

Sygn. akt: **KIO/UZP 49/10**

**WYROK**

**z dnia 2 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**

**Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MAR - MED Sp. z o. o. Al. Lotników 32/46, 02 - 668 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej ul. Bartoszycka 3, 11-100 Lidzbark Warmiński** protestu z dnia 22 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **ADO - MED Sp. z o. o. ul. Bytomska 38 B, 41 - 600 Świętochłowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża MAR - MED Sp. z o. o. Al. Lotników 32/46, 02- 668 Warszawa** 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 odwołującego MAR - MED Sp. z o. o. Al. Lotników 32/46, 02- 668 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr.** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) przez **MAR - MED Sp. z o. o. Al. Lotników 32/46, 02- 668 Warszawa** na rzecz **Zespół Opieki Zdrowotnej ul. Bartoszycka 3, 11-100 Lidzbark Warmiński**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł. 00 gr. (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556,00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **MAR - MED Sp. z o. o. Al. Lotników 32/46, 02- 668 Warszawa,**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na dostawę zestawu RTG z systemem pośredniej radiografii cyfrowej oraz sprzętu medycznego, o wartości powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w dniu 23 grudnia 2009 r. (pismem z dnia 22.12.2009 r.) został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez MAR – MED. Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w zakresie części 1 zamówienia na dostawę zestawu RTG.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 15 grudnia 2009 r. o odrzuceniu oferty odwołującego na dostawę zestawu RTG, jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Jednocześnie uczestnicy postępowania zostali powiadomieni o wyborze na część 1 zamówienia oferty wykonawcy ADO – MED. Sp. z o. o. z siedzibą w Świętochłowicach.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp, tj.: art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt 6, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

1) przez odrzucenie oferty odwołującego,

2) przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ADO - MED Sp. z o. o. na część 1 zamówienia.

Odwołujący w proteście wniósł o:

- uznanie za nieważną dokonaną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- uznanie za nieważną dokonaną czynność odrzucenia oferty złożonej przez firmę MAR – MED. Sp. z o. o.,
- powtórzenie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że do wyliczenia ceny ofertowej wykonawca (odwołujący) zastosował nieprawidłowe stawki podatku VAT, przez co oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie da się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jako chybiony uznał także zarzut, że z powodu ujęcia w cenie ofertowej kosztu przeprowadzenia testów akceptacyjnych oraz kosztu wykonania projektu osłon stałych, oferta jest sprzeczna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie powołał się na rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. Nr 180, poz. 1325), ponieważ określa ono jedynie miejsce przechowywania testów akceptacyjnych i podaje: „W pracowni rentgenowskiej znajdują się w oryginale lub uwierzytelnionych odpisach: zapisy dotyczące wewnętrznych testów kontroli parametrów technicznych aparatów rentgenowskich i obróbki błon rentgenowskich w ciemni oraz dokumenty spełniania testów akceptacyjnych urządzeń nowo instalowanych.” Na konieczność i sposób wykonania testów akceptacyjnych wskazuje rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie warunków- bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. Nr 194, poz. 1625), które podaje co następuje:

- w § 10 ust. 10: „Nowo instalowane urządzenia radiologiczne (...) podlegają testom akceptacyjnym przeprowadzanym po instalacji urządzenia w celu wykazania zgodności fizycznych parametrów technicznych ze specyfikacją producenta lub specyfikacją naprawy.
- testy, o których mowa w ust. 10, są wykonywane na koszt dostawcy urządzenia radiologicznego przez akredytowane laboratorium badawcze lub wspólnie przez uprawnionych przedstawicieli dostawcy i użytkownika.”

W opinii odwołującego, ustawodawca wskazał, że testy akceptacyjne są wykonywane na koszt dostawcy, czyli że stanowią koszt wykonawcy, a nie zamawiającego. Przez to, że są kosztem, to oczywistym jest, że muszą zgodnie z ustawą o rachunkowości, być składnikiem ceny sprzedaży podanej w ofercie. Ponadto Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych z 15 lutego 1992 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 54 poz. 654 ze zm.), w art. 15 ust. 1 precyzuje „kosztami uzyskania przychodu są wszystkie koszty poniesione w celu osiągnięcia

przychodów." Z przywołanych przepisów odwołujący wywiódł wniosek, iż zamawiający nie miał prawa wymagać, ażeby testy akceptacyjne wykonane zostały bezpłatnie. Wykonawca realizując przedmiot zamówienia, do czasu otrzymania przysługującej mu zapłaty, wszystkie czynności i dostawy wykonuje na własny koszt. Zaznaczył, że zgodnie z powyższym przepisem ustalił cenę oferty i wskazał na VAT w wysokości 22% dla testów akceptacyjnych. Domaganie się przez zamawiającego od wykonawcy aby świadczył bezpłatnie jakiegokolwiek usługi czy dostawy, uznał za sprzeczne z definicją zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią art. 2 pkt. 13 ustawy Pzp, pod pojęciem zamówienia publicznego należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest usługa, dostawa lub robota budowlana. Odwołujący podnosił, iż formularz ofertowy zastosowany w przedmiotowym postępowaniu, nie został ukształtowany w ten sposób, że wykonawca miałby obowiązek wpisać swoją cenę za każdy element zamówienia. Zamawiający nie posiada więc żadnej wiedzy, czy inni wykonawcy w cenie ofertowej także ujęli koszt wykonania testów. Wyciąganie wniosków, co do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaistniałej sytuacji uznał odwołujący za bezpodstawne. Podał, iż zamierza udzielić zlecenia firmie zewnętrznej, specjalistycznej na wykonanie testów adaptacyjnych jak i projektu osłon stałych, dlatego też uważał, iż w sposób zasadny miał prawo wliczyć koszt ten do ceny ofertowej, a co za tym idzie, zastosować stawkę 22% VAT do wyliczenia ceny ofertowej.

