

Sygn. akt: KIO 2225/11

WYROK
z dnia 2 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak – Żuraw**

Członkowie: **Jolanta Markowska**

Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2011 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93 – 513 Łódź, ul. Pabianicka 62,**

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o., 02 – 952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93 – 513 Łódź, ul. Pabianicka 62** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Mikołaja Kopernika, 93 – 513 Łódź, ul. Pabianicka 62** na rzecz wykonawcy **GE Medical Systems**

Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9 kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa wraz z instalacją tomografu komputerowego z akcesoriami dla WSS im. M. Kopernika w Łodzi”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S 84-137871.

W dniu 15 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą elektroniczną za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, odwołanie wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-582 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02 – 952 Warszawa (dalej „TMS”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako oferty niezgodnej z SIWZ,
- 3) zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TMS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W zakresie bezpodstawnego odrzucenia własnej oferty Odwołujący podnosił, iż Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, powołując się na art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż w formularzu oferty w zakresie ceny i stawki Zamawiający zastrzegł: *„Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których*

zaliczany jest aparat CT." Odwołujący w swojej ofercie zastosował dwie stawki VAT - 8% i 23%. Odwołujący podkreślał, iż w zakresie dotyczącym prac polegających na wykonaniu projektu osłon radiologicznych nie może zostać zastosowana zasada jednorodnego (kompleksowego) świadczenia, która pozwalałaby na rozszerzenie zastosowania preferencyjnej stawki VAT (właściwej do opodatkowania dostawy wyrobu medycznego) na tego rodzaju prace projektowe. Wykonanie projektu osłon radiologicznych nie ma bowiem charakteru czynności związanej z instalacją urządzenia takiego jak tomograf komputerowy i nie może korzystać z opodatkowania według 8% stawki. Odwołujący postąpił więc prawidłowo, wskazując w tym zakresie w ofercie, iż zastosowanie znajdzie 23% stawka VAT. Nie jest zatem możliwe odrzucenie oferty Odwołującego tylko na tej podstawie, iż zastosował on stawki VAT inne niż wskazane przez Zamawiającego.

W zakresie nieodrzućenia oferty TMS oraz niewykluczenia tego Wykonawcy Odwołujący podnosił, iż Wykonawca TMS w postępowaniu przetargowym zaoferował stacje lekarskie Vitrea 6.0 firmy Vital Images i tym samym nie spełnił wymagań granicznych opisanych w punkcie 67 Załącznika nr 3 do SIWZ

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TMS,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- ponowną ocenę ofert, odrzucenie oferty TMS, wykluczenie Wykonawcy TMS;
- ponowny wybór oferty najkorzystniejszej i uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazywał, iż w dniu 5 października 2011 r. Zamawiający opublikował na stronie Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty - toteż termin określony do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania tj. w dniu 15 października 2011 r.

Odwołujący podnosił, iż w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia gdyż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, nie odrzucając oferty TMS, a więc Odwołujący może stracić możliwość uzyskania powyższego zamówienia do realizacji, a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z

przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07 *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”*. W zakresie bezpodstawnego odrzucenia jego oferty Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, powołując się na art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż w formularzu oferty w zakresie ceny i stawki Zamawiający zastrzegł *„Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT.”* Odwołujący w swojej ofercie zastosował dwie stawki VAT - 8% i 23%. Odwołujący podnosił, iż w SIWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia w następujący sposób: *„Przedmiot zamówienia określony jest we Wspólnym Słowniku Zamówień pod pojęciem: Urządzenia do tomografii i kodem 33.11.50.00 - 9”*. Wykonawca zainstaluje urządzenie w Zakładzie Radiologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi. Przez „zainstalowanie” Zamawiający rozumie wszystkie niezbędne prace instalacyjno - montażowe w zakresie koniecznym do uruchomienia i przekazania aparatu do eksploatacji. Prace muszą być wykonane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 10 listopada 2006 (Dz. U. Nr 91, poz. 408, ze zm.) w sprawie wymagań, jakimi powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej w celu rozmieszczenia, zainstalowania i uruchomienia dostarczonego sprzętu. Zamawiający podał również zakres prac, jakich wykonanie miało zostać objęte ofertą sporządzoną przez poszczególnych wykonawców. Prace te zostały wskazane w punkcie „Wymagania instalacyjne” i określone następująco: a) Zasilanie elektryczne 3 x 400V (+/-10%) / 50 Hz. b) Dostosowanie wentylacji i klimatyzacji - min. 1,5 krotna wymiana powietrza w ciągu godziny z utrzymaniem temperatury w sali badań 18-25 °C. c) Zapewnienie połączenia tomografu komputerowego z systemem RIS/PACS posiadanym przez Zamawiającego, d) Kanały łączące gantry ze sterownią umieszczone w warstwach posadzkowych w wykonaniu szczelnym, e) Wykładzina posadzkowa położona po wykonaniu kanałów kablowych - antyelektrostatyczna/przewodząca z cokołem min.10cm. f) Wymiana segmentów sufitu podwieszanego z ewentualnym zachowaniem kasetonów oświetleniowych, g) Wykonanie projektu ochrony radiologicznej, h) Umywalka zachowana w sali badań, i) Istniejące punkty poboru gazów medycznych (O₂,Air,Vac) w sali badań należy dostosować do wymagań Zamawiającego (wykonać wg. systemu unifikacji realizowanego w szpitalu - do uzgodnienia w trakcie realizacji), j) Malowanie ścian - farba zmywalna z atestem dopuszczenia do

