

Sygn. akt KIO/UZP 674/10

**WYROK**  
z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Członkowie: Aneta Mlącka**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne - **Konsorcjum: Ado – Med. Sp. z o.o., 41 – 600 Świętochłowice, ul. Bytomska 38B [Lider] i Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 18 – 404 Łomża, Al. Piłsudskiego 11** protestu z dnia 2 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: TMS Sp. z o.o., 02 – 952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84, oraz Medix Sp. z o.o. sp. k., 04 – 191 Warszawa, ul. Kokoryczki 18** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 18 – 404 Łomża, Al. Piłsudskiego 11 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: Ado – Med. Sp. z o.o., 41 – 600 Świętochłowice, ul. Bytomska 38B [Lider] oraz Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8044,00 zł (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 18 – 404 Łomża, Al. Piłsudskiego 11** na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł;
- 3) 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Ado – Med. Sp. z o.o., 41 – 600 Świętochłowice, ul. Bytomska 38B [Lider] oraz Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11,**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego - Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży w trybie przetargu nieograniczonego na ucyfrowienie aparatury i sprzętu do radiografii diagnostycznej i zabiegowej Szpitala Wojewódzkiego w Łomży. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Unii Europejskiej z dnia 16.12.2009 [nr 2009/S 242-346341]. Odwołanie od oddalenia protestu zostało wniesione przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Ado-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ze Świętochłowic [Lider] i Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy [wykonawca lub Konsorcjum Ado-Med]. W odwołaniu wykonawca zarzucił Zamawiającemu wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty, w szczególności polegający na odrzuceniu oferty Konsorcjum, oraz wybór oferty Konsorcjum TMS Sp. z o.o. Medix Sp. z o.o. Sp. k. jako najkorzystniejszej i tym samym naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz innych wynikających z uzasadnienia protestu. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzucenie oferty Konsorcjum TMS Sp. z o.o. Medix sp. z o.o. sp.

k. jako niezgodnej z wymogami SIWZ i wybór oferty Konsorcjum Ado-Med sp. z o.o. i Siemens sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania, wykonawca stwierdził, że Zamawiający (w zakresie pierwszego zarzutu) w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz wskazując na domniemany brak spełnienia wymogu określonego w pkt 10 części II załącznika nr 6 do SIWZ. Odwołujący, po zapoznaniu się z protokołem postępowania, w szczególności z treścią załącznika do protokołu, którym jest opinia biegłego Pana Jerzego Goździka uznał, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał interpretacji zmieniającej treść oferty a w konsekwencji dokonał jej odrzucenia. Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 16.03.2010 zarządzeniem wewnętrznym 19/2010 powołał biegłego w osobie mgr inż. Jerzego Goździka i zwrócił się do niego z zapytaniem czy aparat rtg zaoferowany przez ADO-MED posiada „tryb fluoroskopii; ciągła i pulsacyjna z przyciskiem nożnym przy aparacie”. Zdaniem wykonawcy - wbrew oświadczeniu wykonawcy złożonemu w ofercie i potwierdzeniu przez producenta - twierdzi, że aparat rtg AXIOM Luminos dRF nie posiada wymaganego w SIWZ trybu fluoroskopii ciągłej z przyciskiem nożnym przy aparacie. Powyższa opinia dotyczy zatem innego, niż podanego w Zarządzeniu Wewnętrznym nr 19/2010 zapytania. W uzasadnieniu mgr inż. Jerzy Goździk wprowadził nowe parametry/wymagania, które nie znajdowały się w SIWZ, a którymi posłużył się jako domniemanymi dowodami w sprawie wywodząc, iż skoro brak jest informacji w katalogach o danym parametrze (nie wymaganym przez Zamawiającego) to należy wprost dowodzić, iż aparat nie posiada danej funkcjonalności. Stawianie takich tez jest daleko idącym, nieuzasadnionym domniemaniem. Tym samym autor opinii podważył oświadczenia zarówno wykonawcy jak i producenta, a swoje tezy wywodzi wyłącznie z materiałów informacyjnych dołączonych do oferty. W tej kwestii jednoznaczne oświadczenie woli złożył wykonawca w ofercie z dnia 21.01.2010 r. a następnie na wezwanie Zamawiającego - dotyczące złożenia wyjaśnień do oferty - dwukrotnie potwierdził. W szczególności: (1) biegły zawarł w opinii swoje domniemania, że brak szczegółowego opisu parametrów fluoroskopii ciągłej tj. matryca obrazowania oraz pole widzenia, jest dowodem w sprawie, tj. że aparat nie posiada tego trybu. Wykonawca zauważa, że Zamawiający nie formułował takich wymogów w oryginalnej specyfikacji, więc ich żądanie jest bezprawne i stanowi modyfikację wymogów wprowadzoną przez biegłego w opinii. Przypomina, że jeden z parametrów fluoroskopii ciągłej samoistnie potwierdził producent - maksymalny prąd fluoroskopii ciągłej 4,ImA. (2) Biegły wprowadził w opinii nowe kryterium decydujące o spełnianiu wymagań SIWZ tj. obrazowanie z prędkością 25 kl./s (nigdzie nie występujące w oryginalnej specyfikacji), jako oczekiwany przez niego dowód na istnienie fluoroskopii ciągłej. Jest to niedopuszczalna modyfikacja wymogów na tym etapie postępowania. (3) Biegły w świetle analizowanych dokumentów potwierdza istnienie fluoroskopii ciągłej w generatorze