Odwołujący powołał się na przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. z 2005, Nr 194, poz. 1625), a także Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 i sierpnia 2006 r. w sprawie warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. z 2006 r. Nr 180, poz. 1325) stwierdzając, że jeżeli zamawiający uzależnił dokonanie odbioru przedmiotu zamówienia, między innymi, od uzyskania pozytywnej opinii Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Olsztynie, to uważał przygotowując swoją ofertę, że zamówienie publiczne musi zostać wykonane z zachowaniem wszystkich wymogów, od których jest uzależnione uzyskanie takiej opinii.

Dla uzyskania pozytywnej decyzji Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego na uruchomienie i stosowanie aparatów rentgenowskich do celów diagnostyki medycznej (...) oraz uruchomienie pracowni stosujących aparaty rentgenowskie w celach medycznych, wymagane jest przedłożenie dwóch dokumentów:

- projektu pracowni (rzuty pomieszczeń) wraz z projektem i opisem osłon stałych oraz wentylacji (zatwierdzonego przez Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego przy uzgadnianiu dokumentacji projektowej),

- dokumentu potwierdzającego spełnienie akceptacyjnych testów kontroli parametrów technicznych aparatu rentgenowskiego.

Dokumenty te są załącznikami do urzędowego wzoru „Wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności związanej z narażeniem na działanie promieniowania jonizującego, w zakresie uruchomienia pracowni oraz/lub uruchomienia i stosowania aparatury rentgenowskiej do celów medycznych. Odwołujący uważał zatem, iż dla uzyskania pozytywnej decyzji Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Olsztynie, wymaganej do odbioru przedmiotu zamówienia - dostawy aparatu RTG, jako wykonawca zobowiązany jest wykonać będące załącznikami do wniosku testy akceptacyjne i projekt osłon stałych. Na konieczność wykonania, zatwierdzenia i legitymowania się projektem osłon stałych przed uruchomieniem aparatu rentgenowskiego, zdaniem odwołującego, wskazują także przepisy przywołanego powyżej Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi, które w § 22, ust. 1, pkt 2 podają co następuje: „W pracowni rentgenowskiej znajdują się w oryginale lub uwierzytelnionych odpisach:

- projekt pracowni lub gabinetu (...) wraz z projektem i opisem osłon stałych (...), zatwierdzony przed uruchomieniem aparatu rentgenowskiego przez właściwego państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego przy uzgadnianiu dokumentacji projektowej właściwych do tego osłon stałych.

Ponadto, odwołujący zaznaczał, że dla aparatów RTG 1 i 2 w pozycji 1.6.2 i 2.5.6 Załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał autoryzowanego serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego na terenie Polski na cały aparat." Wyjaśnił, iż firma MAR - MED Sp. z o. o. jest wyłącznym i autoryzowanym przedstawicielem producenta General Medical Merate S.p.A w Polsce (kserokopia autoryzacji w ofercie), przez co jedynie jego firma, dla udzielenia gwarancji, musi wykonać, lub zlecić wykonanie projektu osłon stałych uprawnionej jednostce. Nikt inny poza odwołującym nie dysponuje wymaganą wiedzą i niezbędnymi do tego celu informacjami technicznymi, wymiarowymi i funkcjonalnymi oferowanego przez odwołującego w przetargu sprzętu RTG, potrzebnymi do wskazania prawidłowych danych, a w tym do posadowienia oferowanych zestawów w pracowni RTG zamawiającego. Za wręcz fałszywe uznał zatem twierdzenie zamawiającego, jakoby nie wymagał on w opisie przedmiotu zamówienia projektu osłon stałych, ponieważ pozostaje ono w sprzeczności z warunkami odbioru przedmiotu zamówienia. W tym bowiem zakresie oczekiwane było od wykonawcy „uruchomienie aparatu rentgenowskiego" oraz „...pozytywna decyzja Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Olsztynie." Dlatego też pomimo, że zamawiający nie wymienił projektu osłon stałych jako jednego z elementów przedmiotu zamówienia,

odwołujący za uzasadnione uznał uwzględnienie w cenie oferty wykonanie tego projektu, który podobnie jak testy akceptacyjne jest obłożony stawką 22% podatku VAT.

Za oczywistą omyłkę uznał odwołujący, że odpowiadając na pismo zamawiającego o wyjaśnienie w sprawie zastosowanych stawek podatku VAT, poinformował że stawka 22 % dotyczy „wykonania osłon stałych,” gdyż chodziło o wykonanie projektu tych osłon, jak było wymagane w SIWZ. Jeżeli zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości w powyższej sprawie, to zdaniem odwołującego, powinien niezwłocznie zwrócić się z pytaniem do pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, czy w cenach ofertowych uwzględnili oni wykonanie projektu, o którym mowa powyżej. Odpowiedź negatywna innych wykonawców, w świetle przedstawionego powyżej stanu faktycznego i prawnego, powinna skutkować odrzuceniem ofert.

W odniesieniu do kwestionowanych stawek podatku VAT zastosowanych do wyliczenia ceny ofertowej, odwołujący przytoczył postanowienia rozdziału IX, ust. 3 SIWZ. Podnosił, iż w treści SIWZ zamawiający nie podał jakie stawki podatku VAT winny znaleźć zastosowanie. Ponadto na wykonawcy ciąży obowiązek określenia prawidłowej stawki podatku VAT. Na poparcie swych twierdzeń, odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyrokach o sygnaturach: (sygn. akt KIO/UZP 203/09 i 219/09). Dalej odwołujący argumentował, iż przepisy ustawy o VAT statuują dla podatnika uprawnienie i jednocześnie obowiązek określenia stawki podatku VAT (art. 106). Jakkolwiek zamawiający dokonuje oceny poprawności złożonych w postępowaniu ofert, to możliwość kwestionowania stawki podatku VAT jest bardzo ograniczona. W istocie, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Elementem ceny jest podatek VAT, zatem zamawiający ma obowiązek przeprowadzić weryfikację również w tym zakresie. Jednakże jego działania nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., nr 8, poz. ze zm.). Ustawa Pzp nie stanowi bowiem szczególnych uprawnień dla zamawiającego w tym zakresie. Skoro tak, to uznać należy, że zamawiającemu przysługuje tyle uprawnień, ile wynika z ustaw podatkowych. Jak wskazano wyżej, to wystawca faktury, a więc wykonawca określa stawkę podatku VAT, a odbiorcy przysługuje jedynie prawo do odliczenia kwoty tego podatku (podatek naliczony). Z powyższego zatem nie wynika prawo do korygowania czynności wykonawcy dotyczących stawki podatku VAT. Sytuacja powyższa mogłaby ulec zmianie, gdyby zamawiający dysponował interpretacją indywidualną w rozumieniu przepisu art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa. Zamawiającemu, jako zainteresowanemu, przysługuje uprawnienie do złożenia wniosku do Ministra Finansów o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie. Wniosek może dotyczyć zarówno zaistniałego stanu faktycznego, jak również zdarzeń przyszłych (art. 14b § 2 ustawy Ordynacja podatkowa). Powyższe wskazuje, że jedynym organem

uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów. Zatem, jeśli zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną, nie jest zdaniem odwołującego, uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści, gdyż stanowisko zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w SIWZ, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy. Zatem, za nieuprawnione uznał odrzucenie oferty, na podstawie przekonania zamawiającego o zastosowaniu do wyliczenia ceny ofertowej błędnej stawki VAT. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie ma prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucić oferty, w której została cena obliczona w inny sposób, niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Ponadto zgodnie z art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczania i wpłacania podatku w odpowiednim terminie. Dlatego zamawiający, który w specyfikacji nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku, w przekonaniu odwołującego, powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy. 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. Przytoczył wyroki Izby: z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1514/08, z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 917/09. Odwołujący kwestionował także prawidłowość oferty wybranej ADO – MED Sp. z o. o.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 grudnia 2009 r., doręczone 28 grudnia 2009r. do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 28 grudnia 2009 r. przystąpił wykonawca wybrany - ADO - MED, Sp. z o. o., który nie zgodził się z zarzutami protestu przeciwko jego ofercie wniósł o utrzymanie czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Jednocześnie poparł zarzuty zamawiającego stanowiące postawę odrzucenia oferty odwołującego.

Pismem z dnia 29 grudnia 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości.

W odniesieniu do żądania - uznania za nieważną dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej: zamawiający oddalił zarzut dotyczący braku w ofercie wykonawcy ADO - MED Sp. z o. o. „Wykazu wykonanych dostaw,” albowiem wykaz ten znajduje się na stronie 15 oferty. Zamawiający oddalił zarzut, że oferta wybranego wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wezwał w dniu 4 grudnia

2009 r. ADO - MED Sp. z o. o. do wyjaśnienia zapisów w Formularzu ofertowym, dotyczących gwarancji, a udzielone wyjaśnienia są zgodne z wymaganiami SIWZ, gdyż wykonawca ten wyjaśnił, że sformułowanie "instalacja" jest równoważne z uruchomieniem i z podpisaniem protokołu odbioru i przekazania urządzenia do eksploatacji. Warunek „Gwarancja 12 miesięcy od daty instalacji, jednak nie dłużej niż 15 (12+3) miesięcy od daty dostawy nie stoi w sprzeczności z SIWZ, gdyż w punkcie IV ust. 1 SIWZ jest następujący zapis: „Termin wykonania całego zamówienia/zadania wynosi 3 miesiące maksymalnie, licząc od dnia zawarcia umowy.”

W odniesieniu do żądania - uznania za nieważną dokonaną czynność odrzucenia oferty złożonej przez firmę MAR - MED Sp. z o. o., zamawiający zajął następujące stanowisko: Zgodnie z przywołanym w proteście Rozporządzeniem Ministra Zdrowia, testy akceptacyjne są wykonywane na koszt dostawcy, co odwołujący przyznał. Osobne ujęcie tych kosztów w ofercie stanowiłoby przerzucenie kosztu testów akceptacyjnych na zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie wymaga żeby wykonawca świadczył na jego rzecz jakiegokolwiek usługi bezpłatnie, natomiast zawarł w SIWZ wymóg (punkt IV.2 SIWZ), żeby wykonawca na swój koszt: zainstalował i uruchomił aparaturę i/lub sprzęt; przeprowadził testy akceptacyjne (jeżeli dostawa dotyczy aparatury) zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. Nr 180, poz. 1325), przeprowadził przeszkolenie personelu medycznego w zakresie obsługi aparatury i/lub sprzętu, personelu technicznego w zakresie ich podstawowej konserwacji. Wskazał ponadto, iż odwołujący, składając ofertę podpisał oświadczenie: „Oświadczamy, iż poniesiemy wszelkie koszty związane z dostarczeniem, zainstalowaniem, uruchomieniem oferowanego sprzętu. oraz „Oświadczam że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte.” Zdaniem zamawiającego, wykonawca powinien tak skalkulować cenę dostawy, aby uwzględniała ona wszystkie ewentualne dodatkowe koszty, które w związku z dostawą wykonawca musi ponieść (czyli koszty dostawy, instalacji uruchomienia aparatu, testów akceptacyjnych. przeszkolenia personelu zamawiającego). Wyodrębnienie w cenie dostarczanego sprzętu również innych składników wyżej wymienionych było błędem, gdyż zamawiający nabywa odpłatnie tylko sprzęt medyczny, a nie inne odpłatne usługi i dodatkowe warunki związane z dostawą sprzętu/aparatury medycznej, które wykonawca zobowiązany jest spełnić na własny koszt. Za niezrozumiałe uznał zamawiający, że wykonawca jako błąd wskazuje żądanie przez zamawiającego wykonania testów akceptacyjnych na koszt wykonawcy, a jednocześnie nie kwestionuje żądania zamawiającego, by instalacja i szkolenie pracowników odbyło się na koszt wykonawcy. W złożonej ofercie, wykonawca nie wyodrębnia w dostawie sprzętu



medycznego, kosztów usługi szkolenia czy też kosztów usługi instalacji i uruchomienia sprzętu.

