

Sygn. akt: KIO/UZP 627/10

WYROK
z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Członkowie: **Katarzyna Brzeska**

Barbara Bettman

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 21-100 Lubartów, ul. Cicha 14** protestu z dnia 22 marca 2010 r.

przy udziale **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** zgłaszającego 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 nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie prowadzi postępowanie „na dostawę tomografu komputerowego, co najmniej 16-rzędowego wraz z pracami adaptacyjnymi pomieszczeń oraz systemem informatycznym RIS i PACS”

Zamawiający w dniu 11 marca 2010 r. poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 19 marca 2010 r. protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożył wykonawca – GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca ten, wobec:

- 1) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty firmy TMS Sp. z o.o., która podlega odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu,
- 2) zaniechania wezwani do złożenia wyjaśnień przez wykonawców GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. oraz TMS Sp. z o. o. dotyczących ceny i w konsekwencji odrzucenia oferty TMS Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty TMS Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p.,

zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 p.z.p. W uzasadnieniu protestu z dnia 19.03.2010 r. odwołujący wskazał, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana w następstwie rozstrzygnięcia pierwszego protestu odwołującego z dnia 16.02.2010 r. Podniósł, iż ponowny wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o. został dokonany z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. gdyż oferta tego wykonawcy zawiera nieprawidłową stawkę podatku VAT co winno prowadzić do odrzucenia takiej oferty z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Uzasadniając odwołujący wskazał, iż błędne określenie stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny, którego nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki rachunkowej, możliwej do poprawienia przez zamawiającego. W ocenie odwołującego uznanie za prawidłową, cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT narusza interesy innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu i jako sprzeczne z prawem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i mogłyby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania

wykonawców. Ponadto wskazał, iż wybrana oferta winna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Odwołujący wskazał, iż w następstwie rozstrzygnięcia protestu z dnia 16.02.2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę TMS Sp. z o.o. do uzupełnienia certyfikatu CE dla oferowanego oprogramowania. W następstwie wezwania wybrany wykonawca przedłożył wystawioną przez producenta deklarację zgodności CE dla oferowanego oprogramowania co w ocenie odwołującego stanowi o niezgodności tej oferty z postanowieniami SIWZ i jako taka winna ona być odrzucona.

Wobec wniesienia protestu swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego pismem z dnia 25 marca 2010 r. zgłosił wykonawca –TMS Sp. z o.o. wnosząc o odrzucenie protestu w zakresie zarzutu zastosowania błędnej stawki VAT, a w pozostałym zakresie o oddalenie protestu. W uzasadnieniu przystąpienia wskazał, iż zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny stanowiący przesłankę do bezwzględnego odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. winien być odrzucony w oparciu o art. 181 ust. 7 zgodnie z którym „wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, na te same okoliczności”. Przystępujący podniósł, iż żądanie odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. było przedmiotem rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.02.2010 r. i jako niezasadne zostało przez zamawiającego oddalone. Odnosząc się do zarzutu niezgodności jego oferty z treścią SIWZ przystępujący wskazał, iż w następstwie wezwania uzupełnił ofertę o równoważny aktualny dokument dopuszczający zaoferowane urządzenie do obrotu i użytkowania na terenie RP (deklaracja zgodności z CE). Podniósł, iż zgodnie z klasyfikacją przeprowadzoną przez producenta urządzenie to, jest wyrobem medycznym klasy I a obowiązujące przepisy nie wymagają współdziałania jednostki notyfikowanej przy ocenie zgodności wyrobów medycznych klasy I co w konsekwencji stanowi, że produkty te nie wymagają certyfikatu CE.

