

Sygn. akt: KIO/UZP 1589/09

WYROK
z dnia 4 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 1 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki, 87-800 Włocławek, ul. Wieniecka 49** protestu z dnia 5 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Ado-Med. Sp. z o.o., 41-600 Świętochłowice, ul. Bytomska 38 b** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w sposób wskazany w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Wojewódzki, 87-800 Włocławek, ul. Wieniecka 49

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki, 87-800 Włocławek, ul. Wieniecka 49** na rzecz **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej na poczet kosztów postępowania z wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84**.

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

Zamawiający, Szpital Wojewódzki we Włocławku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę tomografu komputerowego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 24.09.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę Toshiba Medical Systems Sp. z o.o. z Warszawy (zwana dalej „TMS”).

PROTEST

W dniu 05.10.2009 r. ADO-MED Sp. z o.o. (zwana dalej „ADO-MED”) ze Świętochłowic wniosła protest na ww. czynność zamawiającego domagając się odrzucenia oferty TMS na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy jako ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz zawierającą błędy w obliczeniu ceny.

Jako niezgodność treści oferty z treścią siwz kwalifikującą ofertę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazano:

- brak złożenia prawidłowego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wymaganego w siwz (rozd. VI pkt A.5) – wybrany wykonawca poprzez wykreślenie odpowiedniej części oświadczenia wykazał, iż nie posiada odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami, które umożliwią wykonanie zamówienia oraz nie przedstawił zobowiązania podmiotów, które umożliwią mu wykonanie zamówienia w zakresie dostawy, montażu, szkolenia i serwisu tomografu komputerowego;
- brak złożenia wraz z ofertą wymaganego w siwz (rozd. III pkt 3a) oświadczenia w przedmiocie wysokiej niezawodności i bezpieczeństwa użytkowanego sprzętu;
- brak złożenia wraz z ofertą wymaganego w siwz (rozd. VI pkt A.8) zaakceptowanego i podpisanego projektu umowy – załączony do oferty projekt umowy nie uwzględnia modyfikacji siwz z dnia 03.07.2009 r.
- brak złożenia wraz z ofertą wymaganego w siwz (rozd. VI pkt A.16) dowodu uzyskania wpisu oferowanego tomografu komputerowego do rejestru wyrobów medycznych - TMS załączyła do oferty jedynie zgłoszenie urządzenia do rejestru.

Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikujący ofertę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp wskazano obniżoną (wyjątkową, preferencyjną) stawkę VAT (7%) zastosowaną przez wykonawcę do całego zakresu świadczenia objętego ofertą, gdy stawka ta mogła zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi odnosić się tylko do dostawy wyrobu medycznego jakim jest tomograf komputerowy, a nie np. do robót/usług związanych adaptacją i przygotowaniem pomieszczeń w których urządzenie będzie zainstalowane, które powinny zostać objęte stawką podstawową VAT (22%).

PRZYSTĄPIENIE DO PROTESTU

W dniu 06.10.2009 zamawiający przekazał informację o wniesieniu protestu, a w dniu 09.10.2009 r. TMS przyłączyła się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o jego oddalenie.

Przystępujący podniósł, iż przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a składając ofertę wyraził wolę zawarcia umowy w treści obowiązującej w chwili otwarcia ofert.

Odnosnie dokumentów potwierdzających uzyskanie wpisu do Rejestru Wytwórców i Wyrobów Medycznych TMS wskazała, iż proces uzyskania wpisu trwa często kilka miesięcy i z tego to powodu zgłoszenie do RWiWM jest w postępowaniach przetargowych traktowane na równi z wpisem. Na potwierdzenie powyższego załączono kopię opinii Wydziału Prawnego Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Warszawie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zastosowanej stawki podatku od towarów i usług przystępujący wskazał, iż przedmiot zamówienia ma charakter kompleksowy i jako taki objęty będzie jedną umową cywilnoprawną, w której czynność dostawy, montażu i uruchomienia tomografu będzie świadczeniem głównym, a realizacja pozostałych czynności będzie miała charakter pomocniczy, którego celem będzie prawidłowe funkcjonowanie tomografu. Ponadto wykonawca dysponuje stosowną interpretacją indywidualną wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 27 marca 2008 roku odnośnie stosowania przepisów prawa podatkowego, z której wynika, iż do świadczeń kompleksowych należy zastosować stawkę podatku od towarów i usług właściwą dla świadczenia głównego tj. dostawy, montażu i uruchomienia tomografu komputerowego w wysokości 7%.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 15.10.2009 r. zamawiający uwzględnił protest ADO-MED oraz postanowił odrzucić ofertę TMS i wybrać ofertę ADO-MED.