Odnosząc się do podnoszonych przez odwołującego wątpliwości - jaką stawkę inni wykonawcy uwzględnili podając koszt testów akceptacyjnych w swojej ofercie, zamawiający wyjaśnia, iż pismo dnia 4.12.2009 r., które wystosował do odwołującego, nie zawierało zapytania w sprawie kosztów wykonania testów akceptacyjnych. Pismo zawierało prośbę o wyjaśnienie zastosowania 7 i 22% stawki VAT na aparaty RTG oraz kardiomonitor. Pozostali wykonawcy zastosowali 7% stawkę VAT na zamówioną dostawę sprzętu medycznego, spełniając jednocześnie warunki określone w SIWZ. Zamawiający podał, iż nie oczekiwał od wykonawcy wykonania osłon stałych (ani też ich projektu), gdyż tak projekt jak i osłony posiada (o czym odwołujący wie, gdyż w dniu negocjacji, tj. 23 września 2009 roku był na wizji lokalnej). Mając wątpliwości co do posiadania projektu osłon stałych oraz samych osłon, odwołujący powinien zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie tej kwestii, czego w toku postępowania nie uczynił. Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że w wyjaśnieniu w sprawie zastosowania stawek podatku VAT popełnił oczywistą omyłkę i poinformował „wykonanie osłon stałych” zamiast „wykonanie projektu osłon stałych,” gdyż są to dwie odmienne usługi, z których żadna nie była wymagana w SIWZ.

W odniesieniu do stawki VAT jaka powinna zostać zastosowana, zamawiający stwierdził, iż określając przedmiot zamówienia jako „Dostawa aparatury medycznej i sprzętu,” zamawiający jednoznacznie określił stawkę podatku VAT. Zamawiający nie musi więc posiadać indywidualnej interpretacji w rozumieniu art. 11 b ustawy Ordynacja podatkowa, gdyż dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o podatku VAT, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1, ust. 2 cyt. art. 41 tej ustawy. W pozycji 106 ww. załącznika figurują 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. Ogólna definicja wyrobu medycznego zawarta jest w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896). Ponieważ zamawiający nie żądał wykonania osłon stałych (ani wykonania ich projektu), a testy akceptacyjne powinny być przeprowadzone na koszt wykonawcy, zamawiający nie przyjął wyjaśnień odwołującego na temat podanej w ofercie stawki VAT, tj. 7% i 22%, a należało podać stawkę 7% właściwą dla dostawy aparatury medycznej. W takim sensie uznał, że stawka VAT została błędnie zastosowana.

W związku z oddaleniem żądania unieważnienia czynności wyboru oferty oraz oddaleniem żądania unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, żądanie powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający uznał za bezprzedmiotowe.

W odwołaniu wniesionym w dniu 8 stycznia 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację protestu. Odnosząc się do jego rozstrzygnięcia, podał iż z przywołanej podstawy prawnej można wnioskować, iż zamawiający uznał, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również zawiera błąd w obliczeniu ceny. Obok argumentów podniesionych w treści oddalonego protestu wskazał, że dla oceny zaistniałej sytuacji istotne znaczenie mają informacje zawarte w:

- 1) rozdziale IX pkt. 1 SIWZ gdzie zapisano, że cena oferty powinna obejmować zakres zamówienia określony w rozdziale III (a więc dostawę sprzętu) oraz zawierać wszystkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia,
- 2) rozdziale IX pkt. 3 SIWZ gdzie zapisano, że dla porównania ofert zamawiający przyjmie cenę ofertową, tj. podaną wartość brutto uwzględniającą między innymi koszty szkolenia oraz koszty testów wymienionych w rozdz. IV SIWZ (a więc koszt testów akceptacyjnych).

Odnosząc się do przytoczonych powyżej postanowień SIWZ, odwołujący stwierdził, iż zamawiający nakazał wykonawcom, aby w cenie ofertowej zostały uwzględnione wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia. W ocenie odwołującego, przywołane powyżej wskazówki, dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej prowadzą do wniosku, że zamawiający oczekiwał od wykonawców obliczenia ceny ofertowej w taki sposób, że w cenie tej zawarte zostaną wszystkie koszty w takim wymiarze, że wybrany wykonawca nie będzie miał prawa domagać się jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia za czynności towarzyszące realizacji przedmiotu zamówienia, ponad zaoferowaną cenę ofertową. Tylko w taki sposób można interpretować treść oświadczenia złożonego wraz z ofertą, na które powołuje się zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu. Inaczej bowiem nie można było rozumieć takiego oświadczenia, skoro z jednej strony zamawiający wskazuje w SIWZ, że w cenie ofertowej należy uwzględnić koszty szkolenia i koszty testów akceptacyjnych, a drugiej strony żąda złożenia oświadczenia, iż to wykonawca poniesie wszelkie koszty dostarczenia, zainstalowania i uruchomienia sprzętu. Jest rzeczą oczywistą, że tworząc zapis mówiący o poniesieniu przez wykonawcę kosztów przeprowadzenia testów akceptacyjnych, zamawiający zamierzał zabezpieczyć się przed wszelkimi ewentualnymi roszczeniami wykonawcy, wykraczającymi poza cenę ofertową. Obawy takie w opinii odwołującego były zasadne, albowiem, jak twierdzi zamawiający w piśmie zawiadamiającym o odrzuceniu oferty, przedmiotem zamówienia były wyłącznie

