

WYROK
z dnia 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 listopada 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17 listopada 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B,

B. Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. Iwaszkiewicza 5** protestów z dnia:

A. Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B z dnia 11 września 2009 r.

B. Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4 z dnia 11 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert w części 7 i 7a zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciążyć Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. Iwaszkiewicza 5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B,**
 - B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. Iwaszkiewicza 5** na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się;
 - C** kwoty **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, 59-220 Legnica, ul. Iwaszkiewicza 5** na rzecz **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 538 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B,**

B kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę:

- respiratorów wysokiej klasy do terapii niewydolności oddechowej u dorosłych i dzieci,
- kardiomonitora stacjonarnego,
- ultrasonografu urologicznego,
- respiratora transportowego,
- lasera urologicznego holowego do kruszenia kamieni,
- paneli gazowo-elektrycznych,
- systemu monitorującego dla Pododdziału Intensywnego Nadzoru Kardiologicznego i systemu monitorującego dla Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii,
- torów wizyjnych laparoskopowych,
- narzędzi monopolarnych rozbiegających,
- narzędzi wielorazowego użytku do ssania i płukania do zabiegów laparoskopowych,
- trokarów wielorazowego użytku do zabiegów laparoskopowych,
- narzędzi endoskopowych wielorazowego użytku do zabiegów laparoskopowych,
- narzędzi bipolarnych wielorazowego użytku do zabiegów laparoskopowych,
- optyk do zabiegów laparoskopowych,
- toru wizyjnego atroskopowego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2009 r. pod pozycją 2009/S 104-150298.

W dniu 2 września 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o odrzuceniu oferty Philips Polska Sp. z o.o. i Diagnos Sp. z o.o. w części 7 i 7a zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Jako powód odrzucenia oferty wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o. zwanego dalej Odwołującym Philips Zamawiający podał okoliczność zastosowania przez wykonawcę stawki 22% VAT dla PC wobec jednoczesnego braku wskazania jaka stawka została zastosowana

przy obliczeniu ceny za drukarki. Zamawiający stwierdził, iż drukarka nie może być traktowana jako PC. W ocenie Zamawiającego, brak jest podstaw do zastosowania 22% stawki VAT na PC wraz z ekranem, bowiem sprzęt ten stanowi element pomocniczy (wyposażenie dodatkowe) w stosunku do dostawy urządzeń medycznych, która ma charakter dominujący zarówno pod względem finansowym, jak i funkcjonalnym. Sprzęt ten powinien, zdaniem Zamawiającego, podlegać opodatkowaniu 7% stawką VAT.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy Diagnos Sp. z o.o. zwanego dalej Odwołującym Diagnos Zamawiający wskazał na zastosowanie przez Odwołującego 22% stawki VAT przy obliczeniu ceny za drukarki, które, w opinii Zamawiającego, stanowią element pomocniczy (wyposażenie dodatkowe) w stosunku do dostawy urządzeń medycznych - dostawa urządzeń medycznych ma charakter dominujący pod względem finansowym oraz funkcjonalnym. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, cała dostawa powinna zostać opodatkowana 7% stawką VAT.

Dodatkowo, Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Diagnos art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdził, iż wykonawca został wezwany do uzupełnienia certyfikatu jednostki notyfikowanej CE2745.05 i S2001.652/01 dla złożonej deklaracji zgodności dla wielorazowych czujników temperatury ogólnego zastosowania (kl. II a), których producentem jest YIS Incorporated 2670 Indian Ripple Road, Dayton, Ohio 4540-3605 oraz CE2745.04 dla złożonej deklaracji zgodności dla wielorazowych czujników

podpowierzchniowych temperatury powierzchni skóry (kl. II a), których producentem jest również firma YIS Incorporated 2670 Indian Ripple Road, Dayton, Ohio 4540-3605. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący Diagnos złożył aktualny certyfikat o nr 2109412CE01 wraz z deklaracjami zgodności, do złożenia którego nie został wzywany. Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący nie przedstawił certyfikatu, do którego uzupełnienia wezwał Zamawiający, a deklaracje nie stanowią dokumentu podlegającego uzupełnieniu.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1484/09:

W dniu 11 września 2009 r. (pismem z dnia 10 września 2009 r.) protest wobec czynności oceny ofert w części 7 i 7a zamówienia wniósł Odwołujący Philips zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, art. 92 ustawy Pzp przez zaniechanie podania rozstrzygnięcia dla części 7 razem z częścią 7a zamówienia oraz naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia protestu.

