

**WYROK**

**z dnia 14 lutego 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 r. przez wykonawców:

**A. Pixel Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi, ul. Piękna 1, 93 - 558 Łódź (KIO 268/23)

**B. Alteris Spółka Akcyjna** z siedzibą w Katowicach, ul. Ceglana 35, 40 - 514 Katowice (KIO 270/23)

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**, ul. Ceglana 35, 40 - 514 Katowice

przy udziale wykonawców:

**A. „Agfa” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137A, 02 - 231 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 268/23, KIO 270/23

**B. Alteris Spółka Akcyjna** z siedzibą w Katowicach, ul. Ceglana 35, 40 - 514 Katowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 268/23

**C. Pixel Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi, ul. Piękna 1, 93 - 558 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 270/23

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt KIO 268/23 i KIO 270/23;**

**2. Kosztami postępowania w sprawach sygn. akt KIO 268/23 i KIO 270/23 obciąża odwołujących, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołań,

2.2. w sprawie KIO 268/23 zasądza od **Pixel Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi na rzecz **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę 4 184 zł 40 gr (cztery tysiące sto osiemdziesiąt cztery złote czterdzieści groszy) w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony, 68 zł 00 gr (sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od złożonych w sprawie pełnomocnictw oraz 516 zł 40 gr (pięćset szesnaście złotych czterdzieści groszy) tytułem ½ kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,

2.3. w sprawie KIO 270/23 zasądza od **Alteris Spółka Akcyjna** z siedzibą w Katowicach na rzecz **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę 4 184 zł 40 gr (cztery tysiące sto osiemdziesiąt cztery złote czterdzieści groszy) w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony, 68 zł 00 gr (sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od złożonych w sprawie pełnomocnictw oraz 516 zł 40 gr (pięćset szesnaście złotych czterdzieści groszy) tytułem ½ kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 263/23 KIO 270/23**

## **Uzasadnienie**

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa licencji systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami”, numer referencyjny: DZP.381.86A.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 18 listopada 2022 r. pod nr 2022/S 223-641537.

20 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Agfa sp. z o.o. i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Pixel Technology sp. z o.o. Na powyższą czynność złożył odwołanie wykonawca Pixel Technology sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Pixel”) w sprawie sygn. akt KIO 268/23. Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty odwołanie złożył wykonawca Alteris S.A. (dalej: „Odwołujący Alteris”) w sprawie KIO 270/23.

### **Sygn. akt KIO 268/23**

Odwołujący Pixel zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty pomimo, iż treść jej oferty jest zgodna z warunkami zamówienia;  
ewentualnie, w przypadku uznania, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, zarzucam Zamawiającemu zaniechanie zastosowania art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawienia ewentualnej omyłki poprzez wskazanie modelu właściwego procesora, w sytuacji, gdy z dokumentacji postępowania (załącznik nr 10 do SWZ) wynikał właściwy numer procesora,
- 2)art. 16 ust 1 i 2 i art. 239 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Pixel Technology sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta spełnia wszystkie warunki zamówienia i jest ofertą najkorzystniejszą, a nadto poprzez wybór oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o. pomimo tego, iż podlegała ona odrzuceniu;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny – zastosowanie przez Wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT do produktów oferowanych w poz. 2 c i 2 d oraz 6 i w poz. 1 (w zakresie integracji z systemem HIS) załącznika nr 7 do SWZ – formularz asortymentowo – cenowy;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o. z uwagi na sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie opisanym w uzasadnieniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący Pixel wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert,
- 2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4)wybór jego oferty jako najkorzystniejszej,
- 5)odrzućenie oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o.

W uzasadnieniu Odwołujący Pixel wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji do systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami. W pkt XI.4.3, specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) Zamawiający zażądał dołączenia do oferty formularza asortymentowo-cenowego według druku stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający nakazał wskazanie w tym załączniku informacji odnośnie producenta, nazwy/modelu/adresu witryny do weryfikacji stanu gwarancji. Zdaniem Odwołującego wszystkie wymagane przez Zamawiającego dane dotyczące oferowanego sprzętu zostały prawidłowo przez niego wskazane oraz spełniają one wymagania stawiane przez Zamawiającego. W formularzu asortymentowo-cenowym został bowiem wskazany katalogowy (bazowy) model serwera Fujitsu Primergy RX2540 M6. W wersji podanej w ofercie serwer ten posiada standardowo procesor Intel Xeon Platinum 8380, który spełnia wymogi Zamawiającego. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone u producenta zaoferowanego sprzętu – Fujitsu Technology Solution sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

który w piśmie z 3 stycznia 2023 r. wskazał, że zaofertowany sprzęt spełnia wymogi Zamawiającego. Wynika to z faktu, że podany w ofercie procesor jest procesorem, który znajduje się w konfiguracji bazowej np. o p/n: VFY: R2546SC110IN. Wskazany w ofercie serwer jest zawsze dostarczany z procesorem Intel Xeon Platinum 8380. Fujitsu w swym piśmie podkreślił, że wynika to z dokumentu, jaki sam Zamawiający załączył do dokumentacji przetargowej w postaci załącznika nr 10 do SWZ. Wskazał też, że procesor określony w ofercie będzie wchodził w skład zestawu jako procesor bazowy, jednak nie będzie on aktywny i będzie stanowił element nadmiarowy, do wykorzystania w przypadku usterki podstawowego, procesora.

Zdaniem Odwołującego Pixel z treści Załącznika nr 10 do SWZ wynika, że zaofertowany przez niego model serwera Fujitsu RX 2540 M6 zawiera w sobie model procesora Intel Xeon Platinum 8380. Na stronie 167 tegoż załącznika - SPEC CPU2017 Floating Point Speed Results – Results przy tym właśnie serwerze wskazano bowiem ten procesor. Dokonana przez Zamawiającego analiza i ocena oferty była jedynie powierzchowna i nie dawała podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W szczególności Zamawiający nie dokonał analizy treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, nie odniósł się do jego argumentacji, nie przeanalizował dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami. Zamawiający mając wątpliwości odnośnie treści oferty powinien dokonać takiej wykładni oświadczenia woli Wykonawcy, aby w jak najpełniejszym stopniu oddawała jego wolę. W przedmiotowej sprawie wolą Wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWZ. Odwołujący w formularzu ofertowym jednoznacznie oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje do przygotowania ofert. Ponadto załącznik numer 8 - Opis przedmiotu zamówienia został dołączony do oferty wraz z podpisem wykonawcy. W ten sposób Odwołujący dodatkowo zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe - w przekonaniu Odwołującego - brak jest podstawy do przyjęcia, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Na marginesie Odwołujący wskazał, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że nie zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w przypadku, gdy oferta wykonawcy zabezpiecza interes zamawiającego w większym stopniu, niż wymaga się tego warunkami zamówienia (por. np. wyrok z 29 września 2017 r., sygn. akt 1936/17 i wyrok z 17 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 237/21).

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Odwołujący Pixel wskazał, że w jego ocenie Zamawiający, jeśli doszedł do przekonania, że oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia, winien dokonać poprawienia innej omyłki w treści jego oferty. Omyłka ta polegałaby na wpisaniu niewłaściwej nazwy procesora, w sytuacji, gdy zgodnie z dokumentami udostępnionymi przez samego Zamawiającego (załącznik nr 10 do SWZ) podany przez Wykonawcę serwer Fujitsu Primergy RX2540 M6 jest konfigurowany tylko z procesorem Intel Xeon Platinum 8380, 2.30 GHz. Zdaniem Odwołującego Zamawiający miał więc możliwość samodzielnego poprawienia oferty Odwołującego przed jej odrzuceniem. Zamawiający mógł się w tym zakresie oprzeć na wskazanym przez siebie, w załączniku nr 10 teście SPEC CPU2017 Floating Point Speed Results. Poprawienie tego rodzaju omyłki nie stanowiłoby prowadzenia negocjacji z wykonawcą, gdyż właściwy numer procesora został wskazany w dokumentacji, którą Zamawiający dołączył do dokumentacji postępowania (SPEC CPU2017 Floating Point Speed Results). Zamawiający więc dysponuje odpowiednią wiedzą, która pozwala w sposób właściwy dokonać poprawienia ewentualnej omyłki. Poprawienie takiej ewentualnej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Przedmiot zamówienia jest niezwykle obszerny i złożony (sam opis przedmiotu zamówienia jest zawarty na 47 stronach). Składają się na niego liczne licencje, szkolenia i sprzęt komputerowy w różnorodnych konfiguracjach. Przedmiotowy procesor stanowi niewielką jego część zarówno w odniesieniu do ilości zamawianych elementów, jak i wartości całości oferty. W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że o istotności zmiany decydować będzie skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Odwołujący Pixel stwierdził, że jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaofertowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, wtedy wpierv zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 225 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Odwołujący Pixel przytoczył treść tego przepisu i wskazał, że jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług, który jest elementem cenotwórczym. O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały

obliczone z zachowaniem tych samych reguł. W sytuacji, w której zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT – jak to ma miejsce w przypadku przedmiotowego postępowania - w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu Pzp. Nie ma bowiem wówczas ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SWZ.

Odwołujący Pixel podał, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 ze zm.; dalej: VATU), podstawowa stawka VAT w chwili obecnej wynosi 22% („tymczasowo” podwyższona do 23% VAT na podstawie art. 146aa ust. 1 VATU). Jednakże zgodnie z załącznikiem nr 3, w poz. 13 - wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7% do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931 z późn. zm.). wskazano, że obniżona stawka podatku obowiązuje na: Wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 1, z późn. zm.), oraz wyroby medyczne do diagnostyki in vitro i wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylecia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 176, z późn. zm.), dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Na podstawie art. 146 aa ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931 z późn. zm.). tymczasowo podwyższono stawkę podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, do 8%. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. U. UE. L. z 2017 r. N 117, str. 1 z późn. zm.) za wyrób medyczny uznaje się narzędzie, aparat, urządzenie, oprogramowanie, implant, odczynnik, materiał lub inny artykuł przewidziany przez producenta do stosowania - pojedynczo lub łącznie - u ludzi do co najmniej jednego z następujących szczególnych zastosowań medycznych: diagnozowanie, profilaktyka, monitorowanie, przewidywanie, prognozowanie, leczenie lub łagodzenie choroby, diagnozowanie, monitorowanie, leczenie, łagodzenie lub kompensowanie urazu lub niepełnosprawności, badanie, zastępowanie lub modyfikowanie budowy anatomicznej lub procesu lub stanu fizjologicznego lub chorobowego, dostarczanie informacji poprzez badanie in vitro próbek pobranych z organizmu ludzkiego, w tym pobranych od dawców narządów, krwi i tkanek, i który nie osiąga swojego zasadniczego przewidzianego działania środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi w ludzkim ciele lub na nim, ale którego działanie może być wspomagane takimi środkami. W kontekście przedmiotowego zamówienia istotny jest motyw 19 wskazanego wyżej rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745. Precyzuje on pojęcie wyrób medyczny w odniesieniu do oprogramowania odrębnego. W jego myśl oprogramowanie odrębne, w przypadku gdy zostało specjalnie przewidziane przez producenta do co najmniej jednego z zastosowań medycznych wyszczególnionych w definicji wyrobu medycznego, kwalifikuje się jako wyrób medyczny. W odmienny sposób kwalifikowane jest oprogramowanie do zastosowań ogólnych, nawet jeżeli jest używane w ochronie zdrowia lub oprogramowanie do zastosowań związanych ze stylem życia i samopoczuciem. Nie są one wyrobami medycznymi. Kwalifikacja oprogramowania - jako wyrobu albo jako wyposażenia - jest niezależna od lokalizacji tego oprogramowania i od typu połączenia między oprogramowaniem a wyrobem. W myśl motywu 16, 17 i 26 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 7.12.2017 r., C-329/16, SYNDICAT NATIONAL DE L'INDUSTRIE DES TECHNOLOGIES MÉDICALES (SNI) PHILIPS FRANCE v. PREMIER MINISTRE I MINISTRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ, ZOTSIS 12, poz. I-947, aby oprogramowanie było objęte zakresem stosowania rozporządzenia, nie wystarcza, żeby było wykorzystywane w kontekście medycznym, lecz konieczne jest również, aby twórca wskazał jego konkretne przeznaczenie do celów medycznych. Jednocześnie podkreślono, że nie jest wyrobem medycznym oprogramowanie, które wprawdzie może być wykorzystane w środowisku medycznym, lecz jego jedynym celem jest archiwizacja, gromadzenie i przekazywanie danych, takiego jak oprogramowanie do przechowywania danych medycznych pacjenta. W tym kontekście wskazana w ofercie wykonawcy Agfa sp. z o. o. stawka podatku VAT w wysokości 8 % w odniesieniu do takich pozycji jak m. in. macierz dyskowa na potrzeby archiwum czy macierz dyskowa na potrzeby backupu nie ma uzasadnienia prawnego i stanowi błąd w obliczeniu ceny. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku oprogramowania RADCOM służącego do transkrypcji mowy na tekst oraz oprogramowania na integrację z systemem Asseco, które to oprogramowanie jej systemem szpitalnym nie będącym wyrobem medycznym. Z tego powodu oferta ta powinna podlegać odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego Pixel oferta wykonawcy Agfa sp. z o. o. powinna podlegać odrzuceniu również ze względu na jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności:

1)w pozycji 2a załącznika nr 7 Wykonawca zaoferował serwer PowerEdge R7515. Zgodnie z załącznikiem nr 8 dla tej

pozycji wymagane było, aby serwer obsługiwał: pamięć w technologii nieulotnej montowaną w złączach DIMM. (definicja: NVDIMM - Wikipedia <<https://en.wikipedia.org/wiki/NVDIMM>> - pamięć nieulotna montowana w złączach DIMM inaczej NVDIMM). Na stronach Dell zawarto specyfikację, (User Guide Dell dotyczący pamięci nieulotnej (NVDIMM): Dell EMC NVDIMM-N Persistent Memory User Guide <[https://dl.dell.com/topicspdf/nvdimm\\_n\\_user\\_guide\\_en-us.pdf](https://dl.dell.com/topicspdf/nvdimm_n_user_guide_en-us.pdf)> (NVDIMM-Ns are currently supported in the T640, R640, R740/R740XD, R840, R940, R940xa, MX740c and MX840c PowerEdge)). z której wynika, że pamięć RVDIM jest wspierana przez tylko wskazane przez Dell'a modele serwerów. Producent sprzętu – Dell zamieścił na swoich stronach specyfikację techniczną serwera R7515 zaoferowanego przez Agfa sp. z o.o. <[https://www.dell.com/support/manuals/en-pl/poweredge-r7515/per7515\\_ts\\_pub/memoryspecifications?guid=guid-6bfb6a89-69b2-4365-921b-98603fa1b0ba](https://www.dell.com/support/manuals/en-pl/poweredge-r7515/per7515_ts_pub/memoryspecifications?guid=guid-6bfb6a89-69b2-4365-921b-98603fa1b0ba)>. Z tej specyfikacji nie wynika, że wskazany przez Agfa sp. z o.o. model obsługuje pamięć NVDIMM (wsparcie tylko dla RDIMM oraz 3DS LRDIMM), . Oznacza to, że w tym zakresie ofer Agfa sp. z o. o. nie spełnia warunków zamówienia. Z powyższych informacji nie wynika, aby by spełniony wymóg wsparciu dla pamięci NVDIMM (wsparcie tylko dla RDIMM oraz 3DS LRDIMM),

- 4) Zamawiający postawił w SWZ wymóg, aby wszystkie krytyczne komponenty urządzenia takie jak: kontrolery dyskowe, pamięć cache, zasilacze i wentylatory były zdublowane tak, aby awaria pojedynczego elementu nie wpływała na funkcjonowanie całego systemu. Komponenty te muszą być wymienne w trakcie pracy macierzy Dokument producenta macierzy wskazanej przez Agfę opisujący możliwości instalacyjne Storage Adapters (kontrolerów RAID) PowerVault NX3240 Network Attached Storage System Installation and Service Manual | Dell Poland <[https://www.dell.com/support/manuals/en-pl/storagenx3240/nx3240\\_ism\\_pub/expansion-card-installation-guidelines?guid=guid-6d5ca40a-3d0f4ef2-9d2f-49e2e2076637&lang=en-us](https://www.dell.com/support/manuals/en-pl/storagenx3240/nx3240_ism_pub/expansion-card-installation-guidelines?guid=guid-6d5ca40a-3d0f4ef2-9d2f-49e2e2076637&lang=en-us)> W dokumencie tym zawarto adnotację "NOTE The expansion card slots are not hot-swappable." – oznacza to, że wszystkie karty rozszerzeń włączając w to kontrolery raid nie są wymienne na gorąco, co oznacza, że nie mogą być wymieniane w trakcie pracy.

W pozycji nr 5 załącznika 7 Agfa sp. z o. o. zaoferowała: Producent: VMware Nazwa: vSphere 7 Standard Jednocześnie potwierdziła spełnianie określonej w załączniku 16 pozycji pkt 32 SOPZ przez to oprogramowanie funkcjonalności do wirtualizacji posiadające mechanizm równomiernego obciążenia zasobów obliczeniowych z automatyczną migracją maszyn wirtualnych pomiędzy hostami w ramach klastra. Do działania tej funkcjonalności konieczne jest oprogramowanie vCenter Server 7, które nie zostało zaoferowane. Na marginesie, w przypadku oferty Agfa Zamawiający uznał, że ten dodatkowy moduł, który nie jest standardową częścią VSphere zawarty jest w oferowanym produkcie. Z kolei Uniwersyteckie Centrum Kliniczne analogicznych wyjaśnień Odwołującego nie uznało.

- 5) Agfa sp. z o. o. zgodnie z załącznikiem nr 7 zaoferowała jako macierz główną Dell ME5024. Wg zapisów SOPZ macierz miała obsługiwać replikację synchroniczną i asynchroniczną. Zgodnie z specyfikacją producenta sprzętu macierz spełnia wyłącznie replikację asynchroniczną.