zadania opisane w rozdziale III SIWZ. Skoro tak, to wszystkie czynności towarzyszące przedmiotowi zamówienia, o których mowa w rozdziale IV specyfikacji, w ocenie zamawiającego do przedmiotu zamówienia się nie zaliczają. Zamawiający przedsięwziął więc starania, aby za dodatkowe czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia wykonawca wybrany do realizacji zamówienia nie mógł domagać się jakiegokolwiek dodatkowej zapłaty, a koszt tych czynności został wliczony do ceny ofertowej. Odwołujący podtrzymał stanowisko, iż był uprawniony uwzględnić koszt wykonania testów akceptacyjnych w cenie ofertowej i ten fakt nie budzi wątpliwości. Przyznał, że zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego, w którym zostałyby uwidocznione ceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Wobec czego za nieprawdziwe poczytał twierdzenie zamawiającego zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, jakoby MAR-MED Sp. z o. o. wyodrębnił w cenie składniki odnoszące się do czynności towarzyszących przedmiotowi zamówienia, albowiem nic takiego w ofercie się nie znalazło. Zdaniem odwołującego, w zgodzie z przepisami o podatku VAT, w formularzu ofertowym podane zostały dwie stawki podatku VAT, ponieważ obydwie miały zastosowanie do wyliczenia ceny ofertowej. Zdaniem odwołującego zamawiający bezprawnie kwestionuje fakt ujęcia w cenie ofertowej kosztów wykonania testów akceptacyjnych, ponieważ sam nakazał ich uwzględnienie. Co do faktu zakwestionowania prawidłowości zastosowanej stawki VAT podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście. Zarzucał, iż zamawiający prowadzi postępowanie bez poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest bowiem wykluczone, że inni wykonawcy także potwierdziliby, że uwzględnili w cenie tego typu koszty, nie stosując przy tym dodatkowej stawki podatku VAT w wysokości 22%, co świadczyłoby o naruszeniu przepisów podatkowych. Zaniechanie zamawiającego, w opinii odwołującego, w tym zakresie narusza przytoczoną powyżej zasadę. Za nieprawdziwe uznał, jakoby w SIWZ jednoznacznie została określona stawka podatku VAT. Zamawiający nie posiada natomiast odmiennej interpretacji indywidualnej organu uprawnionego do wydawania interpretacji przepisów w sprawach podatkowych. Powołał się na przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. Nr 180. poz. 1325) i uzasadniał, że wykonany jednorazowo projekt osłon stałych jak również same osłony zamontowane w pracowni RTG na jego podstawie, nie mogą mieć i nie mają charakteru uniwersalnych, mających zastosowanie do każdej kolejnej aparatury montowanej w pracowni. W ocenie odwołującego, po zamontowaniu nowego aparatu RTG konieczne jest wykonanie projektu osłon, uwzględniającego parametry emisji charakterystyczne dla tego konkretnie aparatu. Tylko taki bowiem projekt osłon będzie materiałem wiarygodnym dla władz sanitarnych. Zatem skoro wyjaśniając powody zastosowania stawki podatku VAT, poinformował zamawiającego, że za cenę ofertową wykona na jego rzecz sporny projekt, to

takie wyjaśnienie nie może zostać uznane za szkodliwe dla zamawiającego. Wyjaśnił, iż przygotował i skalkulował taką ofertę, której wykonanie pozwoli na uzyskanie wszystkich pozytywnych opinii i pozwoleń organów sanitarnych, na użytkowanie pracowni RTG po zamontowaniu oferowanej aparatury. Nawiązując do sposobu obliczenia ceny ofertowej, podkreślał, iż wskazania zamawiającego w tym zakresie zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ograniczają wykonawcy do konkretnych składników cenotwórczych, jakie należy uwzględnić w cenie ofertowej. Zamawiający zapisał w tym fragmencie SIWZ, że cena ofertowa oprócz kosztów samego sprzętu, powinna obejmować wszystkie elementy niezbędne do wykonania zamówienia. Stąd wykonawca miał prawo uwzględnić w tej cenie każdy bez wyjątku koszt, jaki jego zdaniem ma wpływ na tą cenę. Jedyną konsekwencją zbytniego wygórowania ceny, może być niższa pozycja w rankingu wykonawców, sporządzonym w oparciu o ocenę ofert według kryterium ceny. Podjęta przez zamawiającego próba kwestionowania zaoferowanej ceny jest więc zdaniem odwołującego, działaniem nieuprawnionym, godzącym w jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Pismem z dnia 26 lutego 2009 r., z kopią przekazaną stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca ADO – MED Sp. z o. o., który podtrzymał stanowisko i wnioski przedstawione w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem. Argumentował również, iż zastosowanie powinna znajdować jednolita stawka podatku VAT, właściwa dla dostawy, a nie stawka przewidziana dla czynności pomocniczych.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę ADO - MED Sp. z o. o. do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do odwołania z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, załącznika do SIWZ - wzoru umowy, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania o udzielenie wyjaśnień wraz z udzieloną odpowiedzią odwołującego, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym, zatwierdzony projekt adaptacji pomieszczeń Szpitala w Lidzbarku Warmińskim na pracownię RTG z 2004 r., wzór wniosku na wydanie zezwolenia na uruchomienie i stosowanie aparatu RTG. Izba nie dopuściła wnioskowanych przez odwołującego dowodów: tj. kopi faktur za wykonanie projektów osłon stałych oraz

testów adaptacyjnych, ponieważ stawka VAT 22% w odniesieniu do tych usług była bezsporna, a zamawiający nie kwestionował prawa odwołującego do wliczenia kosztów testów do ceny aparatu, a projektu osłon stałych nie zamawiał. Izba nie dopuściła dowodów: – projektu technologicznego, adaptacji pomieszczeń pracowni RTG, wyników testów adaptacyjnych dla SP ZOZ w Międzyrzeczu Podlaskim, gdyż nie dotyczą one postępowania w niniejszej sprawie. Przedstawione wyliczenie ceny z podziałem ceny netto na VAT 7% i 22% jest bezprzedmiotowe wobec wymagań SIWZ.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Rozdział III SIWZ opis przedmiotu zamówienia stanowi:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowego zestawu RTG z systemem pośredniej radiografii cyfrowej oraz sprzętu medycznego.
2. W skład aparatury wchodzi: aparat RTG telekomando, aparat RTG kostno – płucny, system radiografii cyfrowej, system rejestracji i archiwizacji oraz urządzenie peryferyjne; osprzęt komputerowy i aparat do wypalania i wydawania płyt CD/DVD z oprogramowaniem.
3. W skład sprzętu wchodzi: aparat USG, respirator stacjonarny, respirator transportowy, dwa defilibratory, dwa kardiomonitoringi.
4. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera zał. nr 4 (arkusz parametrów) do SIWZ.
5. Pkt 1. Rozdziału IV stanowi, iż wykonawca dostarczy, zainstaluje i uruchomi aparaturę i sprzęt zamawiającemu w terminie 8 tygodni od złożenia zlecenia. Termin wykonania całego zamówienia od zawarcia umowy wynosi maksymalnie 3 miesiące.
6. Pkt 2. W ww. terminie, wykonawca na swój koszt:
  - 1) zainstaluje i uruchomi aparaturę,
  - 2) przeprowadzi testy akceptacyjne (jeżeli dostawa dotyczy aparatury) zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. Nr 180, poz. 1325),
  - 3) przeprowadzi przeszkolenie personelu medycznego w zakresie obsługi aparatury, personelu technicznego w zakresie ich podstawowej konserwacji.

Odbiór przedmiotu zamówienia zostanie dokonany po jego uruchomieniu, przeprowadzeniu testów, przeszkoleniu personelu, na podstawie protokołu odbioru oraz jeżeli dostawa dotyczy

aparatury, wydaniu pozytywnej decyzji Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Olsztynie.

Rozdział IX opis sposobu obliczenia ceny.

Pkt. 1 cena oferty powinna obejmować zakres zamówienia określony w rozdziale III (wyżej opisany) oraz zawierać wszystkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Pkt 2 cena ma być wyrażona w PLN z podaniem ceny jednostkowej netto, stawki podatku VAT oraz wartości brutto.

Pkt 3 dla porównania ofert, zamawiający przyjmuje cenę ofertową – podaną w wartości brutto zamówienia, uwzględniającą cło, rabaty, koszty dostawy, oraz koszty instalacji i uruchomienia aparatury i sprzętu, a także koszty szkolenia i testów wymienionych w rozdziale IV.

Rozdział X SIWZ ustanawia cenę oferty, jako jedyne kryterium dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Załącznik nr 1 do SIWZ - formularz cenowy, obejmujący osobno:

Zadanie 1 - aparatura (dwa aparaty RTG z systemem radiografii pośredniej CR i systemem RIS/PACS

Gdzie wyszczególnia się:

RTG telekomando szt. 1

RTG kostno – płucny szt. 1

System informatyczny RIS/PACS szt. 1

Należało w kolejnych kolumnach formularza podać cenę jednostkową netto, stawkę VAT, cenę jednostkową brutto, wartość netto, podatek VAT i wartość brutto, w odniesieniu do każdej wymienionej pozycji ww. aparatury osobno.

Zadanie 2 obejmuje inny sprzęt.

W formularzu ofertowym (zał. nr 2 do SIWZ, wykonawca oświadczył, iż składa ofertę na realizację dostawy fabrycznie nowych rok produkcji 2009 r. – (zadanie 1) dwóch aparatów RTG z systemem radiografii pośredniej CR i systemem RIS/PACS. Oraz oświadczył: „Poniesiemy wszelkie koszty związane z dostarczeniem, zainstalowaniem i uruchomieniem oferowanego sprzętu. Pkt 6 oferty obejmuje oświadczenie o zapoznaniu się z SIWZ i akceptacji jej postanowień. W formularzu oferty, odwołujący podał 2 stawki podatku VAT 7% i 22%, nie wiadomo do czego się odnoszące.

Załącznik nr 4 do SIWZ zawiera zestawienie parametrów technicznych aparatów RTG z systemem radiografii pośredniej CR i systemem RIS/PACS.

Pismem z dnia 4.12 2009 r. zamawiający zwracał się do odwołującego o wyjaśnienie zastosowania 7% i 22% stawki VAT na aparat RTG i kardiomonitor. Odwołujący pismem z dnia 4 grudnia 2009 r. wyjaśnił co następuje:

Zadanie nr 1 - aparatura RTG (stanowisko kostno - płucne z zawieszeniem sufitowym i telekomando) w stawce 22% występują:

- wykonanie testów akceptacyjnych zgodnie z SIWZ,
- wykonanie osłon stałych zgodnie z SIWZ

w stawce 7% występują aparat RTG stanowisko kostno – płucne z zawieszeniem sufitowym i aparat RTG Telekomando.

W piśmie z 15 grudnia 2009 r. zamawiający podając szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zarzucił, iż:

1) w formularzu cenowym została zastosowana niewłaściwa stawka podatku VAT (7% i 22%);

2) oferta jest niezgodna z SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, gdyż:

- wykonawca na swój koszt miał przeprowadzić testy akceptacyjne, jak wymaga tego rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. Nr 180, poz. 1325),
- na część 1 zamówienia (zadanie 1), zamawiający nie wymagał wykonania osłon stałych,

w związku z czym, wykonawca nie mógł ująć tych kosztów ofercie. Tym samym zastosowanie na dostawę sprzętu stawki 7 i 22% VAT jest nieprawidłowe, a błąd ten nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, iż dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11.03.2004 r. (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) obejmujących wyroby medyczne, obowiązuje 7% stawka podatku VAT.

Oferta odwołującego na część 1 zamówienia podaje cenę brutto: 1 087 777,00 zł.  
Oferta wybrana ADO - MED Sp. z o. o. podaje cenę 1 129 599,00 zł.

Izba zważyła co następuje.

W oparciu o przeprowadzenie dowody w sprawie, nie może budzić żadnych wątpliwości, iż zamawiający wymagał podania jednej ceny, z zastosowaniem jednolitej stawki VAT dla wszystkich wymaganych elementów zestawów zamawianych aparatów RTG; kostno - płucnego i RTG telekomando, które bezsprzecznie jako wyroby medyczne w rozumieniu art. 3 ust. 3 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896 ze zm.), wymienione w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług,

objęte są stawką 7% podatku VAT. Cytowany wyżej opis przedmiotu zamówienia obejmuje wyłącznie dostawę przedmiotowej aparatury i nie wymienia:

- przeprowadzenia testów akceptacyjnych,
- wykonania projektu osłon stałych,
- ani też nie wymienia wykonania samych osłon.

Nie wyklucza to w sposób oczywisty, spełnienia tych wymagań, związanych z przedmiotową dostawą, w tym także warunkujących uruchomienie aparatury i przekazanie jej do eksploatacji, zgodnie z warunkami ustalonymi w odrębnych przepisach.