aparatu AXIOM Luminos dRF, jednak formułuje niezrozumiałą konkluzję, że nie oznacza to występowania tej funkcjonalności w „całym zestawie rentgenowskim”. Wnioski takie są całkowicie niezrozumiałe chociażby z punktu widzenia zasad logiki. Dodatkowo, zdaniem wykonawcy, na szczególną uwagę zasługuje fakt, że wymóg fluoroskopii ciągłej w oryginalnej specyfikacji został zawarty właśnie w części II tabeli załącznika 6 zatytułowanej „Generator” i nie jest powtórzone w żadnej innej części specyfikacji, zatem biegły niedopuszczalnie modyfikuje wymogi SIWZ i jednocześnie zauważa, że stwierdzenie, iż istnieje fluoroskopia ciągła w generatorze potwierdza spełnianie spornego parametru opisanego w punkcie 10 części II. (4) Uwaga biegłego dotycząca rozporządzenia MZ z dnia 25 sierpnia 2005 w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznych przywołana w kontekście zakazu stosowania fluoroskopii bez wzmacniacza obrazu (§ 15 ust. 2 w/w rozporządzenia) nie pozostaje w żadnym związku ze sprawą. Przedmiotem zamówienia jest cyfrowy aparat z obrazowym panelem płaskim, a nie ze wzmacniaczem. Twierdzenie, że odpowiednikiem wzmacniacza obrazu jest panel cyfrowy z funkcją obrazowania w trybie fluoroskopii ciągłej nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia i nie występuje w oryginalnej specyfikacji. W wymaganej przez Zamawiającego matrycy obrazowej 1024x1024 i w wymaganym formacie pola obrazowego 43x43cm zastosowany przez wszystkich producentów panel, zdolny jest do akwizycji obrazów jedynie z częstotliwością 15 obrotów/s, co stanowi wymóg oryginalnej siwz. Powoływanie się na dyrektywę RUE 84/466/Eurotom nie ma związku ze sprawą i nie może stanowić żadnego dowodu na spełnianie spornego parametru.

W zakresie drugiego zarzutu, Odwołujący podniósł, iż oferta wybranego przez Zamawiającego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako nie odpowiadająca treści SIWZ. Zdaniem wykonawcy, z treści oferty Konsorcjum TMS Sp. z o.o. i Medix Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że wykonawca ustalił wartość oferty przy uwzględnieniu 7-procentowej stawki podatku od towarów i usług. Powyższe działanie Konsorcjum TMS Sp. z o.o. i Medix Sp. z o.o. Sp. k. należy uznać za sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z postanowieniami ustawy o podatku od towarów i usług opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega między innymi odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług (art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy). Przez dostawę towarów rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel (art. 7 ust. 1 ustawy), natomiast przez świadczenie usług każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów (art. 8 ust. 1 ustawy). Na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Zasadą jest, zatem stosowanie 22-procentowego podatku od towarów i usług, odstępstwo od tej zasady wynikać natomiast musi z obowiązujących w tym zakresie