W załączeniu do odwołania zostały przekazane: wyciąg z specyfikacji DELL dotyczących pamięci nieulotnej, tłumaczenie specyfikacji z pkt 4, wyciąg z specyfikacji DELL serwera R7515, tłumaczenie specyfikacji z pkt 6, wydruk ze strony producenta oprogramowania VMware Site Recovery, tłumaczenie specyfikacji z pkt 8, wyciąg z specyfikacji Dell NX3240 dotyczący kontrolerów RAID, tłumaczenie specyfikacji z pkt 10, wyciąg z specyfikacji oprogramowania wirtualizacyjnego na potrzeby nowego systemu do zarządzania badaniami, tłumaczenie specyfikacji z pkt 12, wyciąg z specyfikacji dotyczący macierzy głównej Dell ME5024, tłumaczenie specyfikacji z pkt 14, wiadomość e-mail z odpowiedzią od inżyniera firmy Ingram Micro Sp. z o.o. autoryzowanego dystrybutora firmy Dell, wiadomość e-mail z odpowiedzią od inżyniera firmy ALSO Polska Sp. z o.o. autoryzowanego dystrybutora firmy Dell.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający zgłosił również opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego po jego stronie wykonawcy Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach, stwierdzając, że wykonawca ten sam złożył Odwołanie od czynności wyboru oferty Spółki Agfa zarzucając Zamawiającemu niedokonanie odrzucenia tej oferty jako zawierające błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie 8 % stawki podatku VAT dla całości zamówienia. Zatem w tej części zarzuty Przystępującego są zgodne z zarzutami Odwołującego. W tej sytuacji nie wydaje się, aby oddalenie odwołania zgodnie z wnioskiem Zamawiającego było zgodne z interesem Przystępującego nawet szeroko rozumianym.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie do pierwszego z zarzutów odwołania Zamawiający m.in. wskazał, że odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami, pomimo że oferta ta zawierała najniższą cenę i najdłuższy deklarowany okres gwarancji na system Zarządzania badaniami i sprzęt serwerowy. Opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego bardzo szczegółowo określony w załączniku nr 8 do SWZ gdzie określono w sposób wyczerpujący, opisowy i bardzo konkretny wymagania odnośnie systemu, jego modułów i sprzętu

serwerowego składającego się na przedmiot zamówienia. Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawcę wraz z Formularzem ofertowym załącznika nr 7 do SWZ w postaci Formularza asortymentowo-cenowego. Formularz ten stanowił zgodnie z pkt XI pkt.4. 3 SWZ część oferty Wykonawcy. W Załączniku nr 7 Zamawiający oczekiwał uszczegółowienia przez Wykonawcę treści oferty poprzez podanie szczegółowych informacji odnośnie poszczególnych modułów i elementów składających się na system Zarządzania badaniami. W poz. 2a Zamawiający oczekiwał wskazania informacji odnośnie producenta, nazwy/modelu/adresu witryny do weryfikacji stanu gwarancji dla serwera składającego się na system. Wykonawca w poz. 2a wskazał, iż ofertuje 3 szt. Serwerów produkcji Fujitsu, Model serwera RX 2540 M6, z procesorem Intel Model Xeon Silver 4310, liczbą procesorów 1, podano również stronę, na której można zweryfikować stan gwarancji dla sprzętu serwerowego. Zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ tj. w Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt VI MINIMALNE WYMAGANIA FUNKCYJONALNE DLA SPRZĘTU SERWEROWEGO POTRZEBY SYSTEMU ZARZĄDZANIA BADANIAM DIAGNOSTYCZNYMI dla Serwera pkt 3 Procesor Zamawiający zawarł następujący wymóg:

*Zainstalowany minimum jeden procesor (osiągający w testach CPU2017 Floating Point Speed wynik minimum 170 punktów dla konfiguracji oferowanego serwera,*

*Zamawiający dopuszcza model procesora uzyskujący oczekiwane wyniki testu w konfiguracji dwuprocesorowej*

*Wyniki dla oferowanego modelu serwera muszą być dostępne na stronie <https://www.spec.org/cgibin/osgresults> na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wg załączonego wydruku stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ.*

Podczas weryfikacji oferty Zamawiający sprawdzał czy zaoferowany serwer wraz procesorem występują w wykazie stanowiącym załącznik nr 10. W wyniku weryfikacji ustalili, iż w wykazie nie ma takiej konfiguracji. W tej sytuacji Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy w dniu 2.01.2023 r. o wyjaśnienia i wskazanie zaoferowanego w formularzu asortymentowo-cenowym modelu serwera.

W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił, że „w formularzu asortymentowo- cenowym wskazał zaoferowany Zamawiającemu katalogowy (bazowy) model serwera Fujitsu Primergy RX2540 M6 i standardowo ma on procesor Xeon Platinum 8380, który spełnia wymagania Zamawiającego. W takiej wersji serwer ten posiada standardowo procesor Intel Xeon Silver. Podany serwer zgodnie z informacjami od producenta konfigurowalny i zaoferowane rozwiązanie po modyfikacji spełnia wymagania SWZ”. Dodatkowo dołączył oświadczenie firmy Fujitsu z którego wynika, że firma ta zaoferowała Odwołującemu Model serwera RX 2540 M6 dostosowany do potrzeb Zamawiającego z aktywnym procesorem Xeon Platinum 8380. „Procesor wskazany w ofercie tj. Xeon Silver 4310 będzie wchodził w skład zestawu jako procesor bazowy ale nie będzie aktywny i będzie stanowił element nadmiarowy.” Odwołujący zastrzegł wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak Zamawiający uznał, iż w/w dokumenty nie spełniają warunków niezbędnych do uznania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i je odtajnił. Odwołujący nie uzasadnił ani nie udokumentował, iż dane zawarte w wyjaśnieniach spełniają wymogi do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający stwierdził, że nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego, gdyż były one całkowicie sprzeczne wewnętrznie i sprzeczne z treścią złożonej przez niego oferty. Odwołujący wyraźnie wskazał w ofercie model procesora w oferowanym serwerze. Podany został model procesora zupełnie inny niż model wskazany następnie w wyjaśnieniach. Modele te oraz ich oznaczenia nie są w żadnym zakresie zbieżne ani podobne, co więcej konfiguracja z modelem wskazanym przez Odwołującego faktycznie występuje w serwerach firmy Fujitsu. Po drugie w ofercie Odwołujący wyraźnie wskazał, że ofertuje Serwer z jednym procesorem, zaś z wyjaśnień oraz pisma Fujitsu wynikało, że Odwołujący rzekomo ofertuje serwer z dwoma procesorami. Zatem wyjaśnienia wyraźnie wskazywały, że Odwołujący zmierzał do sanowania oferty, która w swoim pierwotnym kształcie i treści nie spełniała warunków specyfikacji, a przez to oferta jest niezgodna z SWZ i wymogami Zamawiającego. Niezgodność Oferty nie może być, jak domaga się Odwołujący, sanowana w drodze poprawienia innej oczywistej omyłki. Zamawiający nie dysponuje bowiem żadnymi wskazaniem, poza wolą Odwołującego do przyjęcia, że zamiast serwera RX 2540 M6 z procesorem Intel Xeon Silver 4310 chciał on zaoferować serwer RX 2540 M6 z procesorem Xeon Platinum 8380 albo też, że zamierzał zaoferować serwer z dwoma procesorami. Taka poprawa Oferty stanowiłaby nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w treść oferty sprzeczną z wyraźną treścią oświadczenia Wykonawcy. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że na stronie dedykowanej Fujitsu w opisie technicznym oferowanego serwera jest wiele procesorów, które można wybrać do konfiguracji serwera, nie ma tak, że wpisany do formularza procesor jest bazowym podstawowym procesorem, każdy może wybrać procesor z listy procesorów dostępnych dla tego serwera. Z tych względów Zamawiający nie mógł potraktować podania przez Odwołującego niewłaściwego numeru procesora jako omyłki pisarskiej, ponieważ nie doszło tutaj do podania błędnego oznaczenia modelu/numeru procesora. W tej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do dokonania wyboru oferty Odwołującego, skoro jego oferta została odrzucona jako niezgodna z SWZ.

Następnie Zamawiający zauważył, że Odwołujący kwestionuje zastosowanie przez wybranego Wykonawcę stawki podatku od towarów i usług w wysokości 8 % dla całości przedmiotu zamówienia, wskazując, że w jego ocenie stawka ta pozostaje niezgodna z art. 41 ust. 1 ustawy z 11.3.2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 ze zm.; dalej: VATU), załączniki nr 3, w poz. 13 - wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7% do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931 z późn. zm.). W jego ocenie na przedmiot zamówienia składa się szereg różnorodnych świadczeń, które winny być traktowane samodzielnie i które w zakresie poz. 1 formularza sortymentowo cenowego winny być częściowo objęte stawką 8 % zaś w pozostałym zakresie stawką 23 %.

Zamawiający podniósł, że określając przedmiot zamówienia i opisując go w Załączniku nr 8 wskazał wyraźnie, iż przedmiotem zamówienia jest „Dostawa licencji systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami”. Odwołując się do definicji zawartych w art. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. U. UE. L. z 2017 r. Nr 117, str. 1 z późn. zm.) wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest system w rozumieniu tej ustawy tj. połączenie produktów, pakowanych razem lub osobno, które są przeznaczone do wzajemnego połączenia lub zestawienia w celu osiągnięcia konkretnego zastosowania medycznego. Na system składa się przede wszystkim oprogramowanie spełniające definicję wyrobu medycznego oraz moduły i produkty, których zastosowanie jest niezbędne, aby oprogramowanie mogło znaleźć określone zastosowanie medyczne. Należy dodatkowo wskazać, iż zgodnie z definicjami zawartymi w art. 2 Rozporządzenia oprogramowanie uznawane jest za wyrób aktywny, tj. wyrób, którego funkcjonowanie zależy od źródła energii innego niż energia generowana przez ciało ludzkie do tego celu lub przez siłę grawitacji i który działa poprzez zmianę gęstości lub przetwarzanie tej energii. Ta cecha oprogramowania jest niezwykle istotna z punktu widzenia oceny zarzutów Odwołującego, ponieważ wskazuje na wyraźną konieczność powiązania oprogramowania z nośnikiem, na którym ma być ono zainstalowane i za pomocą którego ma być wykorzystane. Zatem intencją Zamawiającego było zamówienie kompletnego systemu w rozumieniu Rozporządzenia o wyrobach medycznych ujmowanego całościowo jako jedno świadczenie kompleksowe, na które składa się szereg elementów, które jednak samodzielnie nie mają dla Zamawiającego żadnego znaczenia. Co istotne system ten stanowi jeden z produktów zamawianych przez Zamawiającego w ramach realizacji globalnego zadania „Śląska Platforma Medyczna e CereMed – Telemedycyna i eksploracja danych medycznych – Telemedycyna i eksploracja danych medycznych z zdaniem pn. włączenie usług teleonkologii UCK do Śląskiej Platformy Medycznej CerMed. Mając na uwadze cele i założenia tego projektu, Zamawiający nie zamawia zwykłego systemu do archiwizacji danych, ale kompleksowe wielozadaniowe narzędzie informatyczne w postaci systemu umożliwiającego integrację z wszystkimi urządzeniami obrazowymi Zamawiającego, zapewniającego możliwość przechowywania i selekcji danych obrazowych oraz ich wykorzystywania w diagnostyce pacjenta i celach medycznych. Aby narzędzie to pozwoliło na realizację celów projektu oraz założeń opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym mogło być sfinansowane ze środków programu musi być kompleksowym rozwiązaniem i kompletnym. Tym samym musi ono spełniać również wymogi przewidziane i zdefiniowane Rozporządzeniem o wyrobach medycznych w zakresie kompatybilności, tj. zdolności wyrobu, w tym oprogramowania, stosowanego łącznie z co najmniej jednym innym wyrobem i zgodnie z jego przewidzianym zastosowaniem, do działania bez utraty lub osłabienia zdolności do działania zgodnego z przeznaczeniem; lub integracji lub funkcjonowania bez potrzeby modyfikacji lub dostosowania jakiegokolwiek części połączonych wyrobów lub bycia stosowanym łącznie bez konfliktów/interferencji lub działań niepożądanych. Proces integracji z systemem wszystkich wyrobów medycznych do obrazowania posiadanych przez Zamawiającego oraz migracji do systemu danych z dotychczasowych systemów i urządzeń spełniał te wymogi w całości i jest niezbędnym warunkiem realizacji projektu. W tym zakresie system musi też spełniać wymóg „interoperacyjności” oznaczającej zdolność co najmniej dwóch wyrobów, w tym oprogramowania, pochodzących od tego samego producenta lub od różnych producentów, do wymiany informacji i stosowania informacji, które były przedmiotem wymiany, do prawidłowego wykonania konkretnej funkcji bez zmiany zawartości tych danych; komunikowania się między sobą; współpracy zgodnie z przeznaczeniem. Oba te wymogi powodują, że nie ma możliwości z punktu widzenia założeń projektu oraz wymagań i oczekiwań Zamawiającego rozdzielenia poszczególnych elementów tego systemu. Mając na uwadze powyższe system stanowiący przedmiot zamówienia nie jest zwykłym systemem do archiwizacji i przechowywania danych medycznych pacjenta, o którym mowa w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 7.12.2017 r., C-329/16, cytowanym przez Odwołującego.

O powyższej kwalifikacji systemu świadczy konsekwentne stanowisko Zamawiającego o ustaleniu wartości zamówienia po odpowiedzi na pytania wykonawców w toku postępowania. We wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 10.11.2022 r. nr EIN/381/PL/A/12/2022 Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 5.037.037,04 zł netto i 5.440.000,00 zł brutto, co oznacza, że już na tym etapie traktował przedmiot zamówienia jako

świadczenie kompleksowe objęte 8 % stawka podatku VAT właściwą dla wyrobu medycznego. W odpowiedziach na pytania Wykonawców z dnia 8.12.2022 r. Zamawiający negatywnie odniósł się w odpowiedzi na pytanie 98 do wniosku Wykonawców o wydzielenie w formularzu asortymentowym kosztów szkoleń, dostawy i usług. W pytaniu 107 wskazał również na brak możliwości odbiorów częściowych, jasno wskazując, iż częściowa realizacja przedmiotu zamówienia nie ma dla niego znaczenia z punktu widzenia celu udzielenia zamówienia, gdyż brak kompletnego wdrożenia systemu uniemożliwi mu realizację założeń warunkujących pozyskanie finansowania dla tego zadania. Zarówno wzór umowy, jak i protokoły odbioru również jednoznacznie precyzowały, że odbiorowi podlega wyłącznie cały i kompletny system. W toku postępowania żaden z Wykonawców nie zadał Zamawiającemu pytania odnośnie kwestii wyceny czy przewidywanych stawek podatku VAT, ani też możliwości zmiany formularza ponad wskazane pytanie 98. Podział formularza na pozycje miał znaczenie czysto techniczne umożliwiające weryfikację zaoferowanych modułów i elementów składających się na system, weryfikację ich zgodności z wymogami SWZ.

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze orzecznictwo TSUE oraz orzecznictwo KIO oraz WSA i NSA dokonując oceny ofert nie miał podstaw do kwestionowania stanowiska wybranego Wykonawcy w zakresie zakwalifikowania systemu jako świadczenia kompleksowego ze stawką VAT 8 % właściwą dla wyrobu medycznego w postaci oprogramowania, które jest najważniejszym elementem systemu, ale które nie spełni oczekiwanej roli i założeń Zamawiającego bez pozostałych elementów składających się na ten system. Zamawiający ma świadomość, iż zarówno TSUE, jak i polskie organy podatkowe podkreślają, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych, by nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT, jednak nie dotyczy to przypadków jak w niniejszym postępowaniu. W sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd, Trybunał uznał, że w przypadku, gdy dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. Z kolei w wyroku z 11 maja 2017 r. sygn. I FSK 1389/15 Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) stwierdził, iż: „Jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika na rzecz klienta są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozdzielalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny”. Z orzecznictwa TSUE wynika, że w przypadku jednej, złożonej transakcji, dane świadczenie musi być uznane za pomocnicze względem świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi dla klientów celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego (zob. wyrok z 22 października 1998 r. w sprawach połączonych C-308/96 i C-94/97 Madgett Baldwin oraz ww. wyrok w sprawie CPP). Innymi słowy czynności o charakterze pomocniczym, których samoistne wykonanie nie przyniosłoby klientowi praktycznej korzyści, na gruncie podatku VAT nie powinny być traktowane jako oddzielne usługi, w oderwaniu od świadczenia zasadniczego.