Do takich akcesoryjnych zobowiązań dostawcy należy poniesienie kosztów:

1. dostawy, dostarczenia aparatury na wskazane przez zamawiającego miejsce,
2. zainstalowania i uruchomienia aparatury,
3. przeprowadzenia testów akceptacyjnych (stanowiących obowiązek ustawy dostawcy), zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 21 sierpnia 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. Nr 180, poz. 1325),
4. przeprowadzenia przeszkolenia personelu medycznego w zakresie obsługi aparatury, personelu technicznego w zakresie jej podstawowej konserwacji.

Z samego faktu, iż na dostawcę zostały nałożone wymienione wyżej obowiązki, nie wynika, aby w ustalonych warunkach przedmiotowego postępowania, odwołujący mógł osobno podać cenę tych usług z zastosowaniem właściwej dla nich stawki podatku VAT, w formularzu ofertowym oraz żądać odrębnych rozliczeń z tego tytułu, na podstawie odrębnie wystawionych faktur, czy według odrębnych pozycji sprzedaży, wyszczególnionych na fakturze za dostawę aparatury, z zastosowaniem stawki 22% VAT, jeżeli byłaby ona właściwa dla danej usługi np. przewozowej. Postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr do 5 do SIWZ, potwierdzają w § 3 i w § 4, iż rozliczenie za realizację zamówienia ma nastąpić za ustaloną łączną wartość brutto (w jednej kwocie obejmującej zarówno koszt aparatury, jak wszelkich wymaganych czynności z tą dostawą związanych, nie wchodzących wprost w ustalony przedmiot zamówienia). Zarówno wzór umowy, jak i formularz ofertowy, stanowiące o treści oferty, nie przewidują żadnych jednostkowych rozliczeń z innego tytułu, niż cena całkowita aparatury. Podkreślał to sam odwołujący, podnosząc, iż „formularz ofertowy zastosowany w przedmiotowym postępowaniu, nie został ukształtowany w ten sposób, że wykonawca miałby obowiązek wpisać swoją cenę za każdy element zamówienia.” Skoro zamawiający nie wymienił projektu osłon stałych czy wykonania tych osłon, jako jednego z elementów przedmiotu zamówienia, to uwzględnienie w cenie oferty wykonania tego projektu, który podobnie jak testy akceptacyjne jest obłożony stawką 22% podatku VAT, w ocenie Izby, należy uznać za sprzeczność oferty z istotnymi wymaganiami SIWZ, obligującą zamawiającego do odrzucenia oferty. Ponadto, wyjaśnienie wykonawcy, iż



przewidział wykonanie osłon, a nie tylko ich zaprojektowanie, także świadczy, iż treść oferty odbiega od postawionych wymagań. Zarówno zaprojektowanie osłon stałych jak i ich wykonanie nie było wymagane, ponieważ zamawiający je posiada, o czym odwołujący został powiadomiony przed złożeniem oferty, podczas prowadzonych negocjacji. Stąd próby prostowania przez odwołującego złożonego oświadczenia, iż nie zamierzał on wykonywać osłon, a jedynie je zaprojektować, są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Trafnie odwołujący odczytał wskazówki, dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej, jako prowadzące do wniosków, że zamawiający oczekiwał od wykonawców obliczenia ceny ofertowej w taki sposób, iż „w cenie tej zawarte zostaną wszystkie koszty w takim wymiarze, że wybrany wykonawca nie będzie miał prawa domagać się jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia za czynności towarzyszące realizacji przedmiotu zamówienia, ponad zaoferowaną cenę ofertową.” Takie postanowienia SIWZ nie budzą żadnych zastrzeżeń Izby.

Jeżeli odwołujący uważał, iż tak dokonany opis przedmiotu zamówienia oraz sposób obliczenia ceny oferty narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, utrudnia mu lub uniemożliwia złożenie oferty, należało w stosownym terminie wnieść protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie kwestionował prawa odwołującego do ujęcia w kalkulacji własnej zaoferowanej ceny aparatury, kosztów których poniesienie przez wykonawcę zostało przewidziane w SIWZ, ze względu na usługi towarzyszące dostawie, konieczne dla należytego wywiązania się z umowy. Wykonawca, skoro uzyskuje przychód ze sprzedaży aparatury medycznej, jest uprawniony, aby ponoszone koszty pozostające w związku z uzyskaniem tego przychodu zaliczyć do kosztów własnej działalności gospodarczej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. (art. 15 ust. 1) o podatku dochodowym od osób prawnych, (Dz. U. z 2000 r. Nr 54 poz. 654 ze zm.), na które to przepisy sam odwołujący wskazywał w treści protestu i odwołania. Sprawą wykonawcy będzie, jaką część ponoszonych kosztów, w tym kosztów stałych, ujmie stosując marżę handlową i elementy kalkulacyjne ceny złożonej oferty. Idąc tokiem rozumowania odwołującego należałoby umożliwić, jednostkowe rozliczenia refakturowanych np. usług przewozowych, usług szkoleniowych, pocztowych, z uwzględnieniem właściwych dla tych usług stawek podatku VAT, itp. Nie jest więc zrozumiałe, dlaczego odwołujący akurat domaga się odrębnych rozliczeń z tytułu wykonania testów akceptacyjnych, których koszt wprost w oparciu o cytowany przepis rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. Nr 194, poz. 1625), obciąża dostawcę aparatury medycznej z zakresu urządzeń radiologicznych, a nie wymaga odrębnych rozliczeń z tytułu kosztów dostawy, które również opodatkowane są stawką 22% VAT.

Zamawiający nie żądał kalkulacji kosztów dostawy, nie podawał wymaganych składników kalkulacji tych kosztów, ani też nie będzie ich w żaden sposób weryfikował. Liczy się całkowita cena oferty, przyjmowana do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w wymienionym kryterium. Wywody odwołującego na temat obowiązujących stawek podatku VAT, konieczności uzyskiwania przez zamawiającego interpretacji indywidualnych uprawnionych organów, pozostają bez jakiegokolwiek związku z przedmiotową sprawą, gdyż prawidłowość stawki podatku VAT w wysokości 7% do całości dostawy, nie jest w żaden sposób kwestionowana. Zaś podanie wyodrębnionej ceny usługi związanej z dostawą, która byłaby opodatkowana stawką podatku VAT 22%, w formularzu oferty zamawiający nie dozwalał, a odwołujący nie był uprawniony ujmować.