pomieszczeń szpitalnych, k) Zasilanie aparatu poprzez własną rozdzielnicę ze szpitalnej rozdzielni transformatorowej (od ul. Paderewskiego): zakup i ułożenie kabla siłowego (ok. 200mb, licząc po długości kabla) z instalacją wymaganego osprzętu zabezpieczeniowo-łączeniowego -w kosztach dostosowania. Odwołujący stwierdzał, iż Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego poprzez uznanie, iż Odwołujący, podając dwie stawki VAT, popełnił w ofercie błąd co do ceny, tym samym naruszając art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ narzuca wykonawcom zastosowanie stawki VAT właściwej według Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie ma absolutnie prawa narzucania stawki VAT wykonawcom, co de facto ma na celu obniżenie wartości oferty. Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym na podstawie jakichkolwiek przepisów do określania, jaka stawka VAT jest właściwa dla opodatkowania poszczególnych elementów zamówienia. Powyższe wynika wprost z art. 217 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi „*Nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustaw*”. Według art. 1 ustawy o podatku od towarów i usług z 11 marca 2004 r. [ustawa o VAT]akt ten „*reguluje opodatkowanie podatkiem od towarów i usług*”. Dział VIII tego aktu prawnego dotyczy wysokości opodatkowania, czyli stawek VAT. Jak bowiem wskazane jest w art. 87 Konstytucji RP źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego. Koniecznym jest podkreślenie, iż SIWZ nie ma charakteru aktu prawnego wymienionego w cytowanym przepisie Konstytucji RP, SIWZ nie może zatem kreować rzeczywistości podatkowej poprzez wskazywanie stawek VAT właściwych dla określonych typów dostaw towarów czy świadczenia usług. Wskazać należy, iż Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty (w określonych okolicznościach), gdy ta zawiera błędy w obliczeniu ceny spowodowane zastosowaniem niewłaściwej stawki VAT przez wykonawcę. O tym czy stawka jest właściwa czy nie, nie może jednak arbitralnie zdecydować Zamawiający. Żaden przepis prawa nie uprawnia również Zamawiającego do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego i wywodzenia na podstawie tak dokonanej interpretacji prawidłowości zasad opodatkowania właściwych dla innych podatników. Jak wskazuje KIO w wyroku z 9 marca 2009 r. sygn. KIO/UZP 203/09 „*skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Zatem to wystawca, a nie odbiorca faktury decyduje o wysokości stawki i ponosi tego konsekwencje. Organem uprawnionym do kontroli decyzji podatnika w ww. zakresie jest, zgodnie z art. 281 § 1 ustawy ordynacja podatkowa, organ podatkowy*

pierwszej instancji. Z kolei uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego jest, zgodnie z art. 14a ustawy ordynacja podatkowa, Minister Finansów. Wobec powyższego, nie ma podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego wskazanych w ofertach stawek VAT. Zamawiający zobowiązany jest zatem przyjąć oferty bez względu na wysokość zastosowanych do obliczenia ceny stawek". Odwołujący podnosił, iż żaden przepis ustawy Pzp nie wskazuje na istnienie uprawnienia czy obowiązku Zamawiającego do określania stawki VAT powiększającego wartość zamówienia, stanowiącego element cenotwórczy. Z przepisu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika, iż ceną oferty jest wartość zamówienia powiększona o VAT, bowiem ustawa Pzp odwołuje się w zakresie rozumienia terminu „cena” do ustawy o cenach z 5 lipca 2001 r., której art. 3 ust. 1 pkt 1 stanowi, iż cena oznacza wartość towaru lub usługi uwzględniającą VAT. Treść oferty musi odpowiadać SIWZ. Z założenia SIWZ ma być gwarancją jawności, przejrzystości i sprawnego przebiegu postępowania o zamówienie publiczne. Z powyższego wynika powinność Zamawiającego do opracowania i przekazania zainteresowanym wykonawcom SIWZ przejrzystej, poprawnej pod kątem formalnoprawnym, wyczerpującej i spójnej. Szczególna dbałość powinna przyświecać zamawiającemu przy opisie sposobu obliczenia i przedstawiania ceny ofert, tym bardziej że cena jest zwykle jednym z najważniejszych kryteriów oceny ofert. Nie zamawiający, lecz wykonawca zna specyfikę danego zamówienia, bowiem na co dzień zajmuje się dostarczaniem zamawianych przez zamawiającego towarów i usług. Wykonawca jest podatnikiem VAT, zobowiązanym do stosowania w swojej działalności prawidłowych stawek VAT i ponoszącym ryzyko oraz konsekwencje błędnego stosowania stawek VAT w swojej działalności gospodarczej. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 25 stycznia 2011 r. sygn. KIO 92/11: „Odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku od towarów i usług obciąża wykonawcę jako podatnika i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym odpowiedzialność karnoskarbową. W związku z tym należy przyjąć, że cena i zastosowana stawka podatku od towarów i usług podlega kontroli zamawiającego tylko w takim zakresie, jaki wynika wprost z przepisów prawa”. Fakt, iż to wykonawca a nie zamawiający jest podmiotem posiadającym wiedzę z zakresu zasad opodatkowania dostarczanych przez siebie towarów lub usług znajduje swój wyraz w art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Uznać zatem należy, iż również w ocenie ustawodawcy tworzącego ustawę Pzp zamawiający nie dysponują wiedzą ani doświadczeniem pozwalającym na decydowanie o właściwej dla danego zamówienia stawce VAT. Brak uprawnienia zamawiającego do narzucania wykonawcom stawek VAT wynika także z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jak KIO wskazuje w wyroku z 12 sierpnia 2009 r. sygn. KIO/UZP 987/09 „zamawiający nie jest organem uprawnionym do