W ocenie Zamawiającego przedmiot zamówienia składający się na kompletny system stanowiący przedmiot zamówienia powoduje, że powiązany był świadczeń ma znaczenie obiektywne, mamy więc do czynienia z sytuacją, iż nie może to w ogóle dojść do wyodrębnienia świadczenia ubocznego (pomocniczego) a Zamawiający w żadnych okolicznościach nie jest zainteresowany do nabycia świadczenia ubocznego bez świadczenia głównego i odwrotnie, co wyraźnie podkreślił w toku postępowania i nadal podtrzymuje. Pojęcie świadczeń złożonych nie jest zdefiniowane ani w VATU, ani przepisach wykonawczych czy Dyrektywie 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz.UE.L z 2006 r. Nr 347, poz. 1 ze zm.). Jednak koncepcja ta jest powszechnie uznawana przez organy podatkowe, sądy administracyjne, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) zakłada, że dla celów VAT należy wiązkę świadczeń postrzegać jako jedno świadczenie, gdy jeden z elementów takiego świadczenia ma charakter dominujący (główny), zaś pozostałe świadczenia mają charakter pomocniczy i są ze świadczeniem głównym na tyle związane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny i z tego względu łącznie stanowią jedno kompleksowe świadczenie. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie Trybunału, jak i polskich sądów administracyjnych. W wyroku TSUE z 2 maja 1996 r., G-231/94 w sprawie FaaborgGeltling Linien AS, Trybunał wskazał, że w przypadku, gdy kilka świadczeń dokonywanych przez podatnika na rzecz klienta jest ze sobą tak ściśle związanych, że tworzą obiektywnie jedno świadczenie z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia, to nie należy dla celów podatkowych sztucznie dzielić takiego świadczenia. Z kolei w wyroku TSUE z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 w sprawie Aktiebolaget Trybunał uznał, iż w przypadku świadczeń złożonych w pierwszej kolejności należy poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej transakcji celem określenia, czy podatnik zapewnia klientowi kilka odrębnych świadczeń, czy jedno świadczenie. Jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika na



rzecz klienta są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W wyroku w sprawie C-276/09 Everything Everywhere Ltd. Trybunał zwrócił uwagę na to, że świadczenie usług, z których klienci nie mogliby korzystać niezależnie od korzystania z usługi telefonii komórkowej, nie stanowi z ich punktu widzenia żadnej samodzielnej wartości w stosunku do tej usługi (problem powstał na tle świadczenia usługi telefonii komórkowej wraz z usługą udostępniania klientom tej telefonii infrastruktury pozwalającej na płacenie faktur z tego tytułu np. kartą kredytową, czekiem). Z rozstrzygnięcia tego wynika, jak bliski i ewidentny pozostaje związek ekonomiczny obu świadczeń, które Trybunał uznał za jedno świadczenie złożone. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP), ECLI:EU:C:1999:93, Trybunał stwierdził, że: "Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej". W orzeczeniu WSA w Gliwicach z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt. I SA/GI 686/21, sąd podkreślił, że w odniesieniu do niniejszej sprawy należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż użycie słowa "zwłaszcza" oznacza, że z pojedynczym świadczeniem złożonym możemy mieć również do czynienia w sytuacji, gdy żadnej z części składowych usługi nie można uznać za usługę główną, np. w sytuacji, gdy wszystkie czynności będące elementami składowymi (lub przynajmniej część z nich) są równie istotne dla wykonania całego świadczenia złożonego (usługi kompleksowej), a jednocześnie brak pomiędzy tymi elementami związku, wskazującego na istnienie relacji usługa główna - usługa pomocnicza. W nawiązaniu do zagadnienia dotyczącego tego, czy możliwe jest uznanie, że wykonywanie danych czynności na podstawie jednej umowy stanowi jedno świadczenie - usługę kompleksową, wskazać również należy, że w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen, ECLI:EU:C:2005:649, pkt 20 i 22 wyroku, TSUE wskazał, że po pierwsze z art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy wynika, iż każda transakcja powinna być uznawana za odrębną i niezależną, a po drugie, że czynność złożona z jednego świadczenia w sensie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie zakłócać funkcjonowania podatku VAT. W ocenie TSUE, aby określić, czy mamy do czynienia z jednym świadczeniem, należy przede wszystkim poszukać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej czynności celem ustalenia, czy podatnik dostarcza konsumentowi kilka odrębnych świadczeń głównych, czy też jedno świadczenie. 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 nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Zatem z orzecznictwa TSUE wynika, że każda czynność powinna być rozpatrywana jako odrębna i niezależna, ale równocześnie Trybunał podkreśla, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone i tym samym powinno być jednolicie opodatkowane (wyrok z 25 lutego 1999 r., C-349/96 Card Protection Plan Ltd.). W Polsce, już pod rządami poprzedniej ustawy o podatku od towarów i usług (ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym – Dz.U. poz. 50, ze zm.) w podobnym tonie wypowiadał się wielokrotnie Sąd Najwyższy, który sformułował tezę, że podział jednorodnej, kompleksowej usługi na odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT (przykładowo w wyroku z 21 maja 2002 r., III RN 66/01, publ. LEX nr 55863). Takie zapatrywanie obecne jest również w orzecznictwie sądów administracyjnych.

Jak wynika także z orzeczeń TSUE w połączonych sprawach C-308/96 i C-349/96 dla potrzeb oceny określonego działania jako świadczenia jednolitego i kompleksowego najistotniejsze jest jego zbadanie z perspektywy nabywcy. Jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny i faktyczny cel dokonywania transakcji. Istotne wydaje się także orzeczenie TSUE w sprawie Faaborg-Gelting Linien, gdzie Trybunał orzekł, że w przypadku czynności stanowiącej zespół świadczeń należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w których czynność ta jest dokonywana. Jeżeli poszczególne elementy zespołu świadczeń również nie są w stosunku do siebie świadczeniami głównymi i pomocniczymi, należy mimo to zbadać, czy punkt ciężkości świadczeń stanowią dostawy, czy świadczenie usług. W sprawie Levob gdzie przedmiotem była dostawa oprogramowania, dostosowanego pod potrzeby klienta, a więc nie standardowego, analogicznie jak w przypadku niniejszego postępowania, Zamawiający nie miał zatem głównie na względzie nabycia standardowego oprogramowania, lecz oprogramowania specjalnie przystosowanego do swoich potrzeb. Podobnie również jak tam w tym przypadku przystosowanie i instalacja, a także migracja danych były procesami wymagającymi bardzo dużych nakładów i stanowiącymi znaczące pozycje w koszcie zamówienia. Świadczenie w postaci dostawy systemu stanowiącego przedmiot zamówienia wymaga od Wykonawcy świadczenia całościowego o „kompletnej obsłudze”, wykraczającej dalece poza dostarczenie programu bazowego.

Zamawiający podniósł, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż różnorodne świadczenia serwisowe stanowią jedno świadczenie kompleksowe. Na gruncie zagadnienia świadczenia usługi utrzymania określonego standardu autostrady, NSA w wyroku z 17 kwietnia 2019 r., I FSK 494/17 stwierdził, że świadczenie złożone stanowi całościowy kompleks czynności usługowych, przy czym różnorodnych, lecz składających się w sumie na wymagany efekt jakościowy. Zdaniem NSA specyfika tej usługi wskazuje, iż z punktu widzenia jej funkcjonalności i użyteczności dla klienta końcowego (zamawiającego) nie należy jej dzielić, gdyż nie jest to uzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia. Brak bowiem wykonania chociażby jednego z elementów (czynności) składających się na tę usługę, czyni ją niekompletną, skoro przez jej brak wykonawca nie osiągnie wymaganego standardu usługi. Tym samym zaakceptować należy stanowisko, że świadczenia składające się na sporną usługę wykazują - mimo różnorodności - ścisłe powiązanie ze sobą w sensie gospodarczym i w konsekwencji tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. NSA wskazał, że celem gospodarczym tej usługi jest jej całościowe, a nie częściowe, wykonanie, co oznacza, że wprowadzenie poszczególnych czynności wykonywanych w jej ramach mogą mieć charakter samoistny, lecz same w sobie, bez wykonania w całości pozostałych elementów tej usługi, nie zaspokajają celu ekonomicznego zamawiającego (zamawiający nie jest zainteresowany pojedynczymi czynnościami tej usługi, lecz jej całościową realizacją, w celu stałego utrzymania określonego standardu autostrady). Innymi słowy: wykonywanie poszczególnych czynności nie stanowi celu samego w sobie, lecz jest środkiem służącym do wykonania usługi jako całości i osiągnięcia jej celu (por. też wyrok NSA z 28 października 2016 r., sygn. akt I FSK 344/15). W tym znaczeniu w niniejszej sprawie wszystkie elementy składające się na system zgodnie z jego opisem przez Zamawiającego i przedmiot zamówienia, które Wykonawca realizuje w ramach postępowania, służą generalnemu celowi – sprawnemu funkcjonowaniu wyrobu medycznego, poczynwszy od jego instalacji, poprzez umożliwienie realizacji jego funkcjonalności i celu dla wprowadzenia rozwiązania informatycznego do praktycznego zastosowania. Potwierdzeniem powyższego jest szczegółowy opis wymogów odnośnie systemu i jego modułów zawarta w załączniku nr 8 do SWZ.

Zamawiający podał, że w toku oceny ofert zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie zastosowanej stawki VAT i otrzymał obszerne uzasadnienie przyjętego stanowiska. Wobec zgodności tych danych ze swoimi założeniami z momentu przygotowania postępowania, nie miał podstawy do zakwestionowania tego stanowiska. W konsekwencji wbrew zarzutom Odwołującego, Zamawiając nie miał podstaw do uznania, że oferta wybranego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny i do jej odrzucenia. Zdaniem Zamawiającego w postępowaniu występuje na tyle silne powiązanie poszczególnych świadczeń tak ze względów gospodarczych, funkcjonalnych jak i technicznych, że uprawnione jest przyjęcie, że występuje świadczenie kompleksowe.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w związku z przyjęciem zasadności i prawidłowości zastosowania przez wybranego Wykonawcę stawki 8 % nie miał podstaw do odrzucenia ofert Odwołującego oraz Alteris S.A., gdyż zgodnie z obowiązującym orzecznictwem objęcie przedmiotu świadczenia stawką preferencyjną, dopuszczalną na gruncie podatkowym, jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Podatnik może bowiem zawsze zastosować do dostawy czy usługi stawkę podstawową w wysokości 23 % i nie korzystać z możliwości objęcia zamówienia stawką preferencyjną.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty z wymogami SWZ, Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzucił ofercie wybranego Wykonawcy szereg nieprawidłowości, opierając się na dostępnych materiałach ze stron internetowych oraz korespondencji mailowej. W ocenie Zamawiającego zarzuty te są chybione. Zamawiający nie żądał w przedmiotowym postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, a jedyne parametry dotyczące urządzeń znajdowały się w formularzu asortymentowo – cenowym. W oparciu o zawarte tam dane Zamawiający dokonał oceny i weryfikacji wymogów SWZ, a w zakresie w jakim miał wątpliwości zwrócił się o wyjaśnienia do Wykonawców. Mając na uwadze obowiązujące przepisy i środki działania, Zamawiający nie mógł na etapie oceny ofert żądać od Wykonawców dodatkowych środków przedmiotowych nie przewidzianych w SWZ. Musiał zatem dokonać krytycznej oceny złożonych wyjaśnień i uznać oświadczenia Wykonawców o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ za prawdziwe. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą oraz argumentacją, która została przywołana na wstępie istnieje możliwość, że Producent dostarczy sprzęt na indywidualne zamówienia Zamawiającego, który będzie odbiegał od standardowego, co czyni informacje pozyskane z katalogów czy stron internetowych bezużytecznymi.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący niezgodności wybranej oferty z SWZ. Należy bowiem zauważyć, iż materiały dostępne na stronach internetowych często są nieaktualne lub niekompletne, a często też przewidują pewne rozwiązania standardowe, które mogą podlegać modyfikacjom na specjalne zamówienie albo zawierają opcje nieopisane na stronach. Ponadto sami Wykonawcy mogą w różny sposób osiągnąć cele założone przez Zamawiającego, tak jak np. sam proponował Odwołujący poprzez montaż dodatkowego procesora dowersji bazowej. Skoro Zamawiający nie żądał przedmiotowych środków dowodowych a Wykonawca w odpowiedzi na zadane pytania odnośnie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia zapewnił, że spełnia wymogi SWZ, Zamawiający nie

ma podstaw do odrzucenia jego oferty w oparciu o niepotwierdzone informacje. W wyniku tego zobowiązany jest do zawarcia umowy i zweryfikowania przedmiotu zamówienia na etapie odbioru, jeżeli wówczas będzie on niezgodny z SWZ ma możliwość odmowy jego przyjęcia i wyciągnięcia konsekwencji w postaci nałożenia kar umownych.

### Sygn. akt KIO 270/23

Odwołujący Alteris zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 146ea pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług oraz w związku z poz. 13 i poz. 73 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o., pomimo, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki podatku VAT na 8% w odniesieniu do poz. 1-8 „formularza asortymentowo – cenowego” (załącznik nr 7 do SWZ),
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o. z postępowania, pomimo tego, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ),
- 3)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o., w sytuacji, w której powinna ona ulec odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Agfa sp. z o.o. i odrzucił ofertę ww. Wykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego stawki podatku VAT Odwołujący Alteris podał, że jak wynika z oferty cenowej wykonawcy Agfa sp. z o.o., zastosował on stawkę 8% podatku VAT dla całości przedmiotu dostawy, tj. do wszystkich składników przedmiotu zamówienia wskazanych w pozycjach od 1 do 8 formularza asortymentowo – cenowego. W ocenie Odwołującego Wykonawca ten zastosował niewłaściwą, preferencyjną stawkę podatku VAT na dostarczany przez siebie towar, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W poz. 13 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług wśród towarów i usług (dalej: upu), do których zgodnie z art. 146ea pkt 2 upu właściwa jest stawka obniżona 8%, wymienione zostały „*Wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 1, z późn. zm.), dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie natomiast z poz. 73 załącznika nr 3 do ww. ustawy stawkę podatku 8% stosuje się także do usług „udzielenia licencji lub innych usług o podobnym charakterze w stosunku do wyrobów, o których mowa w poz. 13”.* Analiza powyższych przepisów uzasadnia zastosowanie stawki 8% wobec przedmiot zamówienia w postaci udzielania licencji systemu zarządzania badaniami (pierwsza część zadania wskazanego w poz. 1 formularza asortymentowo – cenowego).

Wyklucza to jednak stosowanie obniżanej stawki 8% w odniesieniu do wszystkich innych składników zamówienia tj. integracji z systemem HIS oraz migracją danych z posiadanego systemu RIS/PACS (druga część zadania wskazanego w poz. 1 formularza asortymentowo – cenowego), sprzętu serwerowego (serwera i macierzy dyskowych) wraz z oprogramowaniem systemowym na potrzeby systemu do zarządzania badaniami (poz. 2), sprzętu do dyktowania opisów badań diagnostycznych na potrzeby badań diagnostycznych (poz. 3), licencji oprogramowania bazodanowego na potrzeby badań diagnostycznych (poz. 4), licencji oprogramowania wirtualizacyjnego na potrzeby nowego systemu (poz. 5), licencji oprogramowania do transkrypcji opisów głosowych na tekst z integracją z dostarczonym systemem do zarządzania badaniami (poz. 6), szkleniami i obsługi dostarczonego systemu (poz. 7), oraz szkoleniami z obsługi oprogramowania do transkrypcji opisów głosowych (poz. 8). Powyższe składniki zamówienia nie są bowiem ani „wyrobem medycznym” ani „wyposażeniem medycznym” jak wymagają tego przepisy o podatku od towarów i usług. Wykonawca Agfa sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach z dnia 11 stycznia 2023 r. (część Ad. 2 b wyjaśnień), uzasadniając zastosowanie stawki preferencyjnej 8% na całość zamówienia, powołuje się na tzw. koncepcję świadczenia kompleksowego, wskazując na element główny z pozycji 1 formularza, do którego zastosowanie ma stawka 8%, oraz elementy pomocnicze z pozycji 2-8 formularza, które w jego ocenie nie mają charakteru samodzielnego, a ich oddzielenie od elementu głównego byłoby sztuczne. Zdaniem Odwołującego nie można jednak uznać, by twierdzenia te, dotyczące kompleksowości świadczenia, znalazły zastosowanie do przedmiotowego zamówienia. Stanowisko Wykonawcy zawarte w powyższych wyjaśnieniach stanowi nadinterpretację poglądów organów podatkowych oraz orzecznictwa dotyczących świadczeń kompleksowych i nie odnosi się wprost do specyfiki dostawy wyrobów medycznych.

Odwolujący Alteris wskazał, że jak wynika z jednolitego obecnie orzecznictwa sądów administracyjnych oraz stanowisk organów podatkowych, dostawa wyrobu medycznego wraz z dodatkowymi towarami, które nie stanowią jego wyposażenia, a jedynie umożliwiają używanie go zgodnie z przeznaczeniem, nie stanowi świadczenia kompleksowego podlegającego opodatkowaniu jedną stawką VAT (por. m. in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 grudnia 2014 r., sygn. akt wyrok NSA z 17 grudnia 2013 r., sygn. akt stanowisko Ministerstwa Finansów zawarte w odpowiedzi na interpelację poselską nr 1658 z marca 2016 r. znak PT1.054.12.2016.ALX.175). W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 grudnia 2013 r., LEX nr 1528619 zostało wskazane: „Okoliczność, że wyposażenie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego działania wyrobu medycznego nie jest wystarczającym uzasadnieniem do objęcia preferencyjną stawką podatku towaru, który nie posiada specjalnego przeznaczenia wytwórcy do stosowania z wyrobem medycznym i ma charakter standardowego towaru dostępnego w obrocie”. Z kolei w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 grudnia 2014 r., LEX nr 1640316: wskazano „Gdy komputer nie posiada specyficznych cech, od których zależy funkcjonowanie na nim oprogramowania danego rodzaju, nie można przyjąć, że zrealizowana dostawa sprzętu i software'u jest świadczeniem złożonym”. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 października 2014 r., LEX nr 1590701 stanowi, iż „Za świadczenie odrębne należy uznać świadczenia wykonywane przez jednego podatnika na rzecz jednego nabywcy, które nawet jeżeli są w pewien sposób powiązane, to mogą być traktowane rozłącznie, a traktowanie to nie wpłynie na charakter żadnego z nich, ani też nie sprawi, że wartość świadczenia z punktu widzenia nabywcy będzie inna, niż gdyby świadczenie te byłyby uznane za świadczenia złożone. Natomiast towary, które zalicza skarżąca do wyposażenia dodatkowego, tj. sprzęt komputerowy (stacja, monitory, UPS, czytniki, oprogramowanie) są potrzebne do właściwego działania wyrobu medycznego, ale nic nie stoi na przeszkodzie aby dostawa tych towarów odbyła się niezależnie (samodzielnie) od wyrobu medycznego (...)” Skoro nie można uznać, że preferencyjnej stawki właściwej dla dostawy wyrobów medycznych nie stosuje się do dostawy sprzętu komputerowego to tym bardziej nie znajduje ona zastosowania do usługi doprowadzenia rozprowadzenia sieci informatycznej, która zasadniczo wspomaga korzystanie ze sprzętu komputerowego a nie z wyrobów medycznych”. Analogiczne zasady dotyczące tzw. świadczeń kompleksowych w odniesieniu wyrobów medycznych dotyczą np. usług i dostaw związanych z adaptacją pomieszczeń, w których instaluje się wyroby medyczne. Przykładowo w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r., LEX nr 1216465 wskazano, że „dostawa sprzętu medycznego oraz wykonanie towarzyszących tej dostawie robót adaptacyjnych pomieszczeń stanowią dwa odrębne świadczenia”. Odnosząc się natomiast do szkoleń dla pracowników – zgodnie z dominującym stanowiskiem organów podatkowych stanowią one świadczenia odrębne od świadczenia głównego. Przykładowo, jak wskazał Nacelnik Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 6 sierpnia 2012 r. nr IPPP3/443-479/12-4/LK, publ. LEX, „odnosząc się do zastosowania preferencyjnej stawki podatku dla dostawy wyrobu medycznego wraz z dostawą literatury naukowej, lub organizacją szkolenia dla pracowników kontrahenta związane z tematyką medyczną (np. w zakresie radiologii) wskazać należy, że zarówno prowadzone szkolenia jak i dostawa literatury naukowej nie stanowią integralnej części związanej z dostawą wyrobu medycznego jako jeden z elementów świadczenia złożonego, bowiem nie są na tyle ściśle powiązane z dostawą wyrobu medycznego, jako świadczenia głównego, aby nie mogły być świadczone odrębnie”. Stanowisko takie podzielane jest także w orzecznictwie KIO (por. m. in. wyrok KIO z dnia 5 października 2020 r., sygn. akt 2057/20).