Odwołujący Philips stwierdził, iż prezentowane przez niego stanowisko w kwestii prawidłowości zastosowania 7% stawki VAT do obliczenia ceny za dostawę komputera wraz

z ekranem jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Wskazał na art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. zm.), z którego wynika, jak zauważył, że dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług ma zastosowanie 7% stawka VAT. Odwołujący Philips zwrócił uwagę, iż w pozycji 106 załącznika nr 3 do ww. ustawy wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU – „wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”, tj. w pozycji 70-109 „Towary związane z ochroną zdrowia”. Odwołujący przywołał definicję wyrobu medycznego oraz wyposażenia wyrobu medycznego sformułowane odpowiednio w art. 3 ust. 1 pkt 17 i art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 93, poz. 896 z późn. zm.).

Odwołujący Philips wywiódł, iż komputer wraz z ekranem opisany w punktach 1.14 (część 7) i 1.12 (część 7a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie spełnia żadnej z wymienionych w ustawie przesłanek, która mogłaby kwalifikować go jako wyrób medyczny bądź jego wyposażenie - jest to element pomocniczy, który ma służyć archiwizacji i ewentualnej statystycznej obróbce danych uzyskanych (wyeksportowanych) z systemu medycznego, kardiomonitorów i centrali. Nie jest on zatem niezbędny do prawidłowego działania wyrobów medycznych objętych zamówieniem. Podłączenie fizyczne przez sieć LAN do systemu medycznego nie zmienia jego kwalifikacji, gdyż Zamawiający może wgrać do niego dowolne oprogramowanie i używać go także w innych celach, co nie jest to możliwe ani w centrali ani w terminalu roboczym.

Opodatkowanie drukarek stawką 7% VAT jest, w ocenie Odwołującego Philips, działaniem prawidłowym z uwagi na spełnianą przez nie funkcję - bez nich centrala i terminal roboczy będą pozbawione możliwości opisanych w punkcie 1.13 i 1.15 (część 7) oraz 1.13 (część 7a) takich jak wydruk alarmów, raportów itd. Podkreślił, iż drukarki są podłączone bezpośrednio do urządzenia medycznego, jakim jest centrala i obsługują zarówno centrale jak i kardiomonitor.

Odwołujący Philips zauważył ponadto, że w przeciwieństwie do Odwołującego Diagnos zaoferował zgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ilość drukarek.

Dodatkowo Odwołujący Philips stwierdził, iż to na wykonawcy, jako wystawcy faktury, ciąży obowiązek prawidłowego stosowania przepisów podatkowych, w tym określania prawidłowych stawek VAT dla dostarczanych towarów. Organem uprawnionym do kontroli działania podatnika pod względem zgodności z przepisami prawa podatkowego jest organ

podatkowy lub organ kontroli skarbowej. Z kolei uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego jest zgodnie z art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) Minister Finansów. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego Philips, nie ma podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego wskazanych w ofertach stawek VAT.

Odwołujący Philips wskazał ponadto, że w interpretacjach indywidualnych wydanych

przez Ministra Finansów i opublikowanych na stronie internetowej <http://sip.mf.gov.pl>, dotyczących kwestii zastosowania stawki VAT 7% na wyposażenie dodatkowe podkreśla się niezbędnosć wyposażenia dodatkowego dla prawidłowego działania wyrobów medycznych i zapewnienie funkcjonowania sprzętu medycznego zgodnie z jego przeznaczeniem. Jak podkreślił Odwołujący, żadnej z tych cech nie ma komputer wraz z ekranem wykazany w ofercie, opodatkowany 22% stawką VAT.

Odwołujący Philips wniósł o:

- uwzględnienie protestu w całości,
- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Philips,
- dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego Philips,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego Philips jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 22 września 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Wskazał na obowiązek Zamawiającego do badania ofert pod kątem ewentualnych błędów w obliczeniu ceny, które skutkują koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż podejmując decyzję dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego Philips kierował się analogią, którą wywiódł między innymi z orzecznictwa ETS, w szczególności w zakresie wyroku w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV oraz wyroku w sprawie C-442/05 Zweckerband, wyroku WSA w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III SA/Wa 274/08) i wyroku NSA (sygn. akt I FSK 945/2005, a także z interpretacji dotyczącej opodatkowania aparatury medycznej (nr IPPP/443-2084/08-2/PR).

Zamawiający podniósł, iż w przypadku wyposażenia dodatkowego typu komputer, monitor czy też drukarka, które są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania urządzeń należy zastosować 7% stawkę VAT. Zwrócił uwagę, iż według Dyrektora Izby Skarbowej przez wyposażenie sprzętu medycznego należy rozumieć także przedmioty, które *de facto*

samodzielnie nie stanowią wyrobu medycznego, ale są przeznaczone do stosowania łącznie z nimi. Jest to uzasadnione, jeżeli producent aparatu przewidział takie zastosowanie aparatu medycznego. Wyposażenie dodatkowe zatem spełniać będzie definicję wyposażenia aparatury medycznej, gdyż jest niezbędne do jej funkcjonowania.

Za nietrafną Zamawiający uznał argumentację dotyczącą możliwości wgrania do komputera dowolnego oprogramowania i używania go także w innych celach wskazując na okoliczność, iż oferowane zestawy PC będą miały zainstalowane oprogramowanie służące celom związanym z diagnozowaniem i leczeniem pacjentów Szpitala.

Dodatkowo, Zamawiający podniósł wątpliwość odnośnie posiadania przez Odwołującego Philips interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia z uwagi na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny tj. 1 057 451,22 zł wobec kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na ten cel w wysokości 1 000 000 zł.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący Philips wnosząc w dniu 2 października 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście.

Odwołujący Philips powtórzył argumentację przedstawioną w proteście dodatkowo stwierdzając, iż interpretacja Ministra Finansów nr IPPP1/443-2084/08-21PR z dnia 17 grudnia 2008 r., na którą w rozstrzygnięciu protestu powołał się Zamawiający nie potwierdza prezentowanego przez Zamawiającego stanowiska. Przeciwnie, interpretacja ta wskazuje na konieczność występowania związku pomiędzy wyposażeniem dodatkowym, a wyrobem medycznym tego rodzaju, iż wyposażenie wyrobu medycznego jest niezbędne do prawidłowego jego funkcjonowania. Odnosząc się do przywołanych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu wyroków ETS, WSA i NSA Odwołujący Philips stwierdził, iż odnoszą się one do innego stanu faktycznego.

Odwołujący Philips wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Philips,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wyboru oferty Odwołującego Philips jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1492/09:

W dniu 11 września 2009 r. protest na czynność oceny ofert w części 7 i 7a zamówienia wniósł Odwołujący Diagnos zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1

w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego Diagnos oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wadliwą i niezgodną z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ocenę oferty Odwołującego Diagnos oraz uznanie, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji.

Odnosząc się do czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący Diagnos stwierdził, iż Zamawiający nie jest uprawniony do decydowania o stawce VAT, jaką zobowiązany jest zastosować wykonawca przy sprzedaży towarów. Podkreślił, iż określenie prawidłowej stawki VAT jest obowiązkiem wykonawcy, a przepisy ustawy o podatku od towarów i usług skutkami prawnym zastosowania niewłaściwej stawki obciążają sprzedającego.

Odwołujący Diagnos wywiódł, iż z uwagi na niejednoznaczność przepisów ustawy o wyrobach medycznych i brak precyzyjnych reguł kwalifikacji określonych urządzeń jako wyposażenia dodatkowego, oferowane drukarki nie są wyrobami medycznymi w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonymi do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej innymi niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Dodatkowo, jak zauważył, brak indywidualnej decyzji organu podatkowego wydanej dla Odwołującego Diagnos w tym zakresie uniemożliwia Odwołującemu zastosowanie do sprzedaży oferowanych drukarek stawki 7%. Zaznaczył, iż wykonawca zawsze ma prawo zastosować stawkę podstawową VAT do oferowanych przez siebie produktów. Odwołujący Diagnos stwierdził również, że dokonując na podstawie własnego uznania kwalifikacji drukarek jako wyposażenia dodatkowego dla urządzeń medycznych Zamawiający naraża wykonawców na odpowiedzialności za zastosowanie błędnej stawki VAT, a tym samym naruszenie przepisów podatkowych.

Odnosząc się do stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Odwołujący Diagnos nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego odośnie złożenia przez Odwołującego niewłaściwych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnił, iż załączył do oferty deklaracje zgodności, które dotyczyły czujników produkowanych do roku 2007 przez firmę YSI Incorporated, której następcą prawnym jest Measurement Specialties Inc. Z uwagi na fakt, iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć sprzęt nowy, Odwołujący uzupełniając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp certyfikat jednostki notyfikowanej i deklaracje zgodności przedłożył te dokumenty w wersji aktualnej, właściwej dla urządzeń i sprzętu produkowanego w obecnej chwili.

Odwołujący Diagnos wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do części 7 i 7a zamówienia,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Diagnos,
- dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami prawa i zasadami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego Diagnos jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 22 września 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Zamawiający wyjaśnił, iż podejmując decyzję dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego Diagnos kierował się analogią, którą wywiódł między innymi z orzecznictwa ETS, w szczególności w zakresie wyroku w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV oraz wyroku w sprawie C-442/05 Zweckerband, wyroku WSA w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III SA/Wa 274/08) i wyroku NSA (sygn. akt I FSK 945/2005, a także z interpretacji dotyczącej opodatkowania aparatury medycznej (nr IPPP/443-2084/08-2/PR).

Zamawiający podniósł, iż w przypadku wyposażenia dodatkowego typu komputer, monitor czy też drukarka, które są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania urządzeń należy zastosować 7% stawkę VAT. Zwrócił uwagę, iż według Dyrektora Izby Skarbowej przez wyposażenie sprzętu medycznego należy rozumieć także przedmioty, które *de facto* nie są samodzielnie wyrobami medycznymi, ale są przeznaczone do stosowania łącznie z nimi. Jest to uzasadnione, jeżeli producent aparatu przewidział takie zastosowanie aparatu

medycznego. Wyposażenie dodatkowe zatem spełniać będzie definicję wyposażenia aparatury medycznej, gdyż jest niezbędne do jej funkcjonowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zgodności oferty Odwołującego Diagnos z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający stwierdził, iż deklaracje zgodności nie podlegają uzupełnieniu, gdyż nie znajdują się w katalogu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.).

Dodatkowo Zamawiający zauważył, iż Odwołujący Diagnos zaoferował jedynie 2 drukarki, co jest niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wymagane było zaoferowanie drukarek przy każdym stanowisku tj. 3 sztuk.

W dniu 2 października 2009 r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniósł Odwołujący Diagnos zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący Diagnos podniósł, iż brak jest podstaw do decydowania przez Zamawiającego o zakwalifikowaniu określonego urządzenia czy sprzętu do kategorii urządzeń medycznych bądź kategorii elementów pomocniczych do urządzeń medycznych. Wskazał, że jedynie uprawnione organy podatkowe władne są dokonywać interpretacji przepisów prawa podatkowego i kierować takie interpretacje - wydawane w indywidualnych sprawach - do podatników, do których należy Odwołujący. Wobec powyższego, jak zauważył Odwołujący Diagnos, wykazywanie przez Zamawiającego interpretacji dokonanej w piśmie nr IPPP/443-2084/08-2/PR jako wystarczającego uzasadnienia dla stwierdzenia błędnego zastosowania przez Odwołującego stawki VAT jest nieuprawnione, bowiem Odwołujący Diagnos nie jest adresatem tej interpretacji, stąd nie może ona mieć zastosowania do dostaw realizowanych przez Odwołującego. Orzeczenia przywołane przez Zamawiającego Odwołujący uznał za nieadekwatne do zaistniałego w niniejszej sprawie stanu faktycznego i prawnego.

