

Sygn. akt: KIO 2062/11

WYROK

z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój, Al. Jana Pawła II 7**

przy udziale wykonawcy **Philips Polska sp. z o.o., 02 – 222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** na rzecz wykonawcy: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój, Al. Jana Pawła II 7** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, Al. Jana Pawła II 7, Jastrzębie - Zdrój (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup wielorzędowego tomografu komputerowego dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju wraz z adaptacją Pomieszczeń”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 13 lipca 2011 r., poz. 2011/S 132-219684 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 29 sierpnia 2011 r. GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, którą ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Philips Polska Sp. z o.o., której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W zakresie naruszenia art. 7, art. 89 ust. 3 i 6 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący wskazywał, iż oferta Przystępującego, która została uznana za najkorzystniejszą, zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż została zastosowana nieprawidłowa stawka podatku VAT w zakresie opodatkowania zadań z zakresu części prac adaptacyjnych, jakie mają zostać wykonane w pracowni TK, tj.: robót ogólnobudowlanych w pracowni TK oraz dokumentacji projektowej (projekt ochrony radiologicznej i wielobranżowy projekt budowlany). Zamiast prawidłowej 23% stawki podstawowej VAT została błędnie zastosowana preferencyjną 8% stawkę podatku.

Odwołujący podnosił, iż w zakresie dotyczącym prac adaptacyjnych polegających na wykonaniu projektu wielobranżowego oraz projektu osłon radiologicznych, jak również prac o charakterze ogólnobudowlanym, nie może zostać zastosowana zasada jednorodnego (kompleksowego świadczenia), która pozwalałaby na rozszerzenie zastosowania preferencyjnej stawki VAT (właściwej do opodatkowania dostawy wyrobu medycznego) na tego rodzaju prace adaptacyjne.

Stanowisko Odwołującego znajduje w jego ocenie odzwierciedlenie w najnowszym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego [NSA]. Sąd ten rozstrzygając, czy prace adaptacyjne wykonywane przy dostawie urządzeń medycznych, takich jak tomograf komputerowy mogą być traktowane jako element składowy jednolitego świadczenia (dostawy tomografu) i jednocześnie korzystać z opodatkowania według preferencyjnej stawki VAT, wskazał, iż prace adaptacyjne wykonywane przy dostawie wyrobu medycznego nie mogą być traktowane łącznie z tą dostawą jako świadczenie kompleksowe i podlegać opodatkowaniu według obniżonej stawki VAT.

NSA uznał, iż owym świadczeniom (pracom adaptacyjnym) brak cech pozwalających na uznanie zespołu dostarczanych świadczeń za kompleksowe i zastosowanie do opodatkowania całości świadczenia obniżonej stawki VAT, właściwej dla dostawy samego urządzenia - innymi słowy, brak jest charakterystycznego dla świadczeń kompleksowych stosunku „pomocniczości” świadczenia uzupełniającego wobec świadczenia głównego.

W ocenie NSA między pracami adaptacyjnymi a dostawą sprzętu medycznego nie ma związku, który predestynowałby je do uznania za jedno świadczenie złożone, łączone dla celów VAT z dostawą sprzętu medycznego.

NSA uznał, że wykonywane prace adaptacyjne o charakterze budowlanym mogą służyć nie tylko dostarczaniu przez podmiot w konkretnym przypadku sprzętowi, ale mogą być równie dobrze wykorzystywane przez inne urządzenie, dostarczane przez inny podmiot.

Ponadto, zdaniem NSA, nie można uznać, że prace, które mają bardzo uniwersalny z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego charakter, są na tyle ściśle powiązane z dostawą akurat danego sprzętu, że stanowią jedno świadczenie z dostawą sprzętu. W ocenie NSA nie może o takiej klasyfikacji świadczeń decydować wyłącznie czynnik subiektywny, kładący akcent na wskazaniu czynności zaspokajającej podstawową potrzebę nabywcy, przy uznaniu, że pozostałe mają charakter w jakikolwiek sposób uzupełniający tę potrzebę, bez analizy innych aspektów takich świadczeń.