Odnosząc powyższe orzeczenia do przedmiotu zamówienia:

- W pozycji 2 formularza zawarto dostawę serwera i macierzy wraz z oprogramowaniem systemowym, czyli sprzęt IT, na który jest stawka podstawowa 23%. Nie są to jednak towary „o specjalnym przeznaczeniu wytwórcy do stosowania z wyrobem medycznym” – mogą one znaleźć powszechne zastosowanie;
- Pozycja nr 3: sprzęt do dyktowania opisów badań stanowi specjalny mikrofon, ale nie jest on dedykowany do wyrobu medycznego; można go normalnie kupić w większości sklepów ze sprzętem komputerowym i ma różne zastosowanie;
- Pozycja nr 4: licencje na oprogramowanie tzw. bazodanowe: oprogramowanie to jest przeznaczone do zastosowań ogólnych, tj. do gromadzenia danych, ale niekoniecznie danych medycznych (np. danych sklepów internetowych, kontrahentów, itp.); nie posiada specjalnego przeznaczenia do stosowania z wyrobem medycznym;
- Pozycja nr 5: licencje oprogramowania do wirtualizacji: analogicznie jak wskazano powyżej, oprogramowanie jest również przeznaczone do zastosowań ogólnych, nie posiada specjalnego przeznaczenia do stosowania z wyrobem medycznym;
- Pozycja nr 6: licencje oprogramowanie do transkrypcji opisów głosowych ma również zastosowanie ogólne, transkrypcje opisów głosowych mogą dotyczyć materii zupełnie innych niż medyczna;

- Pozycja nr 7: szkolenia z obsługi dostarczanego systemu – szkolenia stanowią zgodnie z poglądami organów podatkowych odrębne usługi, ponadto szkolenie by móc teoretycznie zastosować stawkę preferencyjną, musiałoby dotyczyć wyłącznie samego wyrobu medycznego, a tego Wykonawca nie wykazał w żaden sposób.;
- Pozycja nr 8: Szkolenia z transkrypcji: szkolenia takie stanowią odrębną usługę, ponadto nie mają żadnego związku z wyrobami medycznymi.

Także w zakresie pozycji 1, zdaniem Odwołującego należy wydzielić ze stawki preferencyjnej 8% VAT „integrację z systemem HIS oraz migracją danych z posiadanego systemu RIS/PACS” jako usługę nie związaną bezpośrednio z wyrobem medycznym i opodatkować tą część zamówienia stawką podstawową. Również w tym przypadku zastosowanie koncepcji świadczenia kompleksowego jest bowiem wysoce wątpliwe.

Zdaniem Odwołującego Alteris składniki zamówienia określone powyższej nie stanowią ani „wyrobu medycznego” ani „wyposażenia medycznego”. Jednocześnie mogą funkcjonować samodzielnie w obrocie i nie zostały one specjalnie przeznaczone przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym – w konsekwencji brak było podstaw do zastosowania w stosunku do nich tzw. koncepcji świadczenia złożonego. Powyższe składniki zamówienia powinny zostać opodatkowane stawką podstawową 23%. Stanowisko Odwołującego potwierdza także fakt, iż stawkę podstawową 23% w stosunku do poz. 2-8 formularza asortymentowo – cenowego zastosował trzeci wykonawca Pixel Technology sp. z o.o. To na zamawiającym spoczywa obowiązek każdorazowego weryfikowania poprawności stosowanych w ofertach stawek podatkowych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 53/11, publ. LEX nr 1022576): „Jeżeli zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT (*a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia obecnie – przyp. Odwołujący*), wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., (*aktualnie art. 226 ust. 1 pkt 10 upzp – przyp. Odwołujący*) o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny”. W prawie podatkowym ugruntowany jest pogląd, że preferencyjne stawki podatku VAT można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do możliwości ich zastosowania. „Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania, także powinna być stosowana ta stawka” (por. „VAT. Komentarz” A. Bartosiewicz, R. Kubacki, publ. Lex 2010 r.).

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Agfa sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp Odwołujący Alteris wskazał, że dokumenty które przedłożył Agfa sp. z o.o. nie pozwalają na przyjęcie niebudzącego wątpliwości wniosku, że oferowany sprzęt w postaci macierzy DellEMC nie spełnia wymagań załącznika nr 8 do SWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” w zakresie pkt VI „MINIMALNE WYMAGANIA FUNKCJONALNE SPRZĘTU SERWEROWEGO NA POTRZEBY SYSTEMU ZARZĄDZANIA BADANAMI DIAGNOSTYCZNYMI”.

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „Tabela Macierz Dyskowa główna (min. 80TB)”

|    |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4. | Ilość portów | <p>Minimum 4 porty Fibre Channel 16Gb/s w pełni obsadzone modułami SFP+ 16 Gb/s</p> <p>Minimum 1 port Ethernet 1 Gb/s BaseT do zdalnego zarządzania kontrolerami</p> <p>Minimum 2 lub 4 porty SAS 12Gb/s do podłączenia półek dyskowych Porty przeznaczone do podłączenia hostów nie mogą być wykorzystane do połączeń wewnątrz macierzy (np. pomiędzy kontrolerami)</p> <p><b>Musi być możliwość rozbudowy online macierzy o dodatkowe porty jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów.</b></p> |
|----|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Zdaniem Odwołującego Alteris macierz DellEMC ME5024, przy konfiguracji może mieć tylko jeden typ interfejsów bez możliwości późniejszej rozbudowy oraz zamiany interfejsów bez wymiany kontrolerów. Wynika to z informacji zawartych na stronie internetowej producenta – zrzut poniżej (w załączeniu wydruk ze strony internetowej – **zał. nr 1 do**

odwołania).

[https://www.dell.com/support/manuals/pl-pl/powervault-me5024/me5\\_series\\_sm/supported-dataprotocols?guid=guid-ec646e4d-fb33-4d0f-abd0-30a055c34db6&lang=en-us](https://www.dell.com/support/manuals/pl-pl/powervault-me5024/me5_series_sm/supported-dataprotocols?guid=guid-ec646e4d-fb33-4d0f-abd0-30a055c34db6&lang=en-us)

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „Tabela Macierz Dyskowa główna (min. 80TB)”

|     |            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 17. | Replikacja | <p><b>Macierz musi umożliwiać replikację synchroniczną i asynchroniczną danych na inną identyczną do oferowanej macierz. Zasoby źródłowe kopii zdalnej oraz docelowe kopii zdalnej mogą być zabezpieczone różnymi poziomami RAID i egzystować na różnych technologicznie dyskach stałych (SAS, SSD, NLSAS).</b></p> <p>Replikacja musi być realizowana zarówno przy użyciu interfejsów Fibre Channel (FC) jak i protokołu IP na łączach 10GbE.</p> <p>Licencja na tą funkcjonalność nie jest wymagana w ramach tego postępowania.</p> <p>Macierz musi wspierać program VMware Site Recovery Manager.</p> <p>Replikacja nie może być realizowana przez oprogramowanie lub urządzenie zewnętrzne.</p> |
|-----|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Macierz DellEMC ma możliwość replikacji jedynie asynchronicznej. Przy wyborze kontrolerów FC nie ma możliwości replikacji po protokole IP na łączach 10GbE. Wynika to z informacji zawartych na stronie producenta (w załączeniu wydruk ze strony internetowej z tłumaczeniem – zał. nr 2 do odwołania).

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum (min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|    |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|----|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4. | Ilość portów | <p>Minimum 4 porty Fibre Channel 16Gb/s w pełni obsadzone modułami SFP+ 16 Gb/s</p> <p>Minimum 1 port Ethernet 1 Gb/s BaseT do zdalnego zarządzania kontrolerami Minimum 2 lub 4 porty SAS 12Gb/s do podłączenia półek dyskowych</p> <p><b>Porty przeznaczone do podłączenia hostów nie mogą być wykorzystane do połączeń wewnątrz macierzy (np. pomiędzy kontrolerami)</b></p> |
|    |              | <p><b>Musi być możliwość rozbudowy online macierzy o minimum 8 portów (FC 16Gb lub 10Gb SFP+ jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów.</b></p>                                                                                                                                                                |

Odwolujący poinformował, iż macierz DellEMC NX3240 nie obsługuje protokołu FC (kart Fiber Chanel), tylko iSCSI (Network Interface Controller (NIC)), jest to dedykowany serwer na bazie DellEMC R740xd z zainstalowanymi oprogramowaniem Windows Server Storage 2016. Wynika to z informacji zawartych na stronie internetowej producenta.

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum (min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|     |            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 17. | Replikacja | <p><b>Macierz musi umożliwiać replikację synchroniczną lub asynchroniczną danych na inną identyczną do oferowanej macierz. Zasoby źródłowe kopii zdalnej oraz docelowe kopii zdalnej mogą być zabezpieczone różnymi poziomami RAID i egzystować na różnych technologicznie dyskach stałych (SAS, SSD, NL-SAS).</b></p> <p>Replikacja musi być realizowana <del>zarówno</del> przy użyciu interfejsów Fibre Channel (FC) jak i protokołu IP na łączach 10GbE.</p> <p>Licencja na tą funkcjonalność nie jest wymagana w ramach tego postępowania.</p> <p>Macierz musi wspierać program VMware Site Recovery Manager.</p> <p>Replikacja nie może być realizowana przez oprogramowanie lub urządzenie zewnętrzne.</p> |
|-----|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Odwolujący wskazał, że zaoferowana przez Agfa Sp. z o.o. macierz nie obsługuje żadnych replikacji.

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum (min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|    |                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5. | Obsługa dysków | <p>Macierz musi obsługiwać dyski: SAS 2,5” o prędkości 10k rpm; NLSAS 2,5” o prędkości 7.2k rpm lub NLSAS 3,5” o prędkości 7.2k rpm.; SSD SAS 2,5”</p> <p><b>Kontrolery macierzy dyskowej muszą obsługiwać minimum 250 dysków oraz pojemność surową minimum 2PB.</b></p> <p>Macierz musi obsługiwać poziomy RAID 0,1,10,5,6 lub RAID 1,5,6 w trybie dystrybuowanym.</p> <p>Macierz musi obsługiwać różne poziomy RAID równocześnie.</p> |
|----|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Natomiast w dokumentacji producenta dla sprzętu NX3240 opisane jest że wspiera tylko 18 dysków. Wynika to jednoznacznie z informacji zawartych na stronie internetowej producenta. Poniżej zrzut ze strony internetowej producenta.

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum (min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|    |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|----|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4. | Ilość portów | <p><b>Minimum 4 porty Fibre Channel 16Gb/s w pełni obsadzone modułami SFP+ 16 Gb/s</b></p> <p><b>Minimum 1 port Ethernet 1 Gb/s BaseT do zdalnego zarządzania kontrolerami</b></p> <p><b>Minimum 2 lub 4 porty SAS 12Gb/s do podłączenia półek dyskowych</b></p> <p><b>Porty przeznaczone do podłączenia hostów nie mogą być wykorzystane do połączeń wewnątrz macierzy (np. pomiędzy kontrolerami)</b></p> <p>Musi być możliwość rozbudowy online macierzy o minimum 8 portów (FC 16Gb lub 10Gb SFP+ jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów.</p> |
|----|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

W ocenie Odwołującego wg. dokumentacji producenta zaoferowana macierz NX3240 nie obsługuje kart FC. W dokumentacji są tylko karty Ethernet. Poniżej zrzut ze strony internetowej producenta.

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum ( min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|     |                  |                                                                                              |
|-----|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 20. | Wymaganie ogólne | Macierz musi mieć możliwość aktualizacji oprogramowania macierzy (firmware) w trybie Online. |
|-----|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|

W ocenie Odwołującego Alters zaoferowany przez wykonawcę Agfa NX3240 jest systemem serwerowym z zainstalowanym oprogramowaniem Windows Server Storage, co nie pozwala na aktualizację bez restartu urządzenia. Restart powoduje brak dostępu do zasobów wystawionych z NAS.

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum ( min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|     |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 10. | Funkcje niezawodnościowe | <p>Wszystkie krytyczne komponenty urządzenia takie jak: kontrolery dyskowe, pamięć cache, zasilacze i wentylatory muszą być zdublowane tak, aby awaria pojedynczego elementu nie wpływała na funkcjonowanie całego systemu.</p> <p>Komponenty te muszą być wymienne w trakcie pracy macierzy.</p> <p>Urządzenie musi cechować brak pojedynczego punktu awarii.</p> <p>Wsparcie dla zasilania z dwóch niezależnych źródeł prądu poprzez nadmiarowe zasilacze typu Hot-Swap. Wentylatory typu Hot-Swap. Wbudowane co najmniej dwa kontrolery RAID.</p> <p>Podtrzymanie pamięci cache kontrolerów macierzowych przez minimum 90h lub czas potrzebny do zapisu zawartości cache na nośnik nieulotny</p> |
|-----|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Odwołujący stwierdził, że zaoferowany NX3240 jest systemem serwerowym i wymiana kontrolerów dyskowych nie jest możliwa w trakcie pracy systemu (). Poniżej zrzut ze strony internetowej producenta.

W dokumentacji producenta jest opisane, że przed demontażem i montażem kontrolera dyskowego należy wykonać poniższe czynności:

Zamawiający wymagał zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 8 pkt VI: komponent „macierz dyskowa na archiwum min. 210TB) i backup (min. 240 TB)”

|    |                  |                                                                                               |
|----|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6. | Wymaganie ogólne | Macierz musi zapewnić możliwość wymiany uszkodzonych dysków podczas pracy systemu (Hot-Swap). |
|----|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|

Informujemy, że zaoferowany NX3240 nie umożliwia wymiany wszystkich dysków na gorąco. Nie ma takiej możliwości dla dysków umieszczonych w mid drive tray.

Poniżej zrzut ze strony internetowej producenta.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska co do pierwszego zarzutu Zamawiający wskazał, że określając przedmiot zamówienia i opisując go w Załączniku nr 8 wskazał wyraźnie, iż przedmiotem zamówienia jest „Dostawa licencji systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami”. Zatem odwołując się do definicji zawartych w art. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. U. UE. L. z 2017 r. Nr 117, str. 1 z późn. zm.) wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest system w rozumieniu tej ustawy tj. połączenie produktów, pakowanych razem lub osobno, które są przeznaczone do wzajemnego połączenia lub zestawienia w celu osiągnięcia konkretnego zastosowania medycznego. Na system składa się przede wszystkim oprogramowanie spełniające definicję wyrobu medycznego oraz moduły i produkty, których zastosowanie jest niezbędne, aby oprogramowanie mogło znaleźć określone zastosowanie medyczne. Zgodnie z definicjami zawartymi w art. 2 Rozporządzenia oprogramowanie uznawane jest za wyrób aktywny, tj. wyrób, którego funkcjonowanie zależy od źródła energii innego niż energia generowana przez ciało ludzkie do tego celu lub przez siłę grawitacji i który działa poprzez zmianę gęstości lub przetwarzanie tej energii. Ta cecha oprogramowania jest niezwykle istotna z punktu widzenia oceny zarzutów Odwołującego, ponieważ wskazuje na wyraźną konieczność powiązania oprogramowania z nośnikiem, na którym ma