Odwołujący Diagnos stwierdził, iż certyfikaty jednostki notyfikowanej oraz deklaracje zgodności stanowią dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i podlegają uzupełnieniu. Wskazał, iż deklaracja zgodności to dokument wystawiany przez producenta wyrobu albo jego upoważnionego przedstawiciela, stanowiący wiążące prawnie przyrzeczenie stwierdzające zgodność wyrobu z wymaganiami zasadniczymi właściwych dyrektyw Unii Europejskiej. Charakter deklaracji zgodności i sposób ich wydawania kwalifikuje te dokumenty, w ocenie Odwołującego Diagnos, do katalogu wskazanego w § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący Diagnos zwrócił również uwagę na fakt, iż podniesiona przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie ilości zaoferowanych drukarek jest okolicznością nową, nie wskazaną w informacji o wyniku postępowania. Z ostrożności Odwołujący Diagnos odnosząc się do ww. twierdzenia zauważył, iż składając ofertę złożył oświadczenie, iż wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, za określoną cenę ryczałtową. Dodatkowo, w formularzu cenowym w odniesieniu do ceny drukarek określił jednostkę miary jako „sztuki”, oferując liczbę drukarek wymaganą przez Zamawiającego. Jednocześnie w wyniku omyłki wskazał cyfrę „1” w wierszu podającym ilość jednostek miary. Omyłkę tą, zdaniem Odwołującego Diagnos, Zamawiający powinien uznać za nieistotną i poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący Diagnos podkreślił przy

tym, iż cena za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy, a poprawienie powyższej omyłki nie ma żadnego wpływu na złożoną ofertę.

Odwołujący Diagnos wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert zgodnie z zasadami przewidzianymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego Diagnos.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 3 259 640,21 zł, co stanowi równowartość 840 741,85 euro.

Zamówienie zostało podzielone na 16 zadań. Zgodnie z drukiem ZP-1/PN w zadaniu nr 7 wraz z zadaniem nr 7a oferty złożyło 2 wykonawców. Obie oferty zostały odrzucone.

Ranking ofert pod względem zaoferowanych cen kształtuje się następująco:

1. Diagnos Sp. z o.o. – 825 178,41 zł,
2. Philips Polska Sp. z o.o. – 1 057 451,22 zł.

Wśród niezbędnych dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą Zamawiający wskazał w pkt X lit B ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia certyfikaty jednostki notyfikowanej i deklaracje zgodności dla wyrobów medycznych klasy I sterylnych, IIa, IIb i III, natomiast dla wyrobów medycznych klasy I niesterylnych - deklaracje zgodności.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2009 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego Philips o udzielenie wyjaśnień odnośnie przyczyn zastosowania 22% stawki VAT przy obliczeniu ceny za zaoferowane PC oraz wskazanie co wchodzi w skład PC.

W dniu 28 sierpnia 2009 r. Odwołujący Philips wyjaśnił, iż zaoferowany PC wraz z ekranem, dla którego zastosowana została stawka VAT 22% nie jest wyrobem medycznym, nie stanowi też wyposażenia wyrobu medycznego. Wykonawca wskazał, iż przedmiotowy komputer nie jest niezbędny w celu używania wyrobu medycznego objętego

postępowaniem, a zatem nie spełnia warunku „umożliwienia używania wyrobu medycznego zgodnie z zastosowaniem przewidzianym przez wytwórcę wyrobu medycznego”, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o wyrobach medycznych. Jak zaznaczył Odwołujący Philips, przeznaczeniem komputera jest archiwizacja i obróbka danych pacjentów, które są eksportowane z centrali systemu monitorującego. Może on służyć także innym celom w zależności od oprogramowania, które może zostać na nim zainstalowane przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2009 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego Diagnos z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących zastosowania 22% stawki VAT na zaoferowane drukarki oraz 7% stawki VAT na zaoferowane komputery. Ponadto Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia certyfikatów jednostki notyfikowanej o numerach CE2745.05 i S2001.652/01 dla złożonej deklaracji zgodności dla wielorazowych czujników temperatury ogólnego zastosowania (kl. IIa), których producentem jest YIS Incorporated oraz CE 2745.04 złożonej deklaracji zgodności dla wielorazowych czujników powierzchniowych temperatury powierzchni skóry (kl. IIa), których producentem jest YIS Incorporated.

Odwołujący Diagnos wyjaśnił, iż zaoferowane drukarki nie są wyrobami medycznymi w świetle ustawy o wyrobach medycznych, dlatego przy obliczeniu ceny zastosowano 22% stawkę VAT. Odwołujący Diagnos zauważył, iż drukarek nie można wprost zakwalifikować jako wyposażenia sprzętu medycznego, a wydane interpretacje indywidualne w tym zakresie są różne, stąd podatnik nie posiadając wydanej na jego wniosek interpretacji indywidualnej nie zdecydował się na zastosowanie preferencyjnej stawki VAT. Wobec powyższego Odwołujący, nie posiadając stosownej interpretacji, zastosował podstawową stawkę VAT uznając czynność tą za prawidłową. Odnosząc się do komputerów Odwołujący Diagnos stwierdził natomiast, iż obliczając cenę za oferowane przez niego komputery przyjął 7% stawkę VAT, bowiem są one wyrobami medycznymi w świetle ustawy o wyrobach medycznych, co potwierdzają stosowne certyfikaty i deklaracje zgodności (strony 78-88 oraz 94-97 oferty).

Jednocześnie Odwołujący Diagnos zauważył, iż do oferty dołączono omyłkowo deklaracje zgodności firmy produkującej czujniki do października 2007 r. Wyjaśnił, że część firmy YIS Incorporated produkująca czujniki temperatury została wchłonięta przez firmę Measurement Specialities Inc. w kwietniu 2006 r. Odwołujący działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył „najbardziej aktualny certyfikat CE i deklaracje zgodności dotyczące oferowanych czujników temperatury wraz z tłumaczeniami”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych przez Odwołujących wraz z dokumentami przekazanymi w toku postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołujących w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący Diagnos, jako wykonawca, który zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia posiada interes prawny w obronie złożonej oferty. Jednocześnie Odwołujący Philips jako wykonawca, który zaoferował drugą w kolejności cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia potencjalnie ma również szanse na uzyskanie zamówienia na podstawie art. 94 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca wybrany do realizacji zamówienia odmówiłby podpisania umowy oraz w sytuacji, gdyby zarzuty podniesione przez Odwołującego Diagnos nie potwierdziły się. O braku interesu prawnego Odwołującego Philips nie może stanowić fakt, iż zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia przekracza kwotę, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert, bowiem mimo oświadczenia złożonego przez Zamawiającego na rozprawie, przed dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego Philips nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie, iż kwota ta nie może ulec zmianie.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest przede wszystkim zbadanie prawidłowości zastosowanych przez obu Odwołujących stawek VAT przy obliczeniu ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług podstawową stawką VAT jest 22%. Jednocześnie dla określonych grup towarów i usług ustawodawca przewidział preferencyjne stawki VAT, w tym m.in. dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, poz. 106 tj. wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika przewidziana została stawka 7% VAT. Definicję wyrobu medycznego zawiera art. 3 ust. 1 pkt 17 ustawy o wyrobach medycznych, który stanowi, że przez wyrób medyczny należy rozumieć narzędzie, przyrząd, aparat, sprzęt, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub

w połączeniu, włączając oprogramowanie niezbędne do właściwego stosowania wyrobu, przeznaczone przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