Pismem z dnia 30 marca 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego odrzucenie jako wniesiony wobec czynności zamawiającego, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia w wyniku zastosowania środków ochrony prawnej, a rozstrzygnięcie protestu stało się ostateczne w chwili upływu terminu na wniesienie odwołania. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podniósł, że *„oczywistym więc jest, iż wykonawca oceniając rozstrzygnięcie protestu z dnia 8 lutego 2010 r., które zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom, uczestnikom niniejszego postępowania w dniu 16 lutego 2010 r., jeżeli uznał decyzję zamawiającego za naruszającą jego interes prawny miał prawo do wniesienia odwołania w terminie 10 dni od dnia rozstrzygnięcia protestu. Wykonawca nie korzystając z ustawowego uprawnienia w sposób automatyczny pozbawił się uprawnienia do czynienia zamawiającemu zarzutu opartego na tożsamym stanie faktycznym, jaki istniał w momencie składania pierwszego środka ochrony prawnej”*.

Od takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 10 kwietnia 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca – GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wskazując na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 p.z.p. W uzasadnieniu odwołania, ponowił on argumentację i wywody zawarte w proteście z dnia 19 marca 2010 r. Odwołujący podnosił, iż wybrany wykonawca w następstwie wezwania przez zamawiającego nie dostarczył aktualnego certyfikatu CE dla oferowanego oprogramowania a jedynie deklarację zgodności CE. Wobec takiego uzupełnienia zdaniem odwołującego wybrana oferta nadal nie zawiera wymaganego aktualnego certyfikatu CE i powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto odwołujący podtrzymał argumentację dotyczącą nieodrzczenia wybranej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. gdyż błędne podanie stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie prowadzi postępowanie „na dostawę tomografu komputerowego, co najmniej 16-rzędowego wraz z pracami adaptacyjnymi pomieszczeń oraz systemem informatycznym RIS i PACS”.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 238-340959.

Zgodnie z pkt VI.B SIWZ – *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego – zamawiający wymagał złożenia – „wymaganych dla danego towaru dokumentów dopuszczających do stosowania na rynku polskim (np. deklaracja zgodności wraz z certyfikatem jednostki notyfikowanej lub wpis do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i używania lub inny dokument równoważny)”. Do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty – odpowiednio swoje oferty złożyli odwołujący i przystępujący. Pismem z dnia 29 stycznia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na czynność taką pismem z dnia 8 lutego 2010 r. protest złożył wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p. poprzez:*

1. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy TMS sp. z o.o., która podlega odrzuceniu,
2. zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawców GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. i TMS Sp. z o.o. dot. ceny i w konsekwencji odrzucenia oferty TMS Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.,

3. zaniechanie wezwania TMS Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący w proteście z dnia 8 lutego 2010 r. wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty TMS Sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący wskazywał na brak w wybranej ofercie ważnego certyfikatu CE, a ponadto na błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT. Wobec wniesienia protestu swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego zgłosił wybrany wykonawca – TMS Sp. z o.o. wnosząc o jego oddalenie. Wobec zarzutu zastosowania błędnej stawki VAT przystępujący wskazał, iż dysponuje interpretacją indywidualną, o której mowa w art. 14b ustawy – Ordynacja podatkowa, z której jednoznacznie wynika, iż zastosowana przez niego stawka VAT jest prawidłowa, co czyni zarzut odwołującego bezzasadnym. Odnośnie zarzutu niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie dysponowania ważnym certyfikatem CE wskazał on, iż zaoferowane przez niego oprogramowanie posiada wszystkie wymagane prawem dokumenty dopuszczające je do obrotu i użytkowania na terenie RP. Wskazał, że dysponuje aktualnym, ważnym na dzień składania ofert certyfikatem zgodności zaoferowanego oprogramowania i jest gotowy udostępnić ten dokument zamawiającemu.

Rozstrzygnięciem z dnia 16 lutego 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że:

- 1) żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – uwzględnił;
- 2) żądanie odrzucenia oferty firmy TMS Sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. – oddalił jako niezasadne;
- 3) żądanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu – oddalił jako niezasadne.

Wobec takiego rozstrzygnięcia zamawiający pismem z dnia 3 marca 2010 r. w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwał wykonawcę TMS Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów – certyfikatu zgodności na oprogramowanie 3D – które potwierdzą spełnianie przez oferowane wyroby wymagań zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca TMS Sp. z o.o. złożył aktualny na dzień składania ofert certyfikat zgodności na oprogramowanie 3D. Zamawiający poinformował wykonawców, że w wyniku rozstrzygnięcia protestu złożonego przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. o powtórzył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Pismem z dnia 11 marca 2010 r. zamawiający poinformował ponownie o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy TMS Sp. z o.o.

Czynność ta leży u podstaw protestu z dnia 19 marca 2010 r. a następnie odwołania z dnia 10 kwietnia 2010 r.

Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, iż wobec zarzutu nieodrzczenia wybranej oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić co narusza art. 89 ust. 1 pkt. 6 p.z.p. wypełniona została przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt. 6 p.z.p. gdyż odwołanie dotyczy w tym zakresie czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wobec braku możliwości częściowego odrzucenia odwołania Izba rozpoznała merytorycznie zarzut dotyczący nieodrzczenia wybranej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. uznając, iż w tym zakresie stan faktyczny w następstwie wezwania i uzupełnienia dokumentów uległ zmianie i nie występuje przesłanka do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 6 p.z.p.

W zakresie zarzutu niezgodności wybranej oferty z treścią SIWZ w zakresie niedołączenia ważnego certyfikatu CE dla konsoli lekarskiej Izba uznała ten zarzut za chybiony. Zgodnie z pkt VI.B zamawiający żądał dołączenia do oferty wymaganych dla danego towaru dokumentów dopuszczających do stosowania dany wyrób na rynku polskim. Zamawiający podał przykładowy katalog dokumentów wymieniając „*np. deklaracja zgodności wraz z certyfikatem jednostki notyfikowanej lub wpis do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i używania lub inny dokument równoważny*”. W ocenie Izby, w zebranych materiale dowodowym, w szczególności w treści SIWZ brak jest bezwzględnego wymogu dołączenia wszystkich wymienionych w pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ dokumentów tj. deklaracji zgodności dla oferowanego produktu, certyfikatu CE oraz zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych jeśli jest wymagane. Zdaniem Izby podobnie jak w pkt VI.B pkt 1 SIWZ jest to katalog przykładowy a obowiązek

dysponowania odpowiednimi (konkretnymi) dokumentami wynika bezpośrednio z przepisów prawa. Jak ustalono w trakcie rozprawy konsola lekarska zaproponowana przez wybranego wykonawcę należy do wyrobów medycznych sklasyfikowanych w klasie I. Zgodnie z art. 15 zdanie 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. – o wyrobach medycznych (Dz. U. 93, poz. 896 ze zm.) klasyfikację i kwalifikację wyrobu medycznego przeprowadza wytwórca. Jak przyznały na rozprawie strony oraz przystępujący konsola lekarska może być sklasyfikowana jako wyrób medyczny klasy zarówno I jak i II. Jak stwierdziła Izba, co zostało potwierdzone przez uczestników postępowania, dla wyrobów medycznych sklasyfikowanych w klasie I i nie zaliczonych do klasy I z funkcją pomiarową lub klasy I sterylnych do dopuszczenia do używania wystarczające jest wystawienie deklaracji zgodności CE przez producenta. Brak jest wymogu posiadania certyfikatu CE wystawionego przy współudziale jednostki notyfikującej.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, iż wybrana oferta spełnia wymagania postawione przez zamawiającego odnośnie wymaganych certyfikatów. W ocenie Izby przyjęcie, iż zamawiający wymagał dołączenia wszystkich dokumentów wymienionych w pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ jest nieuzasadnione i prowadziło do nieuprawnionej zmiany warunków ubiegania się o przedmiotowe zamówienie po terminie składania ofert.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....