być ono zainstalowane i za pomocą którego ma być wykorzystane. Intencją Zamawiającego było zamówienie kompletnego systemu w rozumieniu Rozporządzenia o wyrobach medycznych ujmowanego całościowo jako jedno świadczenie kompleksowe, na które składa się szereg elementów, które jednak samodzielnie nie mają dla Zamawiającego żadnego znaczenia. Co istotne system ten stanowi jedną z produktów zamawianych przez Zamawiającego w ramach realizacji globalnego zadania „Śląska Platforma Medyczna eCereMed – Telemedycyna i eksploracja danych medycznych – Telemedycyna i eksploracja danych medycznych z zdaniami pn. włączenie usług teleonkologii UCK do Śląskiej Platformy Medycznej eCereMed. Mając na uwadze cele i założenia tego projektu, Zamawiający nie zamawia zwykłego systemu do archiwizacji danych, ale kompleksowe wielozadaniowe narzędzie informatyczne w postaci systemu umożliwiającego integrację z wszystkimi urządzeniami obrazowymi Zamawiającego, zapewniającego możliwość przechowywania i selekcji danych obrazowych oraz ich wykorzystywania w diagnostyce pacjenta i celach medycznych. Aby narzędzie to pozwoliło na realizację celów projektu oraz założeń opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym mogło być sfinansowane ze środków programu musi być kompleksowym rozwiązaniem i kompletnym. Tym samym musi ono spełniać również wymogi przewidziane i zdefiniowane Rozporządzeniem o wyrobach medycznych w zakresie kompatybilności, tj. zdolności wyrobu, w tym oprogramowania, stosowanego łącznie z co najmniej jednym innym wyrobem i zgodnie z jego przewidzianym zastosowaniem, do działania bez utraty lub osłabienia zdolności do działania zgodnego z przeznaczeniem; lub integracji lub funkcjonowania bez potrzeby modyfikacji lub dostosowania jakiegokolwiek części połączonych wyrobów lub bycia stosowanym łącznie bez konfliktów/interferencji lub działań niepożądanych. Proces integracji z systemem wszystkich wyrobów medycznych do obrazowania posiadanych przez Zamawiającego oraz migracji do systemu danych z dotychczasowych systemów i urządzeń spełniał te wymogi w całości i jest niezbędnym warunkiem realizacji projektu. W tym zakresie system musi też spełniać wymóg „interoperacyjność” oznaczający zdolność co najmniej dwóch wyrobów, w tym oprogramowania, pochodzących od tego samego producenta lub od różnych producentów, do wymiany informacji i stosowania informacji, które były przedmiotem wymiany, do prawidłowego wykonania konkretnej funkcji bez zmiany zawartości tych danych; komunikowania się między sobą; współpracy zgodnie z przeznaczeniem. Oba te wymogi powodują, że nie ma możliwości z punktu widzenia założeń projektu oraz wymagań i oczekiwań Zamawiającego rozdzielenia poszczególnych elementów tego systemu. O powyższej kwalifikacji systemu świadczy konsekwentne stanowisko Zamawiającego od ustalenia wartości zamówienia po odpowiedzi na pytania wykonawców w toku postępowania. We wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 10.11.2022 r. nr EIN/381/PL/A/12/2022 Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 5.037.037,04 zł netto i 5.440.000,00 zł brutto, co oznacza, że już na tym etapie traktował przedmiot zamówienia jako świadczenie kompleksowe objęte 8 % stawką podatku VAT właściwą dla wyrobu medycznego. Konsekwentnie w odpowiedziach na pytania Wykonawców z dnia 8.12.2022 r. negatywnie odniósł się w pytaniu 98 do wniosku Wykonawców o wydzielenie w formularzu asortymentowym kosztów szkoleń, dostawy i usług. W pytaniu 107 wskazał również na brak możliwości odbiorów częściowych jasno wskazując, iż częściowa realizacja przedmiotu zamówienia nie ma dla niego znaczenia z punktu widzenia celu udzielenia zamówienia, gdyż brak kompletnego wdrożenia systemu uniemożliwi mu realizację założeń warunkujących pozyskanie finansowania dla tego zadania. Zarówno wzór umowy, jak i protokoły odbioru również jednoznacznie precyzowały, że odbiorowi podlega wyłącznie cały i kompletny system. W toku postępowania żaden z Wykonawców nie zadał Zamawiającemu pytania odnośnie kwestii wyceny czy przewidywanych stawek podatku VAT, ani też możliwości zmiany formularza ponad wskazane pytanie 98. Zresztą podział formularza na pozycje miał znaczenie czysto techniczne umożliwiające weryfikację zaoferowanych modułów i elementów składających się na system. Weryfikację ich zgodności z wymogami SWZ. Mając na uwadze orzecznictwo TSUE, ale także orzecznictwo KIO oraz WSA i NSA Zamawiający dokonując oceny ofert nie miał podstaw do kwestionowania stanowiska wybranego Wykonawcy w zakresie zakwalifikowania systemu jako świadczenia kompleksowego ze stawką VAT 8 % właściwą dla wyrobu medycznego w postaci oprogramowania, które jest najważniejszym elementem systemu, ale które nie spełni oczekiwanej roli i założeń Zamawiającego bez pozostałych elementów składających się na ten system.

Zamawiający stwierdził, że ma świadomość, iż zarówno TSUE, jak i polskie organy podatkowe podkreślają, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych, by nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT, jednak nie dotyczy to przypadków jak w niniejszym postępowaniu. W sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd, Trybunał uznał, że w przypadku, gdy dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. Z kolei w wyroku z 11 maja 2017 r. sygn. I FSK 1389/15 Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) stwierdził, iż: „Jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika na rzecz klienta są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą

obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny". Z orzecznictwa TSUE wynika, że w przypadku jednej, złożonej transakcji, dane świadczenie musi być uznane za pomocnicze względem świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi dla klientów celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego (zob. wyrok z 22 października 1998 r. w sprawach połączonych C-308/96 i C-94/97 Madgett Baldwin oraz ww. wyrok w sprawie CPP). Innymi słowy czynności o charakterze pomocniczym, których samoistne wykonanie nie przyniosłoby klientowi praktycznej korzyści, na gruncie podatku VAT nie powinny być traktowane jako oddzielne usługi, w oderwaniu od świadczenia zasadniczego.

W ocenie Zamawiającego przedmiot zamówienia składający się na kompletny system stanowiący przedmiot zamówienia powoduje, że powiązany był świadczeń ma znaczenie obiektywne, mamy więc do czynienia z sytuacją, iż nie może to w ogóle dojść do wyodrębnienia świadczenia ubocznego (pomocniczego) a Zamawiający w żadnych okolicznościach nie jest zainteresowany do nabycia świadczenia ubocznego bez świadczenia głównego i odwrotnie, co wyraźnie podkreślił w toku postępowania i nadal podtrzymuje. Pojęcie świadczeń złożonych nie jest zdefiniowane ani w VATU, ani przepisach wykonawczych czy Dyrektywie 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz.UE.L z 2006 r. Nr 347, poz. 1 ze zm.). Jednak koncepcja ta jest powszechnie uznawana przez organy podatkowe, sądy administracyjne, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) zakłada, że dla celów VAT należy wiązkę świadczeń postrzegać jako jedno świadczenie, gdy jeden z elementów takiego świadczenia ma charakter dominujący (główny), zaś pozostałe świadczenia mają charakter pomocniczy i są ze świadczeniem głównym na tyle związane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny i z tego względu łącznie stanowią jedno kompleksowe świadczenie.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie Trybunału, jak i polskich sądów administracyjnych. W wyroku TSUE z 2 maja 1996 r., C-231/94 w sprawie FaaborgGelting Linien A/S, Trybunał wskazał, że w przypadku, gdy kilka świadczeń dokonywanych przez podatnika na rzecz klienta jest ze sobą tak ściśle związanych, że tworzą obiektywnie jedno świadczenie z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia, to nie należy dla celów podatkowych sztucznie dzielić takiego świadczenia. Z kolei w wyroku TSUE z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 w sprawie Aktiebolaget Trybunał uznał, iż w przypadku świadczeń złożonych w pierwszej kolejności należy poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej transakcji celem określenia, czy podatnik zapewnia klientowi kilka odrębnych świadczeń, czy jedno świadczenie. Jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika na rzecz klienta są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W wyroku w sprawie C-276/09 Everything Everywhere Ltd. Trybunał zwrócił uwagę na to, że świadczenie usług, z których klienci nie mogliby korzystać niezależnie od korzystania z usługi telefonii komórkowej, nie stanowi z ich punktu widzenia żadnej samodzielnej wartości w stosunku do tej usługi (problem powstał na tle świadczenia usługi telefonii komórkowej wraz z usługą udostępniania klientom tej telefonii infrastruktury pozwalającej na płacenie faktur z tego tytułu np. kartą kredytową, czekiem). Z rozstrzygnięcia tego wynika, jak bliski i ewidentny pozostaje związek ekonomiczny obu świadczeń, które Trybunał uznał za jedno świadczenie złożone. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP), ECLI:EU:C:1999:93, Trybunał stwierdził, że: "Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej".

W orzeczeniu WSA w Gliwicach z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt. I SA/GI 686/21, sąd podkreślił, że w odniesieniu do niniejszej sprawy należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż użycie słowa "zwłaszcza" oznacza, że z pojedynczym świadczeniem złożonym możemy mieć również do czynienia w sytuacji, gdy żadnej z części składowych usługi nie można uznać za usługę główną, np. w sytuacji, gdy wszystkie czynności będące elementami składowymi (lub przynajmniej część z nich) są równie istotne dla wykonania całego świadczenia złożonego (usługi kompleksowej), a jednocześnie brak pomiędzy tymi elementami związku, wskazującego na istnienie relacji usługa główna - usługa pomocnicza. W nawiązaniu do zagadnienia dotyczącego tego, czy możliwe jest uznanie, że wykonywanie danych czynności na podstawie jednej umowy stanowi jedno świadczenie - usługę kompleksową, wskazać również należy, że w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen, ECLI:EU:C:2005:649, pkt 20 i 22 wyroku, TSUE wskazał, że po pierwsze z art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy wynika, iż każda transakcja powinna być uznawana za odrębną i niezależną, a po drugie, że czynność złożona z jednego świadczenia w sensie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie zakłócać funkcjonowania podatku VAT. W ocenie TSUE, aby określić, czy mamy do czynienia z jednym świadczeniem, należy przede wszystkim poszukać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej czynności celem ustalenia, czy podatnik dostarcza konsumentowi kilka odrębnych świadczeń głównych,

czy też jedno świadczenie. 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 nierozdzielalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Zatem z orzecznictwa TSUE wynika, że każda czynność powinna być rozpatrywana jako odrębna i niezależna, ale równocześnie Trybunał podkreśla, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone i tym samym powinno być jednolicie opodatkowane (wyrok z 25 lutego 1999 r., C-349/96 Card Protection Plan Ltd.). W Polsce, już pod rządami poprzedniej ustawy o podatku od towarów i usług (ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym – Dz.U. poz. 50, ze zm.) w podobnym tonie wypowiadał się wielokrotnie Sąd Najwyższy, który sformułował tezę, że podział jednorodnej, kompleksowej usługi na odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT (przykładowo w wyroku z 21 maja 2002 r., III RN 66/01, publ. LEX nr 55863). Takie zapatrywanie obecne jest również w orzecznictwie sądów administracyjnych.

Jak wynika także z orzeczeń TSUE w połączonych sprawach C-308/96 i C-349/96 dla potrzeb oceny określonego działania jako świadczenia jednolitego i kompleksowego najistotniejsze jest jego zbadanie z perspektywy nabywcy. Jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny i faktyczny cel dokonywania transakcji. Istotne wydaje się także orzeczenie TSUE sprawie Faaborg-Gelting Linien, gdzie Trybunał orzekł, że w przypadku czynności stanowiącej zespół świadczeń należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w których czynność ta jest dokonywana. Jeżeli poszczególne elementy zespołu świadczeń również nie są w stosunku do siebie świadczeniami głównymi i pomocniczymi, należy mimo to zbadać, czy punkt ciężkości świadczeń stanowią dostawy, czy świadczenie usług. W sprawie Levob gdzie przedmiotem była dostawa oprogramowania, dostosowanego pod potrzeby klienta, a więc nie standardowego, analogicznie jak w przypadku niniejszego postępowania, Zamawiający nie miał zatem głównie na względzie nabycia standardowego oprogramowania, lecz oprogramowania specjalnie przystosowanego do swoich potrzeb. Podobnie również jak tam w tym przypadku przystosowanie i instalacja, a także migracja danych były procesami wymagającymi bardzo dużych nakładów i stanowiącymi znaczące pozycje w koszcie zamówienia. Świadczenie w postaci dostawy systemu stanowiącego przedmiot zamówienia wymaga od Wykonawcy świadczenia całościowego „kompletnej obsługi”, wykraczającej dalece poza dostarczenie programu bazowego.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż różnorodne świadczenia serwisowe stanowią jedno świadczenie kompleksowe. Na gruncie zagadnienia świadczenia usługi utrzymania określonego standardu autostrady, NSA w wyroku z 17 kwietnia 2019 r., I FSK 494/17 stwierdził, że świadczenie złożone stanowi całościowy kompleks czynności usługowych, przy czym różnorodnych, lecz składających się w sumie na wymagany efekt jakościowy. Zdaniem NSA specyfika tej usługi wskazuje, iż z punktu widzenia jej funkcjonalności i użyteczności dla klienta końcowego (zamawiającego) nie należy jej dzielić, gdyż nie jest to uzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia. Brak bowiem wykonania chociażby jednego z elementów (czynności) składających się na tę usługę, czyni ją niekompletną, skoro przez jej brak wykonawca nie osiągnie wymaganego standardu usługi. Tym samym zaakceptować należy stanowisko, że świadczenia składające się na sporną usługę wykazują - mimo różnorodności - ścisłe powiązanie ze sobą w sensie gospodarczym i w konsekwencji tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. NSA wskazał, że celem gospodarczym tej usługi jest jej całościowe, a nie częściowe, wykonanie, co oznacza, że wprawdzie poszczególne czynności wykonywane w jej ramach mogą mieć charakter samoistny, lecz same w sobie, bez wykonania w całości pozostałych elementów tej usługi, nie zaspokajają celu ekonomicznego zamawiającego (zamawiający nie jest zainteresowany pojedynczymi czynnościami tej usługi, lecz jej całościową realizacją, w celu stałego utrzymania określonego standardu autostrady). Innymi słowy: wykonywanie poszczególnych czynności nie stanowi celu samego w sobie, lecz jest środkiem służącym do wykonania usługi jako całości i osiągnięcia jej celu (por. też wyrok NSA z 28 października 2016 r., sygn. akt I FSK 344/15).

W tym znaczeniu w niniejszej sprawie wszystkie elementy składające się na system zgodnie z jego opisem przez Zamawiającego i przedmiot zamówienia, które Wykonawca realizuje w ramach postępowania, służą generalnemu celowi – sprawnemu funkcjonowaniu wyrobu medycznego, począwszy od jego instalacji, poprzez umożliwienie realizacji jego funkcjonalności i celu dla wprowadzenia rozwiązania informatycznego do praktycznego zastosowania. Potwierdzeniem powyższego jest szczegółowy opis wymogów odnośnie systemu i jego modułów zawarta w załączniku nr 8 do SWZ.

Zamawiający w toku oceny ofert zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie zastosowanej stawki VAT i otrzymał obszerne uzasadnienie przyjętego stanowiska. Wobec zgodności tych danych ze swoimi założeniami z momentu przygotowania postępowania nie miał podstawy do zakwestionowania tego stanowiska. W konsekwencji wbrew zarzutom Odwołującego, Zamawiając nie miał podstaw do uznania, że oferta wybranego Wykonawcy zawiera błąd w

obliczeniu ceny i do jej odrzucenia. Zdaniem Zamawiającego w postępowaniu występuje na tyle silne powiązanie poszczególnych świadczeń tak ze względów gospodarczych, funkcjonalnych jak i technicznych, że uprawnione jest przyjęcie, że występuje świadczenie kompleksowe. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w związku z przyjęciem zasadności i prawidłowości zastosowania przez wybranego Wykonawcę stawki 8 % nie miał podstaw do odrzucenia ofert Odwołującego oraz firmy PIXEL Technology, gdyż zgodnie z obowiązującym orzecznictwem objęcie przedmiotu świadczenia stawką preferencyjną, dopuszczalną na gruncie podatkowym, jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Podatnik może bowiem zawsze zastosować do dostawy czy usługi stawkę podstawową w wysokości 23 % i nie korzystać z możliwości objęcia zamówienia stawką preferencyjną.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty z wymogami SWZ Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzucił ofercie wybranego Wykonawcy szereg nieprawidłowości opierając się na dostępnych materiałach ze stron internetowych. W ocenie Zamawiającego zarzuty te są chybione. Zamawiający nie żądał w przedmiotowym postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, a jedyne parametry dotyczące urządzeń znajdowały się w formularzu asortymentowo – cenowym. W oparciu o zawarte tam dane Zamawiający dokonał oceny i weryfikacji wymogów SWZ, a w zakresie w jakim miał wątpliwości zwrócił się o wyjaśnienia do Wykonawców. Mając na uwadze obowiązujące przepisy i środki działania, Zamawiający nie mógł na etapie oceny ofert żądać od Wykonawców dodatkowych środków przedmiotowych nie przewidzianych w SWZ. Musiał zatem dokonać krytycznej oceny złożonych wyjaśnień, które szczegółowo przedstawi na posiedzeniu Izby i uznać oświadczenia Wykonawców o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ za prawdziwe. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący niezgodności wybranej oferty z SWZ. Należy bowiem zauważyć, iż materiały dostępne na stronach internetowych często są nieaktualne lub niekompletne, a często też przewidują pewne rozwiązania standardowe, które mogą podlegać modyfikacjom na specjalne zamówienie albo zawierają opcje nieopisane na stronach. Ponadto sami Wykonawcy mogą w różny sposób osiągnąć cele założone przez Zamawiającego. W części zarzutów natomiast Odwołujący stawia tezy niepokrywające się z wymogami SWZ, jak np. w zakresie macierzy dyskowej – Zamawiający podał wymóg, aby dostarczona macierz dawała możliwość rozbudowy online macierzy o dodatkowe porty jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów, ale nie zabronił wymiany kontrolerów celem osiągnięcia wymaganej funkcjonalności; również w zakresie wymogu replikacji synchronicznej dla macierzy głównej wybrany Wykonawca zapewnia ją poprzez moduł dodatkowy, co wynika z złożonego wyjaśnienia. Jeżeli Zamawiający nie żądał przedmiotowych środków dowodowych, a Wykonawca w odpowiedzi na zadane pytania w toku wyjaśnień odnośnie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia zapewnił, że spełnia wymogi SWZ, Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty w oparciu o niepotwierdzone informacje. W wyniku tego zobowiązany jest do zawarcia umowy i zweryfikowania przedmiotu zamówienia na etapie odbioru, jeżeli wówczas będzie on niezgodny z SWZ ma możliwość odmowy jego przyjęcia i wyciągnięcia konsekwencji w postaci nałożenia kar umownych.

Wypełniając wymogi ustawowe swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy:

- „Agfa” sp. z o.o. - po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 268/23, KIO 270/23.
- Pixel Technology sp. z o.o. - po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 270/23
- Alteris S.A. - po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 268/23

Izba postanowiła o oddaleniu opozycji Zamawiającego i Odwołującego Pixel Technology sp. z o.o. wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 268/23 wykonawcy Alteris S.A. po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 268/23.

W ocenie Izby Zamawiający i Odwołujący Pixel nie uprawdopodobnili braku interesu zgłaszającego przystąpienie Alteris S.A. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Sam fakt częściowej zbieżności zarzutów odwołań nie jest wykraczającą okolicznością przemawiającą za brakiem takiego interesu.

Przystępujący Agfa złożył pisma procesowe w których wniósł o oddalenie odwołań i przedstawił swoje stanowisko co do zarzutów postawionych w odwołaniach.

W sprawie KIO 268/23 w odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Przystępujący Agfa wskazał:

„3.Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku odrzucenia oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. ze względu na rzekomą sprzeczność z warunkami zamówienia

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Uczestnika — Agfa sp. z o.o. z uwagi na rzekomą sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia.

Zarzut ten jest bezzasadny, z poniżej opisanych względów.