decydowania, jaka stawka podatku VAT jest wiążąca dla uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający nie posiada również stosownej interpretacji wydanej w tej konkretnej sprawie przez organ uprawniony do wydawania interpretacji w sprawach podatkowych. W tej sytuacji wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zastosowania stawki podatku VAT w innej wysokości niż przyjęta przez zamawiającego". Nie jest zatem możliwe odrzucenie oferty Odwołującego tylko na tej podstawie, iż zastosował on stawki VAT inne niż wskazane przez Zamawiającego. W wyroku z 29 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 917/09 KIO wskazuje, iż „stanowisko Zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w SIWZ, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy. (...) za nieuprawnione należy uznać dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego się, na podstawie przekonania Zamawiającego o konieczności zastosowania w przedmiotowym zamówieniu jednolitej stawki VAT. Zamawiający, nie dysponując interpretacją indywidualną (wydaną na własną rzecz - przyp. Odwołującego), nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku VAT, a w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego." Dalej KIO wskazuje, iż „Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej (art. 6 ustawy Ordynacja podatkowa). Zatem, wszelkie kwestie dotyczące sfery podatkowej muszą wynikać z tychże ustaw, a nie z treści SIWZ". Zdaniem KIO wyrażonym m.in. w cytowanym już wyroku z 25 stycznia 2011 r. Zamawiający nie powinien dokonywać weryfikacji prawidłowości zastosowania stawek podatkowych w złożonych ofertach. W ocenie Izby „brak jest podstaw do przypisania Zamawiającemu takiego obowiązku czy nawet uprawnienia. Byłoby to bowiem przypisanie podmiotom prowadzącym postępowania o zamówienie publiczne kompetencji przysługujących wyłącznie organom podatkowym. Podkreślić należy, że nie tylko przepisy P.z.p. nie zobowiązują zamawiających do weryfikowania prawidłowości obliczenia podatku. Również przepisy Kodeksu cywilnego, mające zastosowanie do umów o zamówienia publiczne, nie przewidują sankcji nieważności czynności prawnych w przypadku wystąpienia błędów o charakterze podatkowym, a strony tych czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych."

W zakresie stawki VAT właściwej dla prac projektowych Odwołujący wskazywał, iż 23% stawka VAT zastosowana przez niego w ofercie w odniesieniu do projektu osłon radiologicznych jest prawidłowa i zgodna z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Zaznaczał, że ani ustawa o VAT, ani przepisy wykonawcze do niej, zarówno w brzmieniu obowiązującym w momencie składania oferty w przedmiotowym przetargu, jak również

obowiązujące w dniu składania niniejszego pisma nie przewidują możliwości zastosowania preferencyjnej, 8% stawki VAT do świadczeń takich jak przygotowanie dokumentacji projektowej w pomieszczeniach budynków takich jak budynek Zamawiającego. Podstawową stawką VAT obowiązującą w Polsce jest, zgodnie z art. 41 ustawy o VAT stawka 23%. Ma ona zastosowanie w odniesieniu do wszelkich transakcji, dostaw towarów i świadczenia usług, transakcji wewnątrz wspólnotowych i importu, dla których nie została określona ani obniżona stawka ani też zwolnienie przedmiotowe. Powyższa teza znajduje również potwierdzenie w wyrokach NSA, z 31 stycznia 1996 r. oraz z 13 grudnia 2005 r. (SA/Łd 512/95 oraz I FSK 330/05), w których podkreślono, iż: *„jeżeli dany rodzaj usług lub towarów nie zostały wyraźnie określone w przepisach szczegółowych, iż nie ma do nich zastosowania niższa stawka podatkowa, to tego rodzaju usługi lub towary podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą wynikać z przepisów ustawy lub przