostarcza konsumentowi, rozumianemu jako przeciętny konsument, kilka odrębnych świadczeń głównych, czy też jedno świadczenie (por. przez analogię ww. wyrok w sprawie CPP, pkt 29).

21. W kwestii tej Trybunał orzekł, że mamy do czynienia z jednym świadczeniem, zwłaszcza w przypadku, gdy kilka elementów powinno zostać uznanych za konstytutywne dla świadczenia głównego, podczas gdy, przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń powinno być postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia głównego (ww. wyrok w sprawie CPP, pkt 30, oraz wyrok z dnia 15 maja 2001 r. w sprawie C-34/99, Primback, Rec. str. I-3833, pkt 45).

22. Podobnie jest w przypadku, jeśli dwa lub więcej świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako przeciętny konsument, są tak ściśle związane, że stanowią one obiektywnie jedno tylko

nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałyby charakter sztuczny.”

Z orzeczeń Trybunału wynika zatem, że co do zasady, nawet jeśli świadczenie składające się z kilku czynności jest przeznaczone dla jednego nabywcy, to każde z nich powinno być traktowane odrębnie, co oznacza także ich odrębne opodatkowanie. Wyjątek dotyczy sytuacji, gdy świadczenia te są ze sobą nierozerwalnie połączone w taki sposób, że z gospodarczego punktu widzenia ich rozdzielenie miałyby charakter sztuczny. W takim przypadku, zdaniem Trybunału, świadczenie pomocnicze dzieli los prawny świadczenia głównego.

Powyższe stanowisko Trybunału podsumował m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 15 marca 2011 r. (sygn. akt I SA/Po 951/10), w którym stwierdzono: „Biorąc powyższe rozstrzygnięcia pod uwagę, należy podzielić pogląd, że świadczenie złożone (kompleksowe) będzie mieć miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy będzie miała charakter świadczenia podstawowego i świadczenia pomocniczego (lub świadczeń pomocniczych), a zatem takich, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego (lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego). Jeżeli jednak świadczenia te można, bez popadania w sztuczność, rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy - wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. (por. T Michalik VAT. Komentarz, Wydanie 7, 2010 r.)”

W przedmiotowej sprawie podstawowymi elementami zamówienia jest dostawa odczynników oraz dzierżawa analizatorów, co potwierdza też sposób przygotowania przez zamawiającego Formularza oferty. Zamawiający nie przewidział w tym Formularzu miejsca na wpisanie kosztów integracji, jednakże z opisu przedmiotu zamówienia jasno wynika, że integracja systemów LIS i HIS również wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, gdyż jest konieczna do przesłania danych wygenerowanych przez analizatory z systemu LIS do systemu HIS. Przy czym sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie napisał, że: „*Integracja obu systemów informatycznych powinna być uznana po pierwsze za drugorzędną wobec samej dostawy odczynników i dzierżawy analizatorów, po drugie za usługę dodatkową (pomocniczą) wykonywaną jedynie w celu zapewnienia normalnego (typowego) działania analizatorów i stacji roboczych w środowisku informatycznym Zamawiającego*”. Sam zamawiający przyznał zatem, że integracja systemów jest usługą potrzebną do normalnego działania analizatorów. Wynika to także z pkt 3, 10, 11 i 12 Tabeli 1 w części: „II. Wymagania związane z integracją LIS/HIS” OPZ, w których mowa jest m.in. o wydzierżawieniu w ramach wdrożenia w ramach stanowisk komputerowych, o przeniesieniu dotychczasowej bazy danych zintegrowanej z systemem HIS Szpitala - Eskulapi z analizatorami, o koszcie połączenia systemu Dostawcy do istniejącego w Szpitalu systemu Eskulap i przeniesieniu danych, o dwukierunkowej współpracy systemów informatycznych obsługujących analizator, o podłączeniu analizatorów do Systemu Informatycznego, czy o opracowaniu sterownika lub innego rodzaju oprogramowania zapewniającego komunikację między aparaturą a szpitalnym systemem informatycznym klasy HIS. Tym samym zarówno z opisu przedmiotu zamówienia, jak i z samego celu zamawiania usługi integracji, jasno wynika, że jest ona związana z tym elementem przedmiotu zamówienia, jakim jest dzierżawa analizatorów. Wydzierżawienie analizatorów bez przeprowadzenia integracji systemów groziłoby bowiem co najmniej koniecznością pracochłonnej i czasochłonnej zaangażowania pracowników Laboratorium do wprowadzania danych do systemu HIS, co z kolei skutkowałoby znacznie mniej sprawnym uzyskiwaniem wyników badań, zaś zamawianie usługi integracji bez dzierżawy analizatorów w ogóle nie miałyby sensu.

W tym kontekście niezrozumiała jest konkluzja zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający stwierdził, że: *Wobec powyższego Zamawiający planując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przygotowując dokumenty postępowania ów element integracji dzierżawionych analizatorów z system informatycznym szpitala uznał za usługę dodatkową wobec dostawy odczynników*. Po pierwsze, stwierdzenie takie jest sprzeczne z pozostałą argumentacją zamawiającego wskazującą na cel zamawiania usługi integracji, po drugie, nie można przyjąć, że integracja systemów jest usługą niezbędną dla dostawy odczynników. Sama dostawa odczynników może bez przeszkód odbyć się bez integracji systemów, zatem nie zachodzi niezbędny związek między tą dostawą a usługą integracji. Nie są to świadczenia nierozerwalne i ich wyodrębnienie w celu ustalenia właściwej stawki podatku VAT nie ma charakteru sztucznego, gdyż mogą być wykonywane niezależnie od siebie. Powyższe powoduje, że usługa integracji nie tworzy świadczenia kompleksowego z dostawą odczynników, a zatem nie można przyjąć, że uwzględnienie kosztów integracji w kosztach dostawy odczynników i przypisanie im jednej stawki podatku VAT w wysokości 8% było zasadne.

Jednocześnie nie można zgodzić się z argumentacją przystępującego Grifols odnoszącą się do przykładu z transportem odczynników. Transport jest bowiem niezbędny do tego, aby odczynniki w ogóle dotarły do zamawiającego, czyli do tego, aby dostawa mogła zostać zrealizowana, podczas gdy bez integracji systemów odczynniki zostaną dostarczone. Zatem dostawa odczynników jest nierozerwalnie związana z potrzebą ich transportu, natomiast nie jest nierozerwalnie związana z integracją systemów. Jak już wyżej wskazano: brak integracji systemów ani nie utrudni ani nie uniemożliwi zrealizowania dostawy odczynników. Niezrozumiałą jest ponadto przykład z budownictwem mieszkaniowym, ponieważ przystępujący Grifols nie wskazał, jakie konkretne świadczenie miałyby albo nie miałyby mieć w tym wypadku charakteru pomocniczego.

Izba nie zgodziła się również z zamawiającym i przystępującym Grifols, którzy podkreślali, że integracja nie jest kosztem zamawiającego, ale kosztem wykonawcy. Po pierwsze, to że koszt integracji poniesie wykonawca, nie oznacza, że zamawiający nie zostanie nim obciążony. Wykonawca musi przecież wszelkie koszty realizacji zamówienia, w tym wyraźnie wymaganą w OPZ integrację, uwzględnić w cenie oferty, a cenę tę ostatecznie zapłaci zamawiający. Tym samym § 2 ust. 3 projektu umowy należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający nie będzie osobno płacił za koszty pośrednie i związane z wykonaniem zamówienia na warunkach określonych w umowie, a zatem wykonawca musi je wliczyć w całkowitą cenę oferty. Brak uwzględnienia przez wykonawcę ww. kosztów w cenie oferty mógłby być podstawą do stwierdzenia ceny rażąco niskiej. Po drugie, powyższa kwestia nie ma wpływu na obowiązek ustalenia dla usługi informatycznej jaką jest integracja systemów, właściwej stawki podatku VAT. A ze wskazanych już wyżej okoliczności wynika, że nie jest to stawka 8%.

Kolejną kwestią wymagającą wyjaśnienia jest kompetencja Izby do orzekania w przedmiocie stawki podatku VAT. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący Grifols podnosili, że wyłączną kompetencję ma w tym zakresie Krajowa Administracja Skarbowa. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 473 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 513 ustawy Pzp, Izba jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań m.in. na zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp. Odrzucenie oferty z powodu zastosowania niewłaściwej stawki podatku, czyli z powodu błędu w obliczeniu ceny, jest czynnością, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Aby stwierdzić, czy zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonał tę czynność albo

zaniechał jej wykonania, Izba musi ocenić m.in. prawidłowość zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku. Tym samym ocena w tym zakresie mieści się w kompetencjach Izby jako ocena zasadności odrzucenia albo nieodrzućenia oferty wykonawcy. Jedyne na marginesie należy zauważyć, że ani zamawiający ani przystępujący Grifols nie złożyli wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp (art. 528 pkt 1 ustawy Pzp), zatem ich stanowisko procesowe (abstrahując od niezasadności takiego wniosku) jest niekonsekwentne.

Reasumując, usługa integracji nie stanowi świadczenia kompleksowego z dostawą odczynników, zatem nie było zasadne przypisanie jej stawki podatku VAT w wysokości 8%, tj. stawki właściwej dla wyrobów medycznych. Usługa ta jest natomiast w sposób nierozdzielny związana z dzierżawą analizatorów, co oznacza, że powinna być objęta stawką podstawową w wysokości 23% VAT. Uwzględnienie przez przystępującego Grifols kosztów integracji w kosztach dostawy odczynników doprowadziło zatem do zastosowania błędnej stawki podatku VAT dla usługi integracji, co stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała zamawiającemu m.in. odrzucenie oferty przystępującego Grifols w oparciu o ww. przepis.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii odrzucenia oferty przystępującego Grifols na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwy, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować określoną cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Dodatkowo należy zauważyć, że nawet w sytuacji, gdy cena oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub o średniej arytmetycznej złożonych ofert, zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Takie też działania zamawiający podjął w niniejszym postępowaniu, wzywając przystępującego Grifols „do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie ceny ofertowej obejmującej wycenę integracji HIS-LIS-ANALIZATOR i dedykowanych stacji roboczych zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego”.

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący Grifols wyjaśnił, że koszty usługi integracji ujął w kosztach dostawy odczynników i załączył dwie kalkulacje porównawcze z innych realizowanych przez siebie zamówień publicznych (wraz z umowami) celem wykazania realności kosztów przewidzianych na wykonanie usługi integracji. Załączone kalkulacje porównawcze zostały sporządzone w ten sposób, że do przygotowanego formularza ofertowego przystępujący Grifols wpisał stawki odczynników z ww. dwóch innych zamówień, aby pokazać, jaki poziom cen pozwala na wykonanie zamówienia w zakresie samych tylko odczynników i jaka pozostaje w związku z tym kwota, którą przystępujący może przeznaczyć na wykonanie usługi integracji. Należy jednak zauważyć, że tak przygotowane kalkulacje porównawcze uwzględniają odczynniki i wymagania ustalone w tamtych dwóch postępowaniach, nie odnoszą się natomiast do niniejszego postępowania (na co zwrócił uwagę także przystępujący DiaHem wskazując choćby na różnicę w jednym ze wskazanych odczynników). Pozwalają one zatem co najwyżej na pokazanie ogólnej skali kosztów ponoszonych w postępowaniach z tego rodzaju przedmiotem zamówienia, natomiast nie pokazują konkretnych kosztów przewidzianych przez przystępującego Grifols w tym konkretnym postępowaniu.

W tym miejscu należy podkreślić, że obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie wyjaśnień, kalkulacji i dowodów w taki sposób, żeby były one rzetelne, logiczne i spójne, a dzięki temu dawały zamawiającemu jasną odpowiedź na pytanie, z czego wynikają kalkulacje wykonawcy i dlaczego zapewniają one prawidłowe wykonanie tego a nie innego zamówienia. Składając wyjaśnienia wykonawca musi zatem wykazać realność konkretnej ceny czy elementu tej ceny w konkretnym zamówieniu i w konkretnych warunkach, w jakich będzie ono realizowane, nie zaś w oderwaniu od tych warunków. Kalkulacje porównawcze oparte na danych z innych postępowań nie dają odpowiedzi na pytanie, jakie okoliczności i wynikające z nich ceny zostały uwzględnione dla ustalenia kosztów, które będą ponoszone w tym konkretnym postępowaniu. Dlatego nie mogą one być uznane za potwierdzające realność ceny usługi integracji, a w konsekwencji ceny oferty w ogóle. W wyjaśnieniach i dowodach przedłożonych przez przystępującego Grofils brakuje zatem informacji o kosztach skalkulowanych dla tego konkretnego postępowania oraz dowodów potwierdzających te koszty, np. oferty od dostawcy systemu i licencji na usługi integracji.

Nie można także zgodzić się z zamawiającym, który twierdzi, że z uwagi na fakt, że przystępujący Grofils jest producentem, trudno kwestionować jego ceny i nie mógł on złożyć wyjaśnień w inny sposób. Po pierwsze, to że wykonawca jest producentem (a nie dystrybutorem) określonych produktów, nie powoduje automatycznie, że jego ceny są zawsze wiarygodne i rzetelnie skalkulowane, a co za tym idzie – nie zwalnia takiego wykonawcy z obowiązku przedstawienia konkretnych wyjaśnień, a zamawiającego z obowiązku zweryfikowania tych wyjaśnień. Po drugie, producent również ponosi określone koszty, np. materiałów, wytworzenia produktów, transportu, koszty organizacyjne, itd. i powinien przedstawić je w odniesieniu do konkretnego zamówienia w taki sposób, by wykazać, że przewidział wszystkie elementy tego zamówienia i oszacował je na poziomie zapewniającym należyte jego wykonanie.

Przystępujący Grifols nie sprostą temu wymaganiu, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia i dowody opierają się na danych z innych zamówień i w związku z tym na ich podstawie nie sposób jednoznacznie stwierdzić, jakie konkretne koszty przystępujący przewidział w tym konkretnym postępowaniu i czy zostały one prawidłowo skalkulowane.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że złożone przez przystępującego Grifols wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi podstawę odrzucenia oferty jako oferty z ceną rażąco niską. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała zamawiającemu m.in. odrzucenie oferty przystępującego Grifols w oparciu o ww. przepisy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii odrzucenia oferty przystępującego Grifols na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, należy zauważyć, że w myśl art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W niniejszym postępowaniu przystępujący Grifols niezgodnie z ustawą VAT zastosował do usługi integracji stawkę podatku VAT w wysokości 8%, niemniej jednak brak podstaw do stwierdzenia, że doszło tym samym do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. W szczególności należy zauważyć, że sam odwołujący wskazał, iż różnica kwoty podatku VAT przy stawce 8% i 23% wynosi 57.000,00 zł. Skoro zatem ceny ofert odwołującego i przystępującego Grifols różniły się o prawie 600.000 zł, nie można uznać, że zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT do usługi integracji wpłynęło na pozycję oferty odwołującego w rankingu ofert w kryterium ceny, a co za tym idzie - zagrożiło lub naruszyło interesy, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznk. Z uwagi na powyższe Izba oddaliła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i przystępujących przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu, Izba uwzględniła dwa zarzuty (dotyczące błędu w obliczeniu ceny i ceny rażąco niskiej), zaś jeden zarzut oddaliła (dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji). Oznacza to, że zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/3, a odwołujący – w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania (15.000 zł), wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego (3.600 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego (3.600 zł), co razem daje kwotę 22.200 zł. Tym samym zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 14.800 zł (2/3 z 22.200 zł), a odwołujący - w wysokości 7.400 zł (1/3 z 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 7.400 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 14.800 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od zamawiającego na rzecz odwołującego w wysokości 11.200 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (18.600 – 11.200 = 7.400 i 3.600 + 11.200 = 14.800).

Przewodnicząca