### 3.1. Odnośnie rzekomego braku spełniania warunków zamówienia przez serwer PowerEdge R7515

Odwołujący zarzuca, że serwer PowerEdge R7515 zaoferowany w pozycji 2a załącznika nr 7 przez Uczestnika — Agfa sp. z o.o. rzekomo nie spełnia wymogu „Serwer musi obsługiwać pamięć w technologii nieulotnej montowaną w złączach DIMM” z załącznika nr 8 do SWZ.

Odnosnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) Zamawiający nie sprecyzował, jaka konkretnie pamięć DIMM powinna być obsługiwana przez serwer;
- 2) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załączniki 5-7, załącznik 16 do odwołania) nie wynika, że serwer PowerEdge R7515 nie obsługuje pamięci w technologii nieulotnej NVDDVIM;
- 3) z wyciągu ze specyfikacji technicznej serwera PowerEdge R7515 wraz z tłumaczeniem (załącznik 1) wynika, że nie wskazano w tej specyfikacji, iż pamięć w technologii nieulotnej NVDIMM nie jest przez ten serwer obsługiwana;
- 4) tymczasem w przypadku innego serwera Dell (R750xa i R750), wyraźnie wskazano, że pamięć w technologii nieulotnej NVDIMM nie jest obsługiwana, co potwierdza wyciąg ze specyfikacji technicznej R750xa i R750 z tłumaczeniem (załącznik 2);
- 5) co więcej, z wyciągu ze specyfikacji technicznej serwera PowerEdge R7515 wraz z tłumaczeniem (załącznik 1) wynika np. wprost, że serwer ten obsługuje np. pamięć RDIMM;
- 6) tymczasem istnieją na rynku rodzaje pamięci rejestrowanej (RDIMM) w wersji nieulotnej (NV) - nonvolatile registered DIMM (NVRDIMM) czyli pamięć rejestrowana w technologii nieulotnej montowana w złączach DIMM, co potwierdza wyciąg ze specyfikacji z tłumaczeniem pamięci NVRDIMM firmy Micron - model MTA18ASF2G72PF IZ (załącznik 3);
- 7) jednocześnie Single Rank x4 cechujący DDR4 SDRAM VNRDIMM jest kompatybilny z serwerem R7515 co potwierdza załącznik z wykazem pamięci RAM działających z serwerem R7515 wraz z tłumaczeniem (załącznik 4).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika — Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

### 3.2. Odnośnie rzekomego braku spełniania warunków zamówienia przez macierz Dell NX3240

Odwołujący zarzuca, że macierz Dell NX3240 rzekomo nie spełnia wymogu, aby macierz wspierała program VMware Site Recovery Manager.

Odnosnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załączniki 8-9, załącznik 16 do odwołania) wynika, że macierz Dell NX3240 nie spełnia wymogu wspierania program VMware Site Recovery Manager;
- 2) w rzeczywistości, macierz ta wspiera program VMware Site Recovery Manager wersja 8.1, który jest kompatybilny z oprogramowaniem VMware vSphere Standard, zaoferowane przez Uczestnika - Agfa Sp. z o.o. w poz. 5 załącznika nr 7; potwierdza to informacja ze strony producenta oprogramowania wraz z tłumaczeniem oraz informacja o wsparciu macierzy firmy Dell (załącznik 5).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika — Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

### 3.3. Odnośnie rzekomego braku spełniania warunków zamówienia w zakresie zdublowania krytycznych komponentów

Odwołujący zarzuca, że ze względu na to, iż kontrolery RAID w rozwiązaniu zaoferowanym przez Agfa sp. z o.o. nie mogą być wymieniane w trakcie pracy, rozwiązanie to rzekomo nie spełnia wymogu w zakresie zdublowania krytycznych komponentów.

Odnosnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załączniki 10-11, załącznik 16 do odwołania) powyższe nie wynika;
- 2) zamawiający wymaga dostarczenia dwóch macierzy; przy awarii kontrolera dyskowego druga macierz przejmuje zadania pierwszej i daje możliwość wymiany uszkodzonego elementu bez wpływu na funkcjonowanie całego systemu;

3) dokumentacja macierzy Dell NX3240 wskazuje na spełnienie wyraźnie postawionych wymagań poprzez wbudowane dwa kontrolery RAD (PERC H730P oraz PERC H840) do każdej z oferowanych macierzy tj. w sumie 4 sztuk kontrolerów RAD dla całego urządzenia, co potwierdza wyciąg z dokumentacji technicznej z tłumaczeniem (załącznik 6).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

3.4. Odnośnie rzekomego braku spełniania warunków zamówienia w zakresie oprogramowania do wirtualizacji posiadającego mechanizm równomiernego obciążenia zasobów obliczeniowych z automatyczną migracją maszyn wirtualnych pomiędzy hostami w ramach klastra

Odwołujący zarzuca, że Agfa sp. z o.o. rzekomo nie zaoferowała oprogramowania do wirtualizacji posiadającego mechanizm równomiernego obciążenia zasobów obliczeniowych z automatyczną migracją maszyn wirtualnych pomiędzy hostami w ramach klastra.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załączniki 12-13 do odwołania) powyższe nie wynika;
- 2) dla potwierdzenia zaoferowania ww. rozwiązania (punktowanego) wystarczające było zaznaczenie w załączniku 16 do SWZ odpowiedzi TAK, co zostało spełnione.

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

3.5. Odnośnie rzekomego braku spełniania warunków zamówienia w zakresie replikacji synchronicznej

Odwołujący zarzuca, że rozwiązanie zaoferowane przez Agfa sp. z o.o. rzekomo nie spełnia wymogu umożliwiania zarówno replikacji synchronicznej jak i asynchronicznej (rzekomo umożliwia tylko replikację asynchroniczną).

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załączniki 14-17 do odwołania) powyższe nie wynika;
- 2) replikacja synchroniczna jest zapewniana przez moduł Dell Metro Node, który nie jest urządzeniem zewnętrznym, a jedynie elementem składowym macierzy; replikacja jest realizowana na łączach IOGbE; powyższe potwierdzają wyciągi z dokumentacji technicznej z tłumaczeniem (załącznik 7);
- 3) trzeba przy tym zaznaczyć, że zgodnie z punktem 17 str. 30 załącznika nr 8 do SWZ licencja na tę funkcjonalność (replikacji) nie jest wymagana, jednak Agfa Sp. z o.o. dostarczy niewymaganą licencję na replikację."

W sprawie KIO 270/23 w odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Przystępujący Agfa wskazał:

„2. Odnośnie zarzutu dotyczącego braku odrzucenia oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. ze względu na rzekomą sprzeczność z warunkami zamówienia

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z uwagi na rzekomą sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia.

Zarzut ten jest bezzasadny, z poniżej opisanych względów.

3.1. Odnośnie punktu 2 podpunkt 1 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że zaoferowana przez Agfa sp. z o.o. macierz ME5024 rzekomo nie spełnia wymogów co do funkcjonalności portów.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załącznik nr 1 do odwołania) powyższe nie wynika;
- 2) Agfa Sp. z o.o. dostarczy macierze z ilością portów zgodną z wymaganiami oraz funkcjonalnością zgodną z wymaganiami tj. wymogiem przewidującym, że porty przeznaczone do podłączenia hostów nie mogą być wykorzystane do połączeń wewnątrz macierzy (np. pomiędzy kontrolerami) oraz musi być możliwość rozbudowy online macierzy o dodatkowe porty jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów (jest to konfigurowalne pod dane zamówienie).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

### 3.2. Odnośnie punktu 2 podpunkt 2 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że rozwiązanie zaoferowane przez Agfa sp. z o.o. rzekomo nie spełnia wymogu umożliwiania zarówno replikacji synchronicznej jak i asynchronicznej (rzekomo umożliwia tylko replikację asynchroniczną).

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) z materiałów przedstawionych przez Odwołującego (załącznik nr 2 do odwołania) powyższe nie wynika;
- 2) replikacja synchroniczna jest zapewniana przez moduł Dell Metro Node, który nie jest urządzeniem zewnętrznym, a jedynie elementem składowym macierzy; replikacja jest realizowana na łączach IOGbE; powyższe potwierdzają wyciągi z dokumentacji technicznej z tłumaczeniem (załącznik 1);
- 3) trzeba przy tym zaznaczyć, że zgodnie z punktem 17 str. 30 załącznika nr 8 do SWZ licencja na tę funkcjonalność (replikacji) nie jest wymagana, jednak Agfa Sp. z o.o. dostarczy niewymaganą licencję na replikację.

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

### 3.3. Odnośnie punktu 2 podpunkt 3 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że zaoferowana przez Agfa sp. z o.o. macierz dyskowa główna NX3240 rzekomo nie spełnia wymogów co do funkcjonalności i możliwości rozbudowy o dodatkowe porty.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) Odwołujący powyższego nie wykazał;
- 2) Agfa Sp. z o.o. dostarczy macierze z ilością portów zgodną z wymaganiami oraz funkcjonalnością zgodną z wymaganiami tj. wymogiem przewidującym, że porty przeznaczone do podłączenia hostów nie mogą być wykorzystane do połączeń wewnątrz macierzy (np. pomiędzy kontrolerami) oraz musi być możliwość rozbudowy online macierzy o dodatkowe porty jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów (jest to konfigurowalne pod dane zamówienie);
- 3) model karty FC zapewniający spełnienie powyższych wymogów, która zostanie dostarczona oraz potwierdzenie producenta, że jest zgodna z zaoferowaną macierzą przedstawia załączony wydruk (załącznik 2).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

### 3.4. Odnośnie punktu 2 podpunkt 4 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że zaoferowana przez Agfa sp. z o.o. macierz rzekomo nie obsługuje żadnych replikacji.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) Odwołujący powyższego nie wykazał;
- 2) oferowana macierz wspiera replikację zgodnie ze specyfikacją dostępną na stronie producenta;
- 3) potwierdzają to wyciągi ze specyfikacji technicznych z tłumaczeniami (załącznik 3).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

### 3.5. Odnośnie punktu 2 podpunkt 5 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że zaoferowany przez Agfa sp. z o.o. produkt NX3240 rzekomo wspiera tylko 18 dysków, podczas gdy minimalna wymagana ilość to 250.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

- 1) Odwołujący powyższego nie wykazał;
- 2) w rzeczywistości kontrolery (kontroler PERC H840 oraz kontroler PERC H730P) macierzy dyskowej obsługują łącznie 447 dysków dla oferowanej macierzy na archiwum oraz dla oferowanej macierzy na backup; kontrolery obsługują

ponad wymagane 2PB (maksymalnie 447 x 20TB = 8,94 PB);

3)potwierdzają to wyciągi ze specyfikacji technicznych z tłumaczeniami (załącznik 4).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika — Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

3.6. Odnośnie punktu 2 podpunkt 6 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że zaoferowany przez Agfa sp. z o.o. produkt NX3240 rzekomo nie obsługuje kart FC.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

1)Odwołujący powyższego nie wykazał;

2)w rzeczywistości Agfa dostarczy macierze z ilością portów zgodną z wymaganiami oraz funkcjonalnością zgodną z wymaganiami tj. Minimum 4 porty Fibre Channel 16Gb/s w pełni obsadzone modułami SFP+ 16 Gb/s, porty przeznaczone do podłączenia hostów nie mogą być wykorzystane do połączeń wewnątrz macierzy (np. pomiędzy kontrolerami) (jest to konfigurowalne pod dane zamówienie);

3)potwierdzają to wyciągi ze specyfikacji technicznych z tłumaczeniami (załącznik 5).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika — Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

3.7. Odnośnie punktu 2 podpunkt 7 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że zaoferowany przez Agfa sp. z o.o. produkt NX3240 rzekomo nie spełnia wymogu aktualizacji oprogramowania macierzy (firmware) w trybie online, wskazując, że zaoferowany NX3240 jest systemem serwerowym, co nie pozwala na aktualizację bez restartu urządzenia.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

1) Odwołujący powyższego nie wykazał;

2) w rzeczywistości urządzenie (2x Dell NX3240 - macierz na archiwum i backup) umożliwia aktualizację oprogramowania (firmware) w trybie online; Zamawiający wymaga dostarczenia dwóch identycznych macierzy tworzących spójną całość; przy aktualizacji oprogramowania druga macierz przejmuje zadania pierwszej i daje możliwość aktualizacji bez wpływu na funkcjonowanie całego systemu; co za tym idzie zgodnie z wymaganiami urządzenie (czyli dwie macierze tworzące archiwum/backup) cechuje możliwość aktualizacji oprogramowania macierzy (firmware) w trybie online.

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

3.8. Odnośnie punktu 2 podpunkt 8 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że w zaoferowanym przez Agfa sp. z o.o. produkcie NX3240 wymiana kontrolerów dyskowych nie jest możliwa w trakcie pracy systemu.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:

1)Odwołujący powyższego nie wykazał;

2)wymaga dostarczenia dwóch macierzy; przy awarii kontrolera dyskowego druga macierz przejmuje zadania pierwszej i daje możliwość wymiany uszkodzonego elementu bez wpływu na funkcjonowanie całego systemu;

3)powyższe potwierdzają wyciągi z dokumentacji technicznej systemu z tłumaczeniami (załącznik 6).

Odwołujący nie wykazał więc rzeczywistej niezgodności oferty Uczestnika - Agfa sp. z o.o. z warunkami zamówienia w ww. zakresie.

3.9.Odnośnie punktu 2 podpunkt 9 uzasadnienia odwołania

Odwołujący zarzuca, że w zaoferowanym przez Agfa sp. z o.o. produkcie NX3240 wymiana dysków nie jest możliwa w trakcie pracy systemu - nie ma takiej możliwości dla dysków umieszczonych w mid drive tray.

Odnośnie powyższego, trzeba wskazać, że:



- 1) mid drive tray w NX3240 nie będzie wykorzystywany przez dyski twarde co wystarczy aby spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego;
- 2) wykonawca Agfa Sp. z o.o. dostarczy poza wymaganymi macierzami na archiwum i backup również półki do macierzy aby wszystkie dostarczone dyski w przyszłości dokładane przez Zamawiającego mogły być wymieniane na gorąco;
- 3) powyższe potwierdza zdjęcie przodu macierzy z miejscem, które będzie wykorzystane przez dyski twarde hot-swap oraz wyciąg dokumentacji technicznej potwierdzającej możliwość wymieniania dysków podczas prac z tłumaczeniem (załącznik 7)."

Do ww. pism zostały dołączone dowody wraz z tłumaczeniem na język polski, w tym Specyfikacja techniczna serwera PowerEdge R7515, Specyfikacja serwera Dell R750xa i R750, wyciąg ze specyfikacji pamięci NVRDIMM producenta Micron, wykaz pamięci RAM działających z serwerem R7515, informacja ze strony producenta oprogramowania VMware Site Recovery Manager 8.1, wyciąg z dokumentacji technicznej macierzy Dell NX3240, wyciągi z dokumentacji technicznej Dell Metro node, wydruk dotyczący karty FC, wyciągi ze specyfikacji technicznych zaoferowanej macierzy, wyciągi ze specyfikacji technicznych produktu NX3240, wyciągi z dokumentacji technicznej zaoferowanego systemu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do złożonych w sprawie pism oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołujących Pixel i Alteris.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesiono w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący Pixel i Alteris legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 8 do SWZ: *Dostawa obejmuje następujące elementy:*

*1. Licencje systemu do zarządzania badaniami diagnostycznymi wraz z integracją z systemem HIS oraz migracją danych z posiadanego systemu RIS/PACS (1 komplet):*

A. Moduł do zarządzania badaniami w Zakładzie Radiologii wraz z integracjami      Otwarta

B. Moduł archiwum obrazowe      Otwarta

C. Moduł przeglądarki referencyjnej      Otwarta

2. Szkolenia z obsługi dostarczonego systemu      42 os.

3. Sprzęt serwerowy wraz z oprogramowaniem systemowym na potrzeby systemu do zarządzania badaniami 1 komplet w skład, którego wchodzi:

A. Serwer      3 szt.

B. Macierz dyskowa główna      1 szt.

C. Macierz dyskowa (1 szt. na potrzeby na archiwum, 1 szt. na potrzeby backupu)      2 szt.

4. Licencje oprogramowania bazodanowego na potrzeby nowego systemu do zarządzania badaniami      1 kpl.

5. Licencje oprogramowania wirtualizacyjnego na potrzeby nowego systemu do zarządzania badaniami      1 kpl.

6. Sprzęt do dyktowania opisów badań diagnostycznych      7 szt.

7. Licencje oprogramowania do transkrypcji opisów głosowych na tekst z integracją z dostarczonym systemem do zarządzania badaniami i wdrożeniem      1 komplet na (21 stan.)

8. Szkolenia z obsługi oprogramowania do transkrypcji opisów głosowych      20 os.

W ramach realizacji zamówienia, Zamawiający wymaga od Wykonawcy:

- 1.dostarczenia przedmiotu zamówienia do obu lokalizacji Zamawiającego na własny koszt
- 2.konfiguracji oraz pełnej integracji dostarczonego oprogramowania z systemem HIS Zamawiającego oraz systemami dodatkowymi wykorzystywanymi przez Zamawiającego w Zakładzie Radiologii oraz uruchomienia całego systemu;
- 3.przeprowadzenia pełnej migracji danych opisowych oraz obrazowych z posiadanego obecnie systemu RIS/PACS ALTERIS II produkcji Alteris S.A.
- 4.instalacji i konfiguracji dostarczonego sprzętu i oprogramowania

#### **I. WYMAGANIA OGÓLNE**

- 1.Dostarczone rozwiązanie musi być fabrycznie nowe. Nie dopuszcza się egzemplarzy powystawowych, rekondycjonowanych (refurbished), po demonstracyjnych, itp.

(...)

- 4.Dostarczony system musi zostać zintegrowany z następującymi systemami:

a)system HIS Zamawiającego -AMMS Asseco Poland

b)system EDM Zamawiającego -EDM Asseco Poland

c)system teleradiologiczny Prowega

d)system Syngo.Via Siemens produkcji Siemens (Zamawiający posiada 3 instalacje tego systemu )

e)System Osirix MD - Kryterium oceny ofert (parametr punktowany zgodnie z wykazem do oceny parametrów technicznych)

(...)

- 9.Moduł do zarządzania badaniami musi być zarejestrowany/zgłoszony w Polsce jako wyrób medyczny w klasie co najmniej IIa lub musi posiadać w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie co najmniej IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC.