przepisów prawa podatkowego. Aktualny pozostaje pogląd wyrażony m.in. w wyroku z dnia 9 czerwca 2000 roku, sygn. akt: I SA/Ka 2367/98, w którym stwierdzono, że: „(...) ustawodawca jako regułę określił sytuację, w ramach, której stawka tego podatku wynosi 22%. Skoro zaś tak, to winno być poza sporem, że wyjątki od tej reguły nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Jeśli więc 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.” Ogólne reguły konstrukcyjne podatku, a także brzmienie przepisów ustawy potwierdza, zatem, że stawka 22% ma charakter podstawowy i zasadniczy. Jeden z wyjątków wprowadzony został w ust. 2 art. 41 ustawy. Zgodnie z jego treścią dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%. W poz. 106 załącznika nr 3 do ustawy wskazano, iż stawką 7-procentową objęte zostały wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika, bez względu na symbol PKWiU. Jak wynika z powyższego, w przypadku gdy przedmiotem dostawy jest urządzenie medyczne czynność ta będzie opodatkowana podatkiem od towarów i usług w wysokości 7%. Pojęcie wyrobu medycznego nie obejmuje montażu i prac adaptacyjnych pomieszczeń, w których wyrób medyczny będzie zainstalowany. A zatem, skoro ustawodawca w poz. 106 załącznika nr 3 do ustawy o VAT wyraźnie odniósł się do wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, a definicja ta nie obejmuje swoim zakresem prac budowlano - montażowych pomieszczeń, w których zainstalowane zostaną wyroby medyczne, prace te nie podlegają opodatkowaniu stawką preferencyjną w wysokości 7%, na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 106 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Odwołujący w konkluzji podnosi, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług powinno przez wykonawcę składającego ofertę skutkować jej odrzuceniem. Powyższe znajduje potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ dotyczącym aparatu rtg cyfrowego dwustanowiskowego do zdjęć klatki piersiowej i zdjęć kostnych w punkcie V1.9 wymagał zaoferowania kratki przeciwrozproszeniowej z ogniskową kratki w zakresie 115-150cm. Zaoferowany przez TMS aparat EIDOS firmy MECALL s.r.l umożliwia ogniskowanie kratki jedynie w dwóch położeniach: 110cm i 180cm, zgodnie z załączonymi do oferty materiałami i opisem w instrukcji obsługi dla tego aparatu. Wynika z tego, że wartość ogniska 110cm nie spełnia warunku SIWZ w punkcie VI.9.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający, podtrzymał stanowisko, że oferta Protestującego podlega odrzuceniu uznając, że oferowany Aparat rtg nie posiada wymaganej funkcji fluoroskopii ciągłej. W przystąpieniu do postępowania protestacyjnego

oraz odwoławczego wykonawca poparł stanowisko Zamawiającego w całości, kwestionując zarzuty, co do podstaw odrzucenia jego oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.**

Rozpatrując zarzut bezpodstawności odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy – w granicach podstaw odrzucenia tej oferty wskazanych w piśmie z dnia 26 marca 2010 r. - Izba miała na względzie w szczególności: postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego, wyjaśnienia składane na wezwanie Zamawiającego oraz opinię powołanego przez Zamawiającego biegłego zawartą w piśmie z dnia 19 marca 2010 r., a także stanowisko Przystępującego do postępowania odwoławczego zawarte w zgłoszeniu do przystąpienia protestacyjnego i odwoławczego. Ze wskazanych dokumentów wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [ustawa PZP] podając, że zgodnie z załącznikiem nr 6 pkt II.10 wymagał w oferowanym aparacie RTG m.in. trybu fluoroskopii ciągłej. W ofercie Wykonawcy (w oryginalnych dokumentach producenta) brak jest potwierdzenia spełnienia tego parametru, wymaganego w aparacie RTG.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zgodnie z załącznikiem nr 6 do do siwz, Zamawiający w pkt I ustalił ogólne minimalne wymagania dla aparatu rtg cyfrowego wielofunkcyjnego z telekomando, a dla jego elementów składowych podał szczegółowe minimalne parametry techniczne, wskazując dla generatora w pkt II.10 siwz tryb fluoroskopii ciągłej i pulsacyjnej z przyciskiem nożnym, zaznaczając w tym przypadku tylko dla aparatu wymaganie, że przycisk ten ma być przy aparacie.

W opinii z dnia 19 marca 2010 r., stanowiącej podstawę oceny oferty Odwołującego (str. 1) i w konsekwencji jej odrzucenie, biegły powołując się na dane zawarte w ofercie na str. 247, 252 i str. 333 [dane techniczne] oraz na str. 329 [Instrukcja obsługi], oraz nie kwestionując, że generator Polydros F65 zaoferowany w aparacie ma funkcjonalność fluoroskopii ciągłej, poddał w wątpliwość funkcjonalność fluoroskopii ciągłej dla całego zestawu rentgenowskiego.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że w świetle postanowień specyfikacji, warunek ustalony w pkt II. 10 siwz dotyczy generatora, a nie aparatu rtg. Tym samym oferta Odwołującego z powodu braku potwierdzenia spełnienia tego parametru, dla

całego oferowanego zestawu rentgenowskiego nie może – w świetle postanowień specyfikacji – podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji i tym samym odwołanie podlega uwzględnieniu.

Jednocześnie Izba zauważa, iż dla oferowanego aparatu odwołujący się wykonawca załączył dokumenty wymagane postanowieniami specyfikacji, w których uprawnione jednostki potwierdzają, że oferowany aparat spełnia wymogi w zakresie higieny radiacyjnej oraz posiada parametry techniczne określone m.in. w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej, do którego to rozporządzenia odwołuje się powołana opinia.

W pozostałym zakresie Izba pozostawiła bez rozpatrzenia zarzuty, dotyczące oferty Konsorcjum TMS sp. z o.o. i Medix Sp. z o.o. Sp. k., zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym na rozprawie, który wskazał na brak interesu prawnego w ich popieraniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, oraz zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....