Zamawiający nie wymagał projektu osłon stałych, ani tym bardziej ich wykonania. Posiada bowiem pomieszczenia przystosowane do posadowienia aparatury RTG, spełniające konieczne ustawowe wymagania. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, będzie zobowiązany udostępnić instrukcje i informacje warunkujące prawidłową eksploatację dostarczonej aparatury, a przeprowadzone testy akceptacyjne pozwolą na sprawdzenie szczegółowych warunków, w tym udostępnionych przez zamawiającego osłon stałych dla bezpiecznej pracy z aparaturą RTG jako urządzeniami radiologicznymi, zgodnie ze sposobem wykonania testów akceptacyjnych, przewidzianych rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie warunków - bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. Nr 194, poz. 1625), które podaje co następuje:

- w § 10 ust. 10: „Nowo instalowane urządzenia radiologiczne (...) podlegają testom akceptacyjnym przeprowadzanym po instalacji urządzenia w celu wykazania zgodności fizycznych parametrów technicznych ze specyfikacją producenta lub specyfikacją naprawy,
- testy, o których mowa w ust. 10, są wykonywane na koszt dostawcy urządzenia radiologicznego przez akredytowane laboratorium badawcze lub wspólnie przez uprawnionych przedstawicieli dostawcy i użytkownika.”

W przekonaniu Izby, nie ma nic niewłaściwego, iż zamawiający uzależnił dokonanie odbioru przedmiotu zamówienia, a więc zapłatę za aparaturę, między innymi, od uzyskania pozytywnej opinii Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Olsztynie, gdyż zakupiony sprzęt medyczny ma służyć do ustalonego użytku – do wykonywania badań pacjentów, a nie zalegać magazyny. Skoro przekazanie do eksploatacji urządzenia jest uzależnione od uzyskania pozytywnej decyzji Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego na uruchomienie i stosowanie aparatów rentgenowskich do celów diagnostyki medycznej (...) oraz uruchomienie pracowni stosujących aparaty rentgenowskie w celach medycznych, w oparciu o przedłożone dokumenty załączane do wniosku o wydanie pozwolenia:

- projektu pracowni (rzuty pomieszczeń) wraz z projektem i opisem osłon stałych oraz wentylacji (zatwierdzonego przez Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego przy uzgadnianiu dokumentacji projektowej),

- dokumentu potwierdzającego spełnienie akceptacyjnych testów kontroli parametrów technicznych aparatu rentgenowskiego,

to każda ze stron umowy będzie zobowiązana wywiązać się z przyjętych i określonych w SIWZ powinności, umożliwiających uzyskanie koniecznych zezwoleń.

Nadużyciem uprawnień ze strony odwołującego, byłoby wykorzystywanie faktu, iż firma MAR - MED Sp. z o. o. jest wyłącznym i autoryzowanym przedstawicielem producenta General Medical Merate S.p.A w Polsce, przez co wymuszanie, (co odwołujący zapowiedział wprost), iż jedynie odwołujący, dla udzielenia gwarancji, musi wykonać, lub zlecić wykonanie projektu osłon stałych uprawnionej jednostce, gdyż nikt inny poza odwołującym nie dysponuje wymaganą wiedzą i niezbędnymi do tego celu informacjami technicznymi, wymiarowymi i funkcjonalnymi oferowanego przez odwołującego w przetargu sprzętu RTG, potrzebnymi do wskazania prawidłowych danych, a w tym do posadowienia oferowanych zestawów w pracowni RTG zamawiającego, uwzględniając parametry emisji charakterystyczne dla oferowanego aparatu. Podstawowe dane o ciężarze aparatury, wymiarach, poziomie emisji promieniowania, w celu umożliwienia zaprojektowania i wykonania nowych osłon stałych lub adaptacji istniejących przez samego zamawiającego (jeżeli jest taka jego wola), powinny zostać udostępnione przez dostawcę, ponieważ jest to warunek umożliwienia korzystania z zakupionej aparatury. Dane te wynikają także z formularza opisującego parametry techniczne urządzenia. Jeżeli zamawiający dysponuje projektami i osłonami, to wystarczające może być jedynie ich sprawdzenie, czy adaptacja przystosowująca pomieszczenia i osłony do konkretnego aparatu, a nie ponoszenie zbędnych kosztów zlecenia zaprojektowania i wykonania nowych osłon. Uzależnianie sprzedaży towaru od usług niezamawianych, czy też od wykonania tych usług przez wskazany podmiot, stanowi naruszenie przepisów art. 15 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

Jeżeli odwołujący uważał, że istniejące u zamawiającego osłony stałe w pracowniach RTG, z którymi miał się możliwość zapoznać, są niewystarczające do zapewnienia ochrony przed promieniowaniem ze strony aparatury, którą zamierzał zaoferować, mógł domagać się zmian w SIWZ, objęcia przedmiotem zamówienia projektów osłon stałych i adaptacji pomieszczeń. Po dokonaniu wyboru oferty, takie zastrzeżenia i zarzuty, Izba uznaje za niedopuszczalne i spóźnione, gdyż dotyczą postanowień SIWZ.

Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert, odstępować od ustalonych wymagań, które są wiążące tak dla samego zamawiającego jak i dla wszystkich

wykonawców, którzy złożyli oferty i ubiegają się o zamówienie. Stwierdzenie niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz błędnego (odmiennego niż wymagany) sposobu wyliczenia ceny, bezwzględnie zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia takiej oferty.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów zamawiającego, Izba orzekła od odwołującego kwotę 3 600,00 zł. za zastępstwo przez pełnomocnika, w oparciu o złożony rachunek - na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b 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, Dz. U. Nr 182, poz.1122).

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 **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....