- 10.System dystrybucji obrazów musi być zarejestrowany/zgłoszony w Polsce jako wyrób medyczny w klasie co najmniej IIa lub posiadający w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie co najmniej IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC.

- 11.Moduł przeglądarki referencyjnej zarejestrowany/zgłoszony w Polsce jako wyrób medyczny w klasie co najmniej IIa lub posiadające w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie co najmniej IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC.

- 12.System musi zapewniać komunikację (wymianę danych) z innymi systemami klasy VNA, z zachowaniem istniejących standardów komunikacji (min. HL7, DICOM),

- 13.System musi posiadać środowisko testowe będące odwzorowaniem środowiska produkcyjnego, z zachowaniem tych samych parametrów ilości przechowywanych badań oraz liczby jednoczesnych dostępów użytkowników

(...)

- 15.Dostarczony system musi zostać zintegrowany w posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem

- 16.Do dostarczonego systemu Wykonawca podłączy aparaturę medyczną wymienioną poniżej oraz skonfiguruje system tak aby dane z aparatów zapisywały się w systemie oraz skonfiguruje worklisty aparatów

- 17.Wykonawca przeprowadzi migrację danych obrazowych i opisowych z posiadanego obecnie systemu RIS/PACS ALTERIS II produkcji Alteris S.A.

(...)

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwolania w sprawach KIO 268/23 i KIO 270/23 podlegają oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nich postawione, w granicach których Izba orzeka.

#### **Sygn. akt KIO 268/23**

Ad zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego Pixel

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Zachowuje aktualność zasada, że specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia oraz opis spełnienia postawionych przez Zamawiającego wymogów nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

W analizowanej sprawie rozstrzygnięcia w tym zakresie wymaga, czy Zamawiający zasadnie uznał, iż oferta Odwołującego Pixel podlega odrzuceniu jako niespełniająca warunków zamówienia z powodów podanych w informacji o tej czynności.

W związku z tym zauważenia wymaga, że pismem z 20 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Pixel Technology Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: *Zamawiający zgodnie z punktem VI - Specyfikacja techniczna - 3. Procesor Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej w treści: OPZ) wymagał zaoferowania minimum jednego procesora osiągającego w testach CPU2017 Floating Point Speed wynik minimum 170 punktów dla konfiguracji oferowanego serwera (Zamawiający dopuścił model procesora uzyskujący oczekiwane wyniki testu w konfiguracji dwuprocesorowej). Wyniki dla oferowanego modelu serwera musiały być dostępne na stronie <https://www.spec.org/cgi-bin/osgresults> na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wg załączonego wydruku stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ.). Wykonawca w formularzu asortymentowo-cenowym zaoferował:*

*model serwera RX2540 M6 producent serwera Fujitsu producent procesora Intel model procesora Xeon Silver 4310 liczba procesorów 1.*

*Model serwera w zaoferowanej przez Wykonawcę konfiguracji nie znajduje się w wynikach dostępnych na stronie <https://www.spec.org/cgi-bin/osgresults> na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wg załączonego wydruku stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ.) w związku z powyższym treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.*

W sprawie nie ma sporu co do tego, że wskazany przez Odwołującego Pixel w stanowiącym część oferty Formularzu asortymentowo – cenowym (załącznik nr 7 do SWZ): model serwera RX2540 M6 producenta Fujitsu, producent procesora Intel, model procesora Xeon Silver 4310, liczba procesorów 1, w takiej konfiguracji nie występuje w załączniku nr 10 do SWZ, tj. nie spełnia wymogu, aby znajdował się w wynikach testów tam wymienionych.

W związku z tym należy uznać, że Zamawiający zasadnie uznał, że oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków zamówienia.

W ocenie Izby wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez Odwołującego Pixel nie wystąpiły podstawy do poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki poprzez wskazanie modelu procesora wymienionego w załączniku nr 10 do SWZ, opracowanym przez Zamawiającego.

W szczególności stwierdzenia wymaga, że po pierwsze, załącznik nr 10 do SWZ nie służył do zastępowania złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli innym oświadczeniem, lecz do weryfikacji czy model serwera w zaoferowanej przez wykonawcę konfiguracji spełnia wymóg dotyczący wyników testów dostępnych na stronie <https://www.spec.org/cgi-bin/osgresults> na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zatem rolą wykonawcy było zaoferowanie takiego serwera, który w zestawie z zaoferowanym procesorem spełnia wymogi SWZ co do testów, tj. w sposób pozwalający na pozytywną weryfikację jego oferty w tym zakresie. Po drugie, nie zostało wykazane, aby wystąpiła omyłka, a nie świadome działanie wykonawcy. Nie zostało np. wykazane, aby zaoferowany procesor producenta Intel we wskazanym w ofercie modelu Xeon Silver o numerze 4310 nie występował aktualnie w obrocie, a w jego miejsce występował procesor o tych samych parametrach Xeon Platinum 8380. Przeciwnie, ze stanowisk stron przedstawionych na rozprawie wynika, że oba procesory występują w obrocie

niezależnie od siebie. Skoro zatem wykonawca dokonał wyboru jednego z procesorów występujących na rynku i zaoferował go Zamawiającemu, to w sytuacji, gdy zostało dostrzeżone przez Zamawiającego, że nie spełnia on w konfiguracji z zaoferowanym serwerem wymogów SWZ co do testów, nie może skutecznie zarzucać Zamawiającemu zaniechania zastąpienia tego procesora innym. Tym bardziej, że nie wykazał, że z treści oferty wynika jeden możliwy sposób zmiany oferty w tym zakresie. Nadto nie zostało wykazane, aby było oczywiste, że zmiana miałaby dotyczyć procesora a nie serwera. Załącznik nr 10 wskazuje wyniki w testach CPU2017 Floating Point Speed dla wielu różnych serwerów, w konfiguracjach z różnymi procesorami. Jak zauważył w złożonym piśmie Przystępujący Agfa, czemu Odwołujący Pixel nie zaprzeczył, procesor Intel Xeon Platinum 8380 w załączniku nr 10 do SWZ występuje w konfiguracji także z innymi serwerami, np. Cisco UCS B200 M6, czy R620 G40 - Odwołujący mógłby więc równie dobrze twierdzić, że pomylił się co do modelu serwera, a nie co do modelu procesora. Po trzecie, ze stanowiska Odwołującego Pixel wynika, że poprawa jego oferty miałaby znajdować oparcie nie z treści jego oferty, lecz w jednym z dokumentów zamówienia opracowanym przez Zamawiającego tj. załączniku nr 10.

Zwraca przy tym uwagę, że stanowisko Odwołującego Pixel jest niespójne. W odwołaniu, Odwołujący Pixel podał, że w formularzu asortymentowo - cenowym zaoferował serwer Fujitsu Primergy RX2540 IT, a tymczasem jak wyżej wskazano zaoferowany serwer to: Fujitsu RX2540 M6. Nadto w odwołaniu, Odwołujący stwierdził, że zaoferowany przez niego serwer „posiada standardowo procesor Intel Xeon Platinum 8380”, a jednocześnie powołał się na stanowisko Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z dnia 3 stycznia 2023 r., z którego wynika, że procesor ten jest dostarczany w ramach konfiguracji na potrzeby tego zamówienia. W piśmie tym zostało wskazane: *Działając w imieniu Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-255) przy ul. Krakowiaków 36, niniejszym informujemy, iż zaoferowaliśmy serwer Fujitsu Primergy RX2540 M6, który znajduje się na liście wydruku stanowiącego załącznik nr 10. Serwer ten spełnia wymogi Zamawiającego, a podany w ofercie procesor jest procesorem, który znajduje się w konfiguracji bazowej np. o p/n: VFY:R2546SC110IN. Oferowany model serwera, to serwer dostosowany do potrzeb Zamawiającego, będzie on dostarczony z aktywnym procesorem znajdującym się w teście zawartym w załączniku 10 tj. Intel Xeon Platinum 8380. Procesor wskazany w ofercie będzie wchodził w skład zestawu jako procesor bazowy, jednak nie będzie on aktywny i będzie stanowił element nadmiarowy.*

Oznacza to zatem, że procesor Intel Xeon Platinum 8380 miałby być dostarczony w efekcie dostosowania zestawu do potrzeb Zamawiającego, a nie jak twierdzi Odwołujący w odwołaniu. Zwraca również w tym zakresie uwagę treść złożonego na rozprawie przez Odwołującego Pixel oświadczenia dostawcy INGRAM, gdzie zostało wskazane: *„Działając w imieniu Ingram Micro sp. z o.o. oficjalnego dystrybutora marki Fujitsu w Polsce informujemy, iż do niniejszego postępowania został zaoferowany serwer zgodnie z treścią oświadczenia (z dnia 3 stycznia 2023r pochodzącego od firmy Fujitsu), t.j. serwer Fujitsu RX 2540 M6 w konfiguracji z procesorem bazowym Intel Xeon Silver 4310. Zaoferowany model serwera został dostosowany do wymogów postępowania, z aktywnym procesorem znajdującym się w teście wydajności zawarty w załączniku 10 do SWZ, tj. Intel Xeon Platinum 8380.*

Nadto w świetle ww. pism Odwołującemu został przez producenta zaoferowany serwer z dwoma procesorami - jednym aktywnym a drugim nieaktywnym. Tymczasem w ofercie Odwołujący wyraźnie wskazał, że oferuje jeden procesor. Wskazuje to, że jest różnica pomiędzy tym co oferuje producent Odwołującemu Pixel a tym co zaoferował Odwołujący Pixel Zamawiającemu.

Zamawiający zasadnie zatem uznał, że nie wystąpiła podstawa do poprawy oferty Odwołującego Pixel zgodnie z jego oczekiwaniami przedstawionymi w odwołaniu. Z treści oferty nie wynika, że intencją Odwołującego nie było zaoferowanie procesora Intel Xeon Silver 4310, który został przez niego wskazany w ofercie i który, jak stwierdził Odwołujący w wyjaśnieniach z 5 stycznia 2023 r., występuje standardowo w modelu serwera Fujitsu RX2540 M6, lecz procesora Intel Xeon Platinum 8380, który jak wynika z oświadczenia producenta, miałby być dostarczony w ramach dostosowania do potrzeb Zamawiającego, tj. dla spełnienia w zestawie z serwerem wymogu co do testów, określonych w załączniku nr 10 do SWZ. Nie istnieje jeden możliwy sposób poprawy, który miałby wynikać z oferty. Wnioskowana przez Odwołującego zmiana procesora z zaoferowanego Intel Xeon Silver 4310 na podany przez niego w wyjaśnieniach oferty procesor Intel Xeon Platinum 8380 nie prowadziłaby do poprawy omyłki, lecz wprowadzałaby istotną zmianę treści oferty, polegającą na zastąpieniu zaoferowanego procesora innym procesorem, o którym mowa dopiero w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, po to, aby doprowadzić do spełnienia przez Odwołującego Pixel wymogów SWZ co do wymaganego wyniku testu.

### **Sygn. akt KIO 268/23 i KIO 270/23**

Z uwagi na zbieżność w istotnym zakresie pozostałych zarzutów odwołania w sprawie KIO 268/23 z zarzutami odwołania w sprawie KIO 270/23 zostają one omówione wspólnie.

Ad zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na brak odrzucenia oferty Agfa sp. z o.o. z uwagi na podnoszony przez Odwołujących Pixel i Alteris błąd w obliczeniu ceny

Art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*

Odwołujący Pixel i Alteris zarzucają Zamawiającemu naruszenie ww. przepisu twierdząc, że wykonawca Agfa niezasadnie zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8 % do wszystkich elementów zamówienia wymienionych w Formularzu asortymentowo – cenowym (załącznik nr 7 do SWZ).

W tym zakresie zauważenia wymaga, że różnica stanowisk stron wiąże się z tym, iż Zamawiający oraz wykonawca Agfa uznają, że przedmiot zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe i w związku z tym do wszystkich pozycji wymienionych w Formularzu asortymentowo-cenowym stosuje się jednolitą stawkę VAT właściwą dla świadczenia głównego tj. stawkę preferencyjną 8%, zaś Odwołujący rozdzielają te pozycje na te opodatkowane podstawową stawką VAT tj. 23% (poz. 2-8) oraz tę opodatkowaną stawką w wysokości 8 % (poz. 1), przy czym Odwołujący Alteris w swojej argumentacji idzie dalej w kierunku wyodrębniania, bowiem także z poz. 1 wyodrębnia część świadczenia i twierdzi, że ujął ją w pozycji opodatkowanej stawką VAT wynoszącą 23%.

W sprawie nie jest sporne, że świadczeniem głównym jest wymienione w poz. 1 formularza asortymentowo - cenowego oprogramowanie, jak też to, że stanowi ono wyrób medyczny. Nie jest też sporne, że jako wyrób medyczny podlega ono opodatkowaniu stawką podatku VAT w wysokości 8 %.

W związku z tym rozstrzygnięcia wymaga, czy w sprawie zostało wykazane, aby przedmiot zamówienia stanowił świadczenie kompleksowe i w związku z tym uprawnione jest opodatkowane go jednolitą stawką VAT, właściwą dla świadczenia głównego, czy nie jest takim świadczeniem i w związku z tym poszczególne jego elementy winny zostać odrębnie kwalifikowane dla potrzeb VAT.

Na wstępie zauważenia wymaga, że sposób rozumienia zagadnienia świadczenia kompleksowego opiera się na orzecznictwie krajowym oraz unijnym. Każdy przypadek w tym zakresie jest rozpatrywany indywidualnie. Chodzi o ustalenie, czy w danym przypadku świadczenie złożone z dających się wyodrębnić elementów winno zostać opodatkowane jednolicie według stawki właściwej dla świadczenia głównego, czy też bez popadania w sztuczność, poszczególne jego elementy składowe powinny zostać odrębnie potraktowane dla potrzeb VAT.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 8 do SWZ: *Dostawa obejmuje następujące elementy:*

*1.Licencje systemu do zarządzania badaniami diagnostycznymi wraz z integracją z systemem HIS oraz migracją danych z posiadanego systemu RIS/PACS (1 komplet):*

*A.Moduł do zarządzania badaniami w Zakładzie Radiologii wraz z integracjami      Otwarta*

*B.Moduł archiwum obrazowe      Otwarta*

*C.Moduł przeglądarki referencyjnej      Otwarta*

*2.Szkolenia z obsługi dostarczonego systemu      42 os.*

*3.Sprzęt serwerowy wraz z oprogramowaniem systemowym na potrzeby systemu do zarządzania badaniami 1 komplet w skład, którego wchodzi:*

*A.Serwer      3 szt.*

*B.Macierz dyskowa główna      1 szt.*

*C.Macierz dyskowa (1 szt. na potrzeby na archiwum, 1 szt. na potrzeby backupu)      2 szt.*

*4.Licencje oprogramowania bazodanowego na potrzeby nowego systemu do zarządzania badaniami      1 kpl.*

*5.Licencje oprogramowania wirtualizacyjnego na potrzeby nowego systemu do zarządzania badaniami      1 kpl.*

*6.Sprzęt do dyktowania opisów badań diagnostycznych      7 szt.*

*7.Licencje oprogramowania do transkrypcji opisów głosowych na tekst z integracją z dostarczonym systemem do zarządzania badaniami i wdrożeniem      1 komplet na (21 stan.)*

*8.Szkolenia z obsługi oprogramowania do transkrypcji opisów głosowych      20 os.*

*W ramach realizacji zamówienia, Zamawiający wymaga od Wykonawcy:*

- 1.dostarczenia przedmiotu zamówienia do obu lokalizacji Zamawiającego na własny koszt
- 2.konfiguracji oraz pełnej integracji dostarczonego oprogramowania z systemem HIS Zamawiającego oraz systemami dodatkowymi wykorzystywanymi przez Zamawiającego w Zakładzie Radiologii oraz uruchomienia całego systemu;
- 3.przeprowadzenia pełnej migracji danych opisowych oraz obrazowych z posiadanego obecnie systemu RIS/PACS ALTERIS II produkcji Alteris S.A.
- 4.instalacji i konfiguracji dostarczonego sprzętu i oprogramowania

#### I. WYMAGANIA OGÓLNE

- 1.Dostarczone rozwiązanie musi być fabrycznie nowe. Nie dopuszcza się egzemplarzy powystawowych, rekondycjonowanych (refurbished), po demonstracyjnych, itp.

(...)

- 4.Dostarczony system musi zostać zintegrowany z następującymi systemami:

a)system HIS Zamawiającego -AMMS Asseco Poland

b)system EDM Zamawiającego -EDM Asseco Poland

c)system teleradiologiczny Prowega

d)system Syngo.Via Siemens produkcji Siemens (Zamawiający posiada 3 instalacje tego systemu)

e)System Osirix MD - Kryterium oceny ofert (parametr punktowany zgodnie z wykazem do oceny parametrów technicznych)

(...)

- 9.Moduł do zarządzania badaniami musi być zarejestrowany/zgłoszony w Polsce jako wyrób medyczny w klasie co najmniej IIa lub musi posiadać w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie co najmniej IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC.

- 10.System dystrybucji obrazów musi być zarejestrowany/zgłoszony w Polsce jako wyrób medyczny w klasie co najmniej IIa lub posiadający w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie co najmniej IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC.

- 11.Moduł przeglądarki referencyjnej zarejestrowany/zgłoszony w Polsce jako wyrób medyczny w klasie co najmniej IIa lub posiadające w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie co najmniej IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC.

- 12.System musi zapewniać komunikację (wymianę danych) z innymi systemami klasy VNA, z zachowaniem istniejących standardów komunikacji (min. HL7, DICOM),

- 13.System musi posiadać środowisko testowe będące odwzorowaniem środowiska produkcyjnego, z zachowaniem tych samych parametrów ilości przechowywanych badań oraz liczby jednoczesnych dostępów użytkowników

(...)

- 15.Dostarczony system musi zostać zintegrowany w posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem

- 16.Do dostarczonego systemu Wykonawca podłączy aparaturę medyczną wymienioną poniżej oraz skonfiguruje system tak aby dane z aparatów zapisywały się w systemie oraz skonfiguruje worklisty aparatów

- 17.Wykonawca przeprowadzi migrację danych obrazowych i opisowych z posiadanego obecnie systemu RIS/PACS ALTERIS II produkcji Alteris S.A.

(...)