- a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu chorób,
- b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania urazów lub upośledzeń,
- c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub prowadzenia procesu fizjologicznego,
- d) regulacji poczęć,

który nie osiąga swojego zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być przez nie wspomagane. Definicja powyższa doznaje rozszerzenia w art. 3 ust. 3 ustawy o wyrobach medycznych, gdzie stwierdzono, iż ilekroć w ustawie jest mowa o wyrobie medycznym, bez bliższego określenia, należy przez to rozumieć wyrób medyczny do różnego przeznaczenia, wyrób medyczny do diagnostyki in vitro, aktywny wyrób medyczny do implantacji oraz wyposażenie wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia i wyposażenie wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 15 ustawy o wyrobach medycznych przez wyposażenie wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia należy rozumieć przedmioty, które, nie będąc wyrobami medycznymi, są przeznaczone do stosowania z tymi wyrobami, umożliwiając ich używanie zgodnie z zastosowaniem przewidzianym przez wytwórcę wyrobu medycznego.

Oferując komputer zewnętrzny opodatkowany stawką 22% VAT Odwołujący Philips argumentował, iż komputer ten nie stanowi wyrobu medycznego ani też wyposażenia wyrobu medycznego. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego Philips stwierdzając, iż bezspornie zaoferowany komputer nie jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych – nie został przewidziany przez producenta do celu opisanego

w art. 3 ust. 1 pkt 17 ustawy o wyrobach medycznych, nie będzie również służył umożliwieniu używania wyrobu medycznego zgodnie z zastosowaniem przewidzianym przez producenta wyrobu medycznego. Jak stwierdził sam Zamawiający w pkt 1.14 (część 7 zamówienia) i pkt 1.12 (część 7a zamówienia) i co potwierdził na rozprawie, celem zakupu przedmiotowego komputera jest archiwizacja gromadzonych danych. Komputer ten nie stanowi zatem niezbędnego elementu stanowiska badawczego. Podkreślić należy, iż Odwołujący Philips wyraźnie rozróżnił komputer stanowiący przedmiot sporu od komputerów stanowiących część zestawu diagnostycznego przewidzianych m.in. w pkt 1.13 (część 7 zamówienia), które to komputery posiadają oznakowanie CE i deklarację

zgodności. Z uwagi na okoliczność, iż opodatkowaniu 7% stawką VAT podlega wyłącznie wyrób medyczny bądź sprzęt niezbędny do prawidłowego funkcjonowania wyrobu medycznego, Izba uznała działanie Odwołującego Philips za prawidłowe.

Inny stan faktyczny zaistniał w sprawie wywołanej wniesieniem odwołania przez Odwołującego Diagnos. Na rozprawie Odwołujący zwrócił uwagę, iż każdy producent tworzy system monitorujący we właściwej dla siebie, indywidualnej konfiguracji. Złożył też oświadczenie, iż komputer służący archiwizacji w systemie przez niego zaoferowanym posiada oznakowanie CE i stanowi wyposażenie wyrobu medycznego. Charakteru takiego nie mają, jak stwierdził, zaoferowane drukarki opodatkowane 22% stawką VAT. Jednocześnie oświadczył, iż posiada w swojej ofercie urządzenia do drukowania posiadające oznakowanie CE, na które wydana została deklaracja zgodności, jednak nie stanowią one przedmiotu oferty. W takim stanie faktycznym Izba uznała, iż zaoferowane przez Odwołującego Diagnos drukarki nie mają charakteru wyrobu medycznego bądź wyposażenia wyrobu medycznego, albowiem nie służą do przeprowadzania badań czy leczenia, nie stanowią integralnej części wyrobu medycznego, nie są również konieczne dla zapewnienia funkcjonowania wyrobu medycznego.