Zamawiający podzielił zarzuty protestującego podniesione w stosunku do oferty pierwotnie wybranej w zakresie jej niezgodności z treścią siwz. Odnosząc się natomiast do zarzutu związanego z błędnie przyjętą i zastosowaną do obliczenia ceny oferty stawką VAT, zamawiający stwierdził: „...że orzecznictwo w przedmiocie stawki podatku VAT w zakresie dostaw i montażu sprzętu medycznego nie jest jednolite. Zamawiający dysponuje treścią interpretacji indywidualnej znak IP-PP2-443-12/082/AZ z dnia 27 marca 2008r, wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie w imieniu Ministra Finansów na rzecz spółki TMS, z której wynika, iż istnieje możliwość zastosowania jednej stawki podatku od towarów i usług właściwej dla świadczenia głównego, tj. dostawy urządzenia np. tomografu komputerowego. Zamawiającemu znane są również inne interpretacje, potwierdzające tę tezę, bądź też uważające ją za błędną. Przeważa jednak pogląd, iż zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług VAT stanowi obligatoryjną podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.”

ODWOŁANIE

W dniu 22.10.2009 TMS wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i z art. 26 ust. 3 ustawy oraz wniosła o powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem jej oferty oraz wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w pełni podtrzymał i poparł stanowisko wyrażone w przystąpieniu do protestu. Obok wskazania, iż zastosowana w ofercie odwołującego stawka podatku od towarów i usług jest prawidłowa, podniesiono, iż zamawiający nie jest uprawniony do oceny i rozstrzygnięcia jaka stawka VAT jest wiążąca dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. nie ma prawa do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp oferty, której cena została obliczona w inny sposób niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Wykonawcy w każdym przypadku (z wyłączeniem sytuacji opisanej w art. 91 ust. 3 a ustawy) otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą wg własnych decyzji i ryzyka pomniejszają o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT (wyrok KIO z 12.08.2009 r. sygn. akt. 987/09). W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki VAT, to na podatniku (wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi.

Uwzględniając dokumentację postępowania, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdz. VI siwz pt. „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, lit. A, pkt 5/, celem potwierdzenia spełniania warunków z art. 22 ustawy zamawiający wymagał przedłożenia oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz. Pkt 2 ww. załącznika brzmi: „posiadamy niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponujemy potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, natomiast pkt 3 stanowi: „przedstawiamy pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia”. Oba ww. punkty oświadczenia zostały oznaczone gwiazdką odsyłającą do przepisu, który informował „Niepotrzebne skreślić”.

Odwołujący przedłożył wraz ze swoją ofertą (str. 5 załączników do oferty) oświadczenie, w którym wykreślił punkt 2.

Na stronie 6 i 7 załączników do oferty znajdują się oświadczenia, odpowiednio firm EKOMED Sp. z o.o. i PIXEL Technology, o udostępnieniu potencjału technicznego i personalnego do wykonania wstrzykiwacza kontrastu oraz systemów PSCS/RIS (części przedmiotu zamówienia).

W rozdz. III siwz zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 lit. a/ zamawiający sformułował wymóg aby oferowany sprzęt charakteryzował się wysoką niezawodnością i bezpieczeństwem użytkowania oraz że wymaga oświadczenia wykonawcy w tym przedmiocie (ze wskazaniem modelu tomografu).

Odwołujący przedłożył oświadczenie (strona 32 załączników do oferty), w którym poświadczył, iż zaoferowany przez niego tomograf TSX-101A (Aquilion) spełnia wszystkie minimalne wymagania określone w siwz.