Jak wynika z powyżej przedstawionej odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający mając na uwadze wskazane tam orzecznictwo TSUE i krajowe, od początku uznawał, że zamawiany przez niego przedmiot stanowi świadczenie kompleksowe. Już we wniosku o wszczęcie postępowania określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 5.037.037,04 zł netto i 5.440.000,00 zł brutto. Wskazuje to, że traktował przedmiot zamówienia jako świadczenie kompleksowe objęte jednolitą stawką podatku VAT 8% właściwą dla wyrobu medycznego, stanowiącego główny przedmiot zamówienia. Zamawiający był konsekwentny w takim rozumieniu przedmiotu zamówienia, czemu dał wyraz w dokumentach zamówienia, m.in., nie dopuszczając odbiorów częściowych oraz w odpowiedzi na pytania wykonawców. W odpowiedzi na pytanie nr 98 z dnia 8 grudnia 2022 r. Zamawiający nie dał przyzwolenia na wydzielenie w formularzu

asortymentowym kosztów szkoleń, dostawy i usług. Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że interesuje go nabycie kompletnego systemu, że powiązanie objętych zamówieniem świadczeń jest na tyle silne, że nie można mówić o ich wyodrębnieniu, ponieważ nie jest zainteresowany nabyciem tych świadczeń bez świadczenia głównego i odwrotnie.

Jak wskazał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczyli, głównym świadczeniem jest oprogramowanie, które jest aktywnym wyrobem medycznym wymagającym powiązania z nośnikiem, a wszystkie wymagane elementy, w tym serwery, macierze są niezbędne, aby to oprogramowanie funkcjonowało zgodnie z oczekiwaniami. W opisie przedmiotu zamówienia jest wskazanie na zarejestrowany wyrób medyczny. Stanowiący przedmiot zamówienia system jest elementem przedsięwzięcia dotyczącego Śląskiej Platformy Medycznej e CereMed – Telemedycyna. Cele i założenia tego projektu wskazują, że Zamawiający nie zamawia zwykłego systemu do archiwizacji danych, ale kompleksowe wielozadaniowe narzędzie informatyczne w postaci systemu umożliwiającego integrację z wszystkimi urządzeniami obrazowymi Zamawiającego, zapewniającego możliwość przechowywania i selekcji danych obrazowych oraz ich wykorzystywania w diagnostyce pacjenta i celach medycznych. Aby narzędzie to pozwoliło na realizację celów projektu oraz założeń opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym mogło być sfinansowane ze środków programu, musi być kompleksowym rozwiązaniem i kompletnym. Tym samym musi ono spełniać również wymogi przewidziane i zdefiniowane w rozporządzeniu o wyrobach medycznych w zakresie kompatybilności, tj. zdolności wyrobu, w tym oprogramowania, stosowanego łącznie z co najmniej jednym innym wyrobem i zgodnie z jego przewidzianym zastosowaniem, do działania bez utraty lub osłabienia zdolności do działania zgodnego z przeznaczeniem lub integracji lub funkcjonowania bez potrzeby modyfikacji lub dostosowania jakiegokolwiek części połączonych wyrobów lub bycia stosowanym łącznie bez konfliktów/interferencji lub działań niepożądanych. Niezbędnym warunkiem realizacji projektu jest, aby proces integracji z systemem wszystkich wyrobów medycznych do obrazowania, posiadanych przez Zamawiającego oraz migracji do systemu danych z dotychczasowych systemów i urządzeń spełniał te wymogi w całości. W tym zakresie system musi też spełniać wymóg „interoperacyjność”, oznaczającej zdolność co najmniej dwóch wyrobów, w tym oprogramowania, pochodzących od tego samego producenta lub od różnych producentów, do wymiany informacji i stosowania informacji, które były przedmiotem wymiany, do prawidłowego wykonania konkretnej funkcji bez zmiany zawartości tych danych, komunikowania się między sobą, współpracy zgodnie z przeznaczeniem.

Jak zauważył w tym zakresie Przystępujący Agfa w swoim piśmie z 14 lutego 2023 r. w orzecznictwie wprost odnoszącym się do złożonych świadczeń dotyczących wyrobów medycznych przyjmuje się, że koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) zakłada, iż dla celów VAT należy wiązkę świadczeń postrzegać jako jedno świadczenie, gdy jeden z elementów takiego świadczenia ma charakter dominujący (główny), zaś pozostałe świadczenia mają charakter pomocniczy i są ze świadczeniem głównym na tyle związane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny i z tego względu łącznie stanowią jedno kompleksowe świadczenie (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 24 czerwca 2021 r. I SA/GI 686/21). Przystępujący Agfa podniósł, że powyższe podejście:

- ma ugruntowane oparcie w orzecznictwie unijnym (wyrok TSUE z 2 maja 1996 r., C-231/94, wyrok TSUE z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05, wyrok w sprawie C-276/09, wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04, orzeczenie TSUE w połączonych sprawach C-308/96 i C: 349/96 w którym podkreśla się, że dla potrzeb oceny określonego działania jako świadczenia jednolitego i kompleksowego najistotniejsze jest jego zbadanie z perspektywy nabywcy; jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny i faktyczny cel dokonywania transakcji;
- wypracowane w orzecznictwie unijnym, jest stosowane także w praktyce sądów administracyjnych, w tym Naczelnego Sądu Administracyjnego (tak np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 kwietnia 2019 r. I FSK 494/17, podobnie np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2016 r. I FSK 344/15, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 lutego 2019 r. III SA/Wa 1077/18, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2013 r. III SA/Wa 3196/12);
- oparte na koncepcji świadczenia kompleksowego w przypadku złożonych świadczeń dotyczących wyrobów medycznych przyjmowane jest także w aktualnej praktyce wydawania tzw. wiążących informacji stawkowych (patrz np. Pismo z dnia 24 czerwca 2022 r. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej OI 15-KDST2-2.440.162.2021.12.RS pismo z dnia 30 sierpnia 2021 r. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDST2-2.440.83.2021.2.KK).

Dodatkowo, odnosząc się do stanowiska Odwołującego Pixel wyrażonego w piśmie z dnia 13 lutego 2023 r. Przystępujący Agfa zaznaczył, że:

„1)Odwołujący powołuje się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 grudnia 2017 r. C-329/16, który nie odnosi się w ogóle do problematyki świadczenia kompleksowego na potrzeby ustalenia stawki VAT, lecz do definicji wyrobu

medycznego na potrzeby certyfikacji;

- 2)twierdzenie Odwołującego, „że jeżeli zamawiający uważa, że stawka podatku (8%) określona w ofercie Agfa sp. z o. o. jest prawidłowa, to powinien on odrzucić oferty pozostałych wykonawców” nie może w żaden sposób podważać zasadności braku odrzucenia oferty Agfa sp. z o.o.; brak odrzucenia ofert pozostałych wykonawców z uwagi na błędną stawkę VAT nie ma nie może mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż ostatecznie i tak to oferta Agfa sp. z o.o. musiałby zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- 3)Odwołujący. próbuje dyskredytować przytoczone przez Zamawiającego (oraz przez Agfa sp. z o.o. w wyjaśnieniach) orzecznictwo dotyczące tzw. świadczenia kompleksowego, wskazując jedynie, że powoływane judykaty dotyczyły odmiennych stanów faktycznych; Odwołujący pomija jednak ogólną zasadę płynącą z ww. wyroków, która niezależnie od indywidualnego stanu faktycznego polega na tym, że dla celów VAT należy wiązkę świadczeń postrzegać jako jedno świadczenie, gdy jeden z elementów takiego świadczenia ma charakter dominujący (główny), zaś pozostałe świadczenia mają charakter pomocniczy i są ze świadczeniem głównym na tyle związane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny; ewidentnie, z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. czego Odwołujący w żaden sposób nie podważył;
- 4)tymczasem, w ślad za orzecznictwem w sprawach podatkowych, także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż jeśli mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, uzasadnia to zastosowanie jednolitej stawki VAT dla całego świadczenia (patrz np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. KIO 3761/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2021 r. KIO 1918/21, por. także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2021 r. KIO 2963/21, KIO 2998/21)."

Zauważenia wymaga, że Odwołujący Pixel i Alteris zgodzili się, iż objęte przedmiotem zamówienia oprogramowanie stanowi wyrób medyczny i jest opodatkowane VAT według stawki 8%. Nie negowali przy tym, iż oprogramowanie to jest świadczeniem głównym, z którym powiązane są elementy pomocnicze w postaci np. macierzy. Odwołujący nie wykazali, że Zamawiający mógłby zakupić odrębnie poszczególne elementy zamówienia od różnych podmiotów i osiągnąć zamierzony cel, jak też, że nie było potrzeby ich dostosowywania do potrzeb Zamawiającego. Przeciwnie, w sprawie zostało wykazane, że przedmiot świadczenia wymaga skonfigurowania na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawili przekonujących argumentów wskazujących, iż odrębne traktowanie dla opodatkowania VAT poszczególnych elementów zamówienia nie będzie miało charakteru sztucznego. Nie wykazali, że nie ma powiązania pomiędzy poszczególnymi elementami zamawianego systemu, że mogą one zostać nabyte przez Zamawiającego rozłącznie, w tym od różnych osób trzecich i będą w stanie spełnić jego wymogi, że traktowane rozłącznie mają wartość dla Zamawiającego. Odwołujący nie wykazali, że elementy z poz. 2-8 formularza asortymentowo-cenowego mają charakter równorzędny, a rezygnacja z niektórych z nich pozostaje bez wpływu na prawidłowe wykonanie pozostałych, że ich rozdzielenie nie zmieni ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy. W odwołaniach skupili się na analizie poszczególnych elementów zamówienia w oderwaniu od samego systemu, który jest przedmiotem zamówienia, także w oderwaniu od świadczenia głównego. Również argumentacja Odwołujących na rozprawie nie stanowi podstawy do uznania, iż Zamawiający niezasadnie uznał, że przedmiot zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe. Za przekonujący argument nie może być bowiem uznane to, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom w SWZ stawki VAT, jak też to, że nie odrzucił ofert zawierających stawkę VAT w wysokości 8% dla pierwszej pozycji Formularza asortymentowo-cenowego oraz 23% dla pozostałych pozycji od 2-8 tego formularza, uznając, że stawka preferencyjna jest uprawnieniem wykonawcy, z którego może skorzystać, ale nie musi. Za obalające twierdzenie Zamawiającego co do kompleksowości świadczenia nie może być także uznana podnoszona na rozprawie kwestia różnych okresów gwarancji przewidzianych przez wykonawcę Agfa. Gwarancja znajduje bowiem zastosowanie już po wykonaniu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący Agfa wykazali natomiast, iż przedmiot zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe. W sytuacji, gdy poszczególne wymienione w nim elementy muszą być ściśle zintegrowane ze świadczeniem głównym, stanowiąc system, który nie ma charakteru standardowego towaru dostępnego w obrocie i tylko jako całość leży w sferze zainteresowania Zamawiającego, należy uznać, że rozdzielanie elementów tego systemu dla potrzeb opodatkowania VAT ma charakter sztuczny. Jakkolwiek uregulowanie przez Zamawiającego, że odbiór dotyczy całego przedmiotu zamówienia, że nie jest zainteresowany odbiorem częściowym, nie może być uznane za definitywne przesądzenie o braku odrębności świadczeń, to jednak niewątpliwie wskazuje, że dla Zamawiającego zamawiane oprogramowanie ma znaczenie tylko wraz np. z nośnikami, a zatem wskazuje, że jeden element składowy zamówienia nie może być wykonany bez pozostałych.

Nie chodzi zatem o nabycie przez Zamawiającego odrębnych, samodzielnych i niezależnych świadczeń, lecz o



nabycie oprogramowania, które stanowi świadczenie główne oraz elementów pomocniczych, które są przewidziane w celu wykonania świadczenia głównego, są niezbędne dla skorzystania ze świadczenia głównego i w konsekwencji dzielą los prawny tego świadczenia podstawowego. W związku z tym należy uznać, że dla zachowania istoty i celu przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia, bez popadania w sztuczność, nie jest możliwe wydzielenie poszczególnych elementów składowych tego zamówienia w celu odrębnego opodatkowania VAT, a przynajmniej nie zostało wykazane przez Odwołujących, że taka możliwość istnieje.

Rodzi to skutki w zakresie VAT. Skoro nie ma sporu, że dla wyrobu medycznego stanowiącego świadczenie główne właściwą jest stawka VAT w wysokości 8 %, to w konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Agfa, który dla całego świadczenia zastosował jednolitą stawkę VAT w tej wysokości, uznając, iż stanowi ono świadczenie kompleksowe.

W okolicznościach danej sprawy należy uznać, że Przystępujący Agfa był do tego uprawniony. W sytuacji bowiem, jak w analizowanej sprawie, gdy przedmiot zamówienia obejmuje kilka świadczeń na rzecz tego samego podmiotu, które są ze sobą powiązane tak, że z ekonomicznego punktu widzenia tworzą jedną całość, którą jedynie sztucznie można byłoby podzielić na poszczególne elementy dla celów VAT, to występuje tzw. świadczenie kompleksowe. (por. m.in. wyrok TSUE w sprawie z 27 października 2005 r., C-41/04 (Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris van Financiën)). Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, że jakkolwiek istotne jest, aby każda czynność była zwykle uznawana za odrębną i niezależną, to jednak jednocześnie trzeba mieć na względzie, że czynność złożona z jednego świadczenia w sensie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie zakłócać funkcjonowania systemu podatku VAT.

W związku z tym zarzut nie potwierdził się.

Ad zarzuty dotyczącego braku odrzucenia oferty wykonawcy Agfa jako niespełniającej warunków zamówienia

Jak wyżej wskazano odnośnie do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego Pixel, warunki zamówienia należy rozumieć w sposób zgodny z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie, gdy jest możliwe wykazanie w sposób niebudzący wątpliwości, że w aspektach merytorycznych treść świadczenia wykonawcy wynikającego z oferty nie odpowiada wymogom postawionym w dokumentach zamówienia.

W tym zakresie zwraca uwagę, że nie ma sporu co do tego, że w odniesieniu do tych elementów czy funkcjonalności, które zostały zaskarżone przez Odwołujących, Zamawiający nie wymagał w SWZ przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że wbrew stanowisku Odwołującego Alteris, po otwarciu ofert Zamawiający nie może domagać się takich dokumentów. SWZ nie może być zmieniana po terminie składania ofert, zarówno Zamawiający jak i Wykonawcy są związani jej postanowieniami. Skoro wykonawcy w terminie ustawowym nie zakwestionowali postanowień SWZ, z których wynika przewidziany przez Zamawiającego sposób oceny ofert, to nie mogą skutecznie się domagać, aby po otwarciu ofert uległ on zmianie. Z tych względów Odwołujący nie mogą skutecznie czynić Zamawiającemu zarzutu, że nie wystąpił on do wykonawcy Agfa o przekazanie przedmiotowych środków dowodowych.

Należy podzielić stanowisko Zamawiającego, że w sytuacji, gdy nie żądał przedmiotowych środków dowodowych, to winien dokonać oceny oferty wykonawcy Agfa w oparciu o podane na ten użytek parametry w Formularzu asortymentowo – cenowym oraz w oparciu o oświadczenie wykonawcy. W sytuacji zatem, gdy Zamawiający powziął określone wątpliwości lub otrzymał sygnał od konkurencyjnych wykonawców, a wątpliwości te zostały rozwiązane przez wykonawcę w wyjaśnieniach udzielonych po otrzymaniu wezwania Zamawiającego, to nie miał podstaw do stwierdzenia na etapie badania i oceny ofert niezgodności oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali w sposób niebudzący wątpliwości, że złożone przez wykonawcę Agfa wyjaśnienia nie odpowiadają rzeczywistości, że zaoferowany przez tego wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom SWZ.

Zarzuty odwołań zostały postawione i podtrzymywane z powołaniem się na wskazywane przez Odwołujących materiały dostępne w Internecie, również korespondencja mailowa, załączona do odwołania w sprawie KIO 268/23, nawiązuje do takich dokumentów, a te, jak zauważył Zamawiający, często są nieaktualne lub niekompletne, jak też przewidują rozwiązania standardowe, które mogą podlegać dostosowaniu do potrzeb konkretnego zamówienia. Istnieje bowiem możliwość, że producent dostarczy sprzęt na indywidualne zamówienia Zamawiającego, który będzie odbiegał od standardowego, co czyni informacje pozyskane z katalogów czy stron internetowych bezużytecznymi. Nie zostało wykazane przez Odwołujących, aby w okolicznościach analizowanej sprawy takie dostosowanie w poszczególnych przypadkach nie może mieć miejsca.

Zauważenia wymaga, że Przystępujący Agfa również z powołaniem się na załączone wydruki, w tym specyfikacje techniczne, w swoim ww. piśmie wykazuje, że zarzuty odwołań są chybione. Nadto np. co do macierzy potwierdza, że jest to przedmiot konfigurowalny i został przez niego zaoferowany taki, który spełnia wymogi SWZ, bowiem zostanie dostosowany do potrzeb Zamawiającego.

Nadto, jak zauważył Zamawiający, w części, np. w zakresie macierzy dyskowej zarzuty zostały postawione wbrew treści SWZ, gdzie został określony wymóg, aby dostarczona macierz dawała możliwość rozbudowy online macierzy o dodatkowe porty jedynie poprzez instalację dodatkowych kart rozszerzeń bez konieczności instalacji dodatkowych kontrolerów, ale nie została zabroniona wymiana kontrolerów celem osiągnięcia wymaganej funkcjonalności.

W związku z tym również zarzuty odwołań w tym zakresie należy uznać za niewykazane.

Art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Odwołujący nie podnieśli i nie wykazali, że najkorzystniejsza oferta została wybrana w oparciu o inne kryteria niż określone w SWZ. Zarzut naruszenia w całości zawarty w odwołaniu w sprawie KIO 268/23 i co do ust. 1 tego przepisu zawarty w odwołaniu w sprawie KIO 270/23 został postawiony w odwołaniach, jako konsekwencja zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Agfa. Zarzuty te nie potwierdziły się. W związku z tym również ten zarzut należy uznać za niepotwierdzony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołań w sprawach KIO 268/23 i KIO 270/23.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą Odwołujący Pixel i Alteris.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:**.....