Zdaniem NSA istotne jest także to, że uznanie kompleksowości świadczenia skutkowałoby zastosowaniem stawki obniżonej do usług opodatkowanych co do zasady podstawową stawką. Tak szerokie postrzeganie związku pomiędzy świadczeniami kwalifikującego je do jednolitego świadczenia złożonego mogłoby w ocenie NSA skutkować naruszeniem zasady

konkurencji, przez stosowanie zwolnień podatkowych lub preferencyjnych stawek VAT do dostaw czy usług objętych, co do zasady, stawką podstawową.

W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, iż Philips zastosował błędną stawkę VAT do opodatkowania prac takich jak przygotowanie projektu wielobranżowego oraz projektu osłon radiologicznych oraz prac adaptacyjnych polegających na wykonaniu robót ogólnobudowlanych.

Skoro brak jest bowiem w przepisach w zakresie VAT uzasadnienia do zastosowania opodatkowania VAT według obniżonej stawki prac adaptacyjnych w takim zakresie, w jakim uczynił to Philips w formularzu asortymentowo - cenowym, a jednocześnie - zgodnie z najnowszym orzecznictwem NSA świadczeń tego rodzaju nie można uznać za elementy składowe świadczenia polegającego na kompletnej dostawie sprzętu medycznego i zastosowania w związku z tym zasad dotyczących opodatkowania świadczeń kompleksowych, uznać należy, iż Philips nie miał podstaw prawnych do zastosowania preferencyjnej stawki opodatkowania wskazanych prac, a co za tym idzie - w złożonej w ofercie popełnił błąd w zakresie ustalenia ceny.

Odwołujący podkreślał, iż w przypadku nieuwzględnienia niniejszego odwołania, Zamawiający naraża się na postawienie zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez naruszenie równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty jeżeli jest złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3)

Odwołujący ponadto podnosił, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Wykonawca zaoferował oprogramowanie SCAN TOOLS, które nie spełnia wymaganych granicznych funkcjonalności opisanych w pkt I.21 i w żaden sposób, nawet po złożeniu wyjaśnień nie wykazał, że zaoferowany przez niego system tomografii komputerowej zawiera wymagane przez Zamawiającego oprogramowanie określone w pkt I.21.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień

publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego została odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert. Na ocenę istnienia przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie może mieć wpływu okoliczność, że cena oferty Odwołującego przekracza ilość środków, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych jest zdarzeniem na tyle przyszłym i niepewnym (Zamawiający zawsze ma, przynajmniej teoretyczną, możliwość zwiększenia środków przeznaczonych na realizację), że nie można od niego uzależniać losów postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutu podania nieprawidłowej stawki VAT w ofercie Przystępującego, Izba ustaliła, iż Zamawiający żądał podania w formularzu osobno kwot netto i brutto dla zakupu tomografu i dla adaptacji ogólnobudowlanej istniejącej pracowni TK oraz instalacji dla nowego tomografu. Przystępujący podał dla obu kategorii czynności jednakową, 8% stawkę VAT, Odwołujący – odpowiednio – 8% i 23 %.

Obie strony dla uzasadnienia sposobu obliczenia przez siebie podatku VAT powoływały się na orzecznictwo sądowe – ponieważ prezentowano poglądy sprzeczne, jedyny zgodny wniosek Stron konstatawał, że orzecznictwo w tym zakresie jest niejednolite.

Na rozprawie Zamawiający przedstawił symulację, jak, w zależności od przyjętej stawki podatku VAT, kształtowałyby się ceny wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (w postępowaniu złożono trzy oferty), z której wynikało, że niezależnie od tego, jaki zastosować sposób obliczania należnego podatku VAT (tj. niezależnie, jakie stawki przyjąć za odpowiednie dla danego świadczenia), w każdym przypadku ranking ofert byłby niezmienny.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7, art. 89 ust. 3 i 6 Prawa zamówień publicznych w związku z podaniem jednolitej stawki VAT dla świadczenia.

Podobne okoliczności były podstawą wydania orzeczenia sygn. akt KIO/UZP 203 i 209/09, z tym, że w przywołanej sprawie każdy z wykonawców – ten, który zastosował jednorodną stawkę VAT, i ten, który zastosował zróżnicowaną, dysponował interpretacją, potwierdzającą jego własny pogląd co do zastosowania stawki VAT. W niniejszym postępowaniu, na rozprawie żadna ze stron nie powoływała się na indywidualną interpretację podatkową, a jedynie na rozbieżne orzeczenia w analogicznych sprawach.

Izba w niniejszym składzie, dla niniejszego stanu faktycznego, podziela pogląd, że w takich okolicznościach KIO nie może zweryfikować prawidłowości stawek podatku VAT.

Nie można w tak ustalonym stanie faktycznym, wobec braku stwierdzenia wadliwości stawki VAT, stwierdzić ani błędu w obliczeniu ceny, ani tym bardziej, że złożenie oferty z określoną stawką VAT stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba ocenia, że obawy Odwołującego, iż Przystępujący celowo zaniżył stawkę VAT, aby wygrać postępowanie, a następnie, po podpisaniu umowy – podwyższy wynagrodzenie wynikające z możliwości zmiany wynagrodzenia umownego na podstawie 3.21. SIWZ są nieuzasadnione.

Zmiana wynagrodzenia na podstawie przywołanego wyżej postanowienia umownego jest możliwa tylko w przypadku ustawowej zmiany podatku VAT.

Izba zauważa również, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zastosowanie ewentualnie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie można stwierdzić naruszenia art. 7 i 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – niezależnie od sposobu ustalenia stawki podatku VAT, ranking ofert pozostaje niezmienny (kwota świadczenia pomocniczego jest na tyle niewielka, że nawet zastosowanie do niego podstawowej stawki VAT 23% nie powoduje zmiany w rankingu ofert). Zatem zastosowanie jednolitej stawki nie miało wpływu na pozycję wykonawców w rankingu ofert, a tym samym – nie miało wpływu na konkurencję.

Analizując zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, Izba ustaliła, co następuje: Odwołujący podnosił, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Wykonawca zaoferował oprogramowanie SCAN TOOLS, które nie spełnia wymaganych granicznych funkcjonalności opisanych w pkt 1.21 i w żaden sposób, nawet po złożeniu wyjaśnień nie wykazał, że zaoferowany przez niego system tomografii komputerowej zawiera wymagane przez Zamawiającego oprogramowanie określone w pkt 1.21.

Odwołujący w żaden sposób, ani w odwołaniu, ani na rozprawie, nie udowodnił powyższego stanowiska. Izba ustaliła, że w zakresie potwierdzenia funkcjonalności opisanej jako „możliwość wykonania badań porównawczych (...) z pomiarem parametru WHO i RECIST” w pkt 1.21 parametrów granicznych Zamawiający wymagał, jako potwierdzenia, „prospektów z danymi technicznymi”, a w przypadku danych w prospekcie „przez dostarczenie oświadczenia producenta, potwierdzającego daną funkcjonalność” (wyjaśnienia do SIWZ z 25 lipca 2011 r., kopia w aktach sprawy).

Zamawiający zwrócił się do Przystępującego m.in. o wyjaśnienie, czy „to oprogramowanie dokonuje oceny odpowiedzi na terapię wg parametrów WHO i RECIST” (pismo Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2011 r., kopia w aktach sprawy).

Przystępujący takie oświadczenie – twierdzące – złożył (pismo z dnia 31 sierpnia 2011 r., kopia w aktach sprawy), co jest wystarczające w świetle postanowień SIWZ do wykazania,

że oferowany sprzęt posiada odpowiednie parametry (skoro dopuszczalne było oświadczenie). Odwołujący żadnymi dowodami nie poparł swoich twierdzeń, w istocie nie podważał też na rozprawie oświadczenia Przystępującego zawartego w piśmie z dnia 31 sierpnia 2011 r. W świetle wykazania, w sposób zgodny z SIWZ i Prawem zamówień publicznych, że oferowane urządzenia posiadają właściwości posiadane przez Zamawiającego, nie ma znaczenia, że Przystępujący oba parametry – WHO i RECIST – na rozprawie utożsamiał.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....