W rozdziale VI siwz pt. „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, lit. A, pkt 8 zamawiający celem potwierdzenia spełniania warunków z art. 22 ustawy wymagał przedłożenia podpisanego i zaakceptowanego projektu umowy stanowiącego załącznik nr 5 do siwz.

W dniu 03.07.2009 r. zamawiający zmodyfikował brzmienie wzoru umowy.

Wykonawca do swojej oferty załączył podpisany wzór umowy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, tj. nie uwzględniając zmian z dnia 03.07.2009 r.

W rozdz. III siwz „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 lit. f/ zamawiający zawarł wymóg, iż oferowany sprzęt winien posiadać dopuszczenie do użytkowania w placówkach Służby Zdrowia, spełniając wymogi określone co najmniej w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 93, poz. 896 ze zm.).

Natomiast w rozdziale VI siwz pt. „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, lit. A, pkt 16, celem potwierdzenia spełniania warunków z art. 22 ustawy zamawiający wymagał przedłożenia dowodu uzyskania wpisu oferowanego sprzętu do rejestru wyrobów medycznych – zgodnie z art. 52 i 54 ustawy o wyrobach medycznych.

TMS do swojej oferty (str. 99) załączyła „Formularz zgłoszenia do rejestracji wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzanie do obrotu i do używania” dotyczący tomografu komputerowego model TSX-101A w różnych konfiguracjach z potwierdzoną datą wpływu do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w dniu 27.05.2009 r.

Ponadto odwołujący do przystąpienia do protestu załączył opinię Wydziału Prawnego Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Warszawie z dnia 15.12.2003 r., z której wynikało, iż według wystawiającego opinię zgłoszenie urządzenia medycznego do Rejestru Wytwórców i Wyrobów Medycznych bez potwierdzenia dokonania wpisu jest dokumentem warunkowo dopuszczającym do obrotu i używania wyrobu i tym samym dokumentem uprawniającym do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozdz. XII siwz „Opis sposobu obliczenia ceny...”, w pkt 4 zamawiający wymagał, aby cena ofertowa podana została w wartościach netto i brutto, z wyodrębnieniem obowiązujących stawek podatku od towarów i usług (VAT).

Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu obejmuje m.in. dostawę tomografu komputerowego, dostawę systemów informatycznych służących do archiwizowania i przetwarzania danych pochodzących z pracy tomografu oraz adaptację pomieszczeń wraz z instalacją urządzenia w tak przygotowanych wnętrzach.

Jak *expressis verbis* wynika z formularza ofertowego (str. 1) złożonego przez wykonawcę, cena oferty TMS zawiera 7% stawkę VAT.

Odwołujący dysponuje wydaną na jego wniosek przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z upoważnienia Ministra Finansów interpretacją indywidualną z dnia 27.03.2008 r. przepisów prawa podatkowego dotyczącą podatku od towarów i usług w zakresie opodatkowania dostawy i montażu sprzętu medycznego potwierdzającą prawidłowość zastosowania 7% stawki VAT do całości przedmiotu umowy/zamówienia obejmującego dostawę tomografu wraz z dodatkowym sprzętem medycznym oraz wykonaniem adaptacji pomieszczeń dla potrzeb instalacji ww. sprzętu (interpretacja załączona do przystąpienia do protestu).

Przystępujący do odwołania, ADO-MED przedstawił wydruk ze strony internetowej serwisu podatkowego Ministerstwa Finansów (sip.mf.gov.pl) z interpretacją indywidualną z dnia 14.07.2009 r. wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie dla podmiotu, którego danych nie ujawniono, w której organ wydający stwierdził nieprawidłowość zastosowania jednolitej, obniżonej stawki VAT do dostawy urządzenia medycznego oraz adaptacji pomieszczenia, w którym urządzenie jest instalowane. Według wydającego interpretację do robót związanych z adaptacją pomieszczenia należy stosować stawkę podstawową 22%.