Na podkreślenie zasługuje w ocenie Izby okoliczność, iż zastosowanie do danej czynności właściwej stawki VAT następuje *ex lege*. Wykonawca zobowiązany jest zatem do zastosowania przy opodatkowaniu danej czynności stawki określonej w ustawie o podatku od towarów i usług niezależnie od tego, jaką stawkę wskazuje Zamawiający. Preferencyjne stawki VAT zastrzeżone dla określonego rodzaju towarów i usług stanowią wyjątek od reguły ogólnej, którą jest opodatkowanie stawką 22% VAT i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Co więcej, w razie wątpliwości co do wysokości opodatkowania zastosowanie powinna znaleźć stawka podstawowa VAT. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r. (sygn. akt I FSK 330/05), jeśli w stosunku do danego rodzaju towarów i usług nie zostało wyraźnie określone w przepisach szczególnych, iż ma do niego zastosowanie niższa stawka podatkowa, to tego rodzaju towar lub usługa podlegają opodatkowaniu 22% stawką podatku.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej (art. 6 ustawy Ordynacja podatkowa). Zatem, wszelkie kwestie dotyczące sfery podatkowej muszą wynikać z tychże ustaw, a nie z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia czy też pośrednio z innych dokumentów, na które wskazuje Zamawiający, tj. z wniosku o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 czy budżetu Zamawiającego.

Przywołanie przez Zamawiającego *per analogiam* interpretacji indywidualnych Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 24 sierpnia 2009 r. (nr IPPP1-443-716/09-3/MP), z dnia 17 grudnia 2008 r. (nr IPPP1/443-2084/08-2/PP), z dnia 11 września 2009 r. (nr IPPP3/443-550/09-4/MPe) oraz interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 20 marca 2009 r. (nr ILPP2/443-9/09-2/TW) i 13 sierpnia 2009 r. (nr ILPP1/443-640/09-3/KG) nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego – stan faktyczny zaistniały w każdym z ww. przypadków dotyczy sytuacji, gdy sprzęt stanowiący przedmiot dostawy stanowi wyrób medyczny bądź urządzenia stanowiące integralną część wyrobu medycznego, niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania wyrobu medycznego. Na tej samej podstawie nie mogą przesądzić o zasadności wywodów Zamawiającego przywołane przez niego orzeczenia ETS.

Uwzględniając powyższe zasadne jest stwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający,

na którym spoczywa ciężar udowodnienia, że podjęta przez niego decyzja była słuszna (art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), nie wykazał zasadności swoich twierdzeń, z których wywodzi daleko idące skutki dla postępowania w postaci konieczności odrzucenia ofert obu Odwołujących.

W tych okolicznościach podniesiony przez obu Odwołujących zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Na uwzględnienie zasługuje również podniesiony przez Odwołującego Diagnos zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż z uwagi na brak w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogu szczegółowej identyfikacji oferowanego sprzętu, nie znajduje potwierdzenia stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, iż Odwołujący Diagnos dokonując uzupełnienia certyfikatów i deklaracji zgodności *de facto* zaoferował inny sprzęt niż pierwotnie zaoferowany. Wobec powyższego, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, iż złożone w uzupełnieniu certyfikaty i deklaracje dotyczą tego samego sprzętu, który został zaoferowany, a konieczność uzupełnienia wynika z omyłkowego złożenia dokumentów odnoszących się do producenta – firmy YIS Incorporated, który został przejęty przez Measurement Specialities Inc. Uznając, iż uzupełnione dokumenty dotyczyły sprzętu pierwotnie zaoferowanego Izba stwierdziła, iż złożenie deklaracji i certyfikatów stanowiących przedmiot sporu było w pełni uprawnione, zgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego Philips dotyczącego ilości drukarek zaoferowanych przez Odwołującego Diagnos Izba uznała zarzut ten za zasadny stwierdzając jednocześnie, z uwagi na treść oświadczeń złożonych przez Odwołującego Diagnos w ofercie na stronie 6 pkt 1.15 i stronie 17 pkt 1.13, że uchybienie

powyższe stanowi omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący Diagnos zobowiązany na podstawie art. 6 Kodeksu cywilnego do wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które może zostać stwierdzone w przypadku nierównego traktowania przez zamawiającego wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, czego Izba w przedmiotowym stanie faktycznym nie stwierdziła.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....