Po zamknięciu rozprawy, w dniu 03.12.2009 r. odwołujący przesłał do Izby wydruk z ww. strony internetowej zawierający indywidualną interpretację podatkową wydaną w dniu 28.01.2009 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie potwierdzającą prawidłowość zastosowania jednolitej, obniżonej stawki VAT do dostawy obejmującej urządzenie medyczne oraz systemy oprogramowania związane z obsługą tego urządzenia.

Ponadto TMS przedstawiła na rozprawie wydaną na jej wniosek opinię prawną doradcy podatkowego, prof. dr hab. Witolda Modzelewskiego, z Kancelarii Instytut Studiów Podatkowych Modzelewski i Wspólnicy, z której wynikało, iż zamawiający nie jest uprawniony do zakwestionowania wydanej na podstawie przepisów Ordynacji podatkowej interpretacji indywidualnej, a wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji z tytułu zastosowania wskazanej w interpretacji stawki opodatkowania (w tym również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie, tytułem uwag wprowadzających, Izba wskazuje, iż zamawiający w trakcie postępowania, jak i w samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, miesza wymagania dotyczące treści oferty z instytucją warunków udziału w postępowaniu, tak jak i dokumenty i załączniki składające się na treść oferty (opisującymi i dookreślającymi zobowiązanie wykonawcy) z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzającymi, iż dostawy, usługi oraz roboty budowlane oferowane przez wykonawców spełniają wymogi zamawiającego.

W przypadku braku przedłożenia oświadczenia, o którym stanowi art. 44 ustawy, sankcją w stosunku do wykonawcy jest jego wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a nie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

Dyspozycja zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiąca o konieczności odrzucenia oferty w przypadku gdy treść oferty nie odpowiada treści siwz, znajduje zastosowanie w przypadku niezgodności materialnej zakresu zobowiązania wynikającego z treści oferty z zobowiązaniem opisanymi i wymaganym w siwz ewentualnie braku czy niezgodnego z siwz przygotowania elementów oferty, które ww. treści zobowiązaniowe mają wyrażać i dookreślać. W żadnym razie hipotezy ww. przepisu nie wypełnia brak załączenia do oferty dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo dokumentów wymaganych i mnożonych przez zamawiającego dla celów formalnych, pozbawionych w świetle przepisów ustawy żadnego znaczenia dla prowadzonego postępowania. Za pozbawione podstawy prawnej i nieskuteczne uznać więc należy zapewnienia zamawiającego formułowane w siwz o odrzuceniu oferty w przypadku nieprzedłożenia któregośkolwiek z oświadczeń bądź dokumentów wskazanych w siwz –

zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty statuuje art. 89 ust. 1 ustawy i jako taki nie może być rozszerzany przez zamawiającego.

W odniesieniu do stawianego odwołującemu zarzutu nie złożenia prawidłowego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdza, iż zarzuty tego typu są wynikiem nadmiernej komplikacji wzoru oświadczenia w tym przedmiocie. Zamiast pozostawienia wykonawcom swobody w przedmiocie skomponowania treści takiego świadczenia lub poprzestaniu na jednozdaniowym, odpowiadającym treści art. 44 Pzp, wzorze takowego, zamawiający żądał pod groźbą odrzucenia oferty, przedłożenia oświadczenia, w którym przewidział wykreślanie jednego z punktów (2 lub 3) o treści wzajemnie się wykluczającej (w przypadku gdy wykonawca osobiście dysponuje całym potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia, z naczu t.p., że nie ma potrzeby posiłkowania się potencjałem innych podmiotów w jakimkolwiek zakresie, i na odwrót – w przypadku gdy zamierza wykazać się potencjałem innych podmiotów choćby w jak najmniejszej części, to znaczy, że sam nie dysponuje takim potencjałem i punkt oświadczenia dotyczący powyższego powinien wykreślić). Ze zgodnego z powyższym rozumowaniem wykreślenia adekwatnego punktu wzoru oświadczenia zamawiający wyciąga daleko idące wnioski jakoby odwołujący oświadczył w ten sposób, iż nie dysponuje doświadczeniem i potencjałem niezbędnym do wykonania przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, m.in. fakt potwierdzania przez odwołującego również innymi dokumentami spełniania konkretnych, stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz nieracjonalność przyjmowania, że wykonawca chciał złożyć oświadczenie o niespełnianiu warunków udziału w postępowaniu, stwierdzić należy, iż wniosek tego typu jest nieuprawniony. Ponadto Izba wskazuje, iż w trakcie rozprawy odwołujący złożył do protokołu oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując Izba uznała, iż zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a odwołujący właściwie potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tzn. złożył stosowne oświadczenie w tym przedmiocie, a tym samym zbędnym mnożeniem formalnych czynności w postępowaniu byłoby nakazywanie zamawiającemu wzywania do uzupełnienia ww. oświadczenia na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, który uzupełnianie takich oświadczeń przewiduje.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego braku oświadczenia o wysokich walorach użytkowych aparatu, Izba wskazuje, iż zgodnie z normą wyrażoną w art. 25 ust. 1 ustawy zamawiający

może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Biorąc pod uwagę, iż weryfikacja oferowanej dostawy odbywa się w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia na podstawie treści oferty w oparciu o normatywne ramy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie w odniesieniu do nieostrych i niedookreślonych pojęć zawartych w wymaganym oświadczeniu, stwierdzić należy, iż treść tego oświadczenia nie niesie w sobie żadnych treści normatywnych czy zobowiązaniowych i jako takie jego żądanie należy uznać za zbędne dla przeprowadzenia postępowania. Tym samym brak ww. oświadczenia nie uprawnia do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto, wobec braku określenia w siwz dokładnej formy oświadczenia i precyzyjnej miary i odniesienia dla wymaganych treści w nim zawartych (do jakiego rzeczywistego poziomu jakości i funkcjonalności należało odnieść się w przedmiotowym oświadczeniu), za takowe można uznać oświadczenie przedłożone na 32 stronie załączników do oferty odwołującego.

W nawiązaniu do zarzutu dotyczącego załączenia do oferty nieaktualnego podpisanego wzoru umowy, Izba wskazuje, iż w przypadku braku przedłożenia tego typu wzoru w ogóle, do rozważenia pozostawałaby kwestia czy taka niezgodność sposobu przygotowania oferty z wymogami siwz jest pozbawionym konsekwencji prawnych uchybieniem, co do wymaganej formy przygotowania oferty i pominięciem wyrażanej w tej formie woli zawarcia umowy na warunkach wymaganych w siwz, która została już wyrażona w ofercie w innych sposób. Jednakże, wobec podpisania i przedłożenia wzoru umowy w brzmieniu nieodpowiadającym aktualnej treści siwz, powstaje sytuacja, w której złożono w ten sposób oświadczenie woli o treści sprzecznej z siwz, którego materialnym substratem jest tekst przedstawionej umowy. W szczególności w ten sposób w samej treści oferty powstaje wewnętrzna sprzeczność pomiędzy formularzem ofertowym stanowiącym zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz, a podpisanym wzorem umowy, który zakłada odmienne wykonanie zobowiązań, a którego przedłożenie może być odczytywane jako proponowanie zamawiającemu podpisania umowy w takim kształcie.

Powołane wyżej okoliczności faktyczne uzasadniają stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią siwz, które dla ewentualnego zaniechania odrzucenia oferty wymaga wyjaśnienia lub usunięcia w trybie i zakresie dopuszczonym w przepisach ustawy. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi bowiem wyraźnie, iż odrzuca się ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast zgodnie z powołanym wyżej przepisem zamawiający obligatoryjnie poprawia omyłki w ofercie polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Podstawową przesłanką warunkującą zastosowanie powołanego przepisu jest więc stopień „istotności” zmian w treści oferty, których dokonania wymagałoby doprowadzenia do stanu zgodności oferty z siwz. Tymczasem w związku z opisanym wyżej charakterem ewidentnej omyłki, co do przedłożenia aktualnego wzoru umowy oraz składanych w przystąpieniu do protestu i na rozprawie oświadczeń odwołującego, iż deklarował (w ofercie) i deklaruje wolę zawarcia umowy w sprawie zamówienia w brzmieniu na dzień składania ofert, poprawienie omyłki będzie miało raczej charakter wyeliminowania wewnętrznej sprzeczności w oświadczeniu woli wykonawcy, niż wprowadzaniu istotnych zmian w jej treści.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu poprawienie oferty odwołującego w zakresie uaktualnienia załączonego, podpisanego wzoru umowy. Technicznie czynność poprawienia oferty może odbyć się w taki sposób, że zamawiający w ramach poprawienia omyłki odwołującego przedłoży wykonawcy aktualny projekt umowy zwracając się o akceptację poprawki poprzez podpisanie wzoru umowy pod sankcją odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Brak udokumentowania dopuszczenia oferowanego przez odwołującego urządzenia do obrotu medycznego za pomocą wpisu do rejestru wyrobów medycznych również nie uzasadnia odrzucenia oferty bądź wykluczenia wykonawcy bez dokonania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wymogiem zamawiającego w przedmiocie cech jakie ma spełniać oferowany tomograf, było żądanie aby urządzenie posiadało dopuszczenie do użytkowania w placówkach Służby Zdrowia zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych. Natomiast dla udokumentowania powyższego żądano przedłożenia dowodu wpisu do rejestru wyrobów medycznych, o którym stanowią przepisy ww. ustawy. Powyższego wyraźnie i precyzyjnie sformułowanego w siwz żądania, co do sposobu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego dostawy, odwołujący w żaden sposób w we właściwych terminach nie zakwestionował. Ponadto truizmem jest konstatacja, że zgłoszenie do rejestru nie jest wpisem do rejestru. Tym samym stwierdzić należy, iż TMS nie przedłożyła dokumentu potwierdzającego, iż oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, którego żądano w siwz.

Jednakże zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Zdanie drugie przepisu stanowi, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Niewątpliwie dokumenty potwierdzające dokonanie wpisu do rejestru należą do kategorii dokumentów, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. potwierdzają spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i jako takie podlegają obligatoryjnemu uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zasadne staje się więc nakazanie zamawiającemu wezwanie TMS do uzupełnienia przedmiotowego dowodu dokonania wpisu tomografu do rejestru wyrobów medycznych. W ten sposób zamawiający będzie mógł zgodnie z przepisami ustawy uzyskać dokument, którego żądał w siwz.

Izba zaznacza, iż wymóg zamawiającego odnośnie przedmiotu dostawy sformułowany w siwz nie dotyczył wpisania urządzenia do rejestru wyrobów medycznych ale jego dopuszczenia do użytkowania w placówkach Służby Zdrowia. Natomiast dokument potwierdzający wpis, dokonany nawet po terminie składania ofert, w zestawieniu z innymi dokumentami (zgłoszenie do rejestru, deklaracja zgodności CE) potwierdzał będzie, iż już w chwili składania ofert oferowany tomograf spełniał wymagania zamawiającego, tj. w świetle przepisów ustawy o wyrobach medycznych (art. 4 i n., art. 54) był dopuszczony do obrotu i używania na terytorium RP.

W trakcie oceny powyższego Izba nie wzięła pod uwagę opinii Wydziału Prawnego Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Niniejsza opinia prawna zawiera ogólne twierdzenie w przedmiocie możliwości posługiwania się dokumentem zgłoszenia do rejestru w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które właściwie można odnieść do większości dokumentów urzędowych i prywatnych, które mogą dotyczyć jakichkolwiek zagadnień, których wykazywanie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie potrzebne. Ponadto opinia nie zawiera wskazania jakiegokolwiek podstawy prawnej ani powołania adekwatnych przepisów, a wnioskując z daty tam zawartej (rok 2003), została

wydana na tle nieobowiązujących regulacji (zarówno w odniesieniu do ustawy o wyrobach medycznych, jak i do Pzp, wskazać należy, że zostały uchwalone w roku 2004).

Izba potwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego w związku z przyjętą w ofercie stawką podatku od towarów i usług.

Izba bynajmniej nie rozstrzygała, jaką stawkę/stawki podatku od towarów i usług należałoby zastosować do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz przyjąć w ofercie w świetle obowiązujących przepisów podatkowych. Izba podnosi jedynie i stwierdza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, który stanowi o odrzucaniu ofert zawierających błędy w obliczaniu ceny nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę niezgodnej z prawem stawki VAT. Wobec braku przepisu, który dosłownie w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do niewłaściwych stawek podatkowych, wskazać należy, że również pogląd przeciwny (dominujący zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym i arbitrażowym dot. zamówień publicznych) zasadza się na mniej lub bardziej uprawnionej wykładni powołanego przepisu, opierając się, przeważnie w sposób dorozumiany, na utożsamieniu pojęcia błędu (tu: błędu w obliczeniu ceny) z niezgodnym z prawem naliczeniem VAT przez płatnika podatku, które może być dokonane zarówno w wyniku błędu co do oceny obowiązujących w tym zakresie przepisów, jak też polegać na świadomym zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku lub podstawy opodatkowania. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż jest to utożsamienie nieuzasadnione.

Zamawiający nie jest organem podatkowym weryfikującym wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców. Ponadto zawsze, niezależnie od zastosowanej przez wykonawcę w ofercie stawki VAT zapłaci cenę brutto, która następnie niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym pozostanie niezmienną w całym okresie realizacji zamówienia, a czynność cywilnoprawna nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona w tym zakresie nie jest dotknięta sankcją nieważności.

Izba wskazuje na nie dające się pogodzić z postulatem racjonalności i spójności systemu prawnego państwa konsekwencje przyjęcia zastosowania ww. przepisu do błędów w obliczeniu podatku VAT (czy to w zakresie stawki czy wartości podstawy opodatkowania), które pociągałoby za sobą konieczność rozstrzygnięcia przez zamawiającego np. o prawidłowości zastosowanej stawki VAT, nawet gdy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu dysponują i powołują się na sprzeczne interpretacje właściwych i najbardziej kompetentnych w sprawie organów podatkowych.

Zamawiający nie jest adresatem dyspozycji art. 14b § 2 Ordynacji podatkowej i nie jest związany stanowiskiem zawartym w indywidualnej interpretacji podatkowej, o której mowa w art. 14a i n. ww. ustawy (wbrew sugestiom, które zdają się wypływać z przedstawionej przez odwołującego opinii Instytutu Studiów Podatkowych) Tym samym, gdy naliczanie podatku VAT zostanie uznane za „podpadające” pod hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, konsekwentnie, biorąc pod uwagę, iż w identycznym stanie faktycznym dwie różne stawki VAT nie mogą być jednocześnie uznane za prawidłowe, to nawet w przypadku gdy konkurujący o zamówienie wykonawcy dysponują korzystnymi dla siebie, a wzajemnie sprzecznymi indywidualnymi interpretacjami podatkowymi, zamawiający jako związany przepisami ustawy będzie musiał zdecydować, która oferta podlega w tym zakresie odrzuceniu. Paradoksalnie, wykonawca uzyskując interpretację podatkową i przygotowując w dobrej wierze zgodną z nią ofertę, czyli będąc zabezpieczonym przed negatywnymi konsekwencjami zastosowania przyjmowanych i rozliczanych przez niego stawek podatkowych w zakresie ewentualnych domiarów podatkowych i odpowiedzialności karnoskarbowej (art. 14c Ordynacji podatkowej), nie miałby żadnych gwarancji co do ewentualnego braku odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Indywidualne interpretacje podatkowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogłyby stanowić jedynie środek dowodowy, a ich rozstrzygnięcia i uzasadnienia oddziaływać na zamawiających jedynie poprzez zawartą tam argumentację i autorytet organów, które je wydają.

W związku z brakiem znaczenia dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp problemu ustalania właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki podatku od towaru i usług, w trakcie wyrokowania nie wzięto pod uwagę przedkładanych przez uczestników postępowania indywidualnych interpretacji podatkowych, które w tej sytuacji mogą posłużyć jedynie jako dowód możliwości uzyskiwania przez podatników czy płatników różnych stanowisk organów skarbowych w przedmiocie sposobu i zakresu zastosowania prawa podatkowego w ich indywidualnych sprawach.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 we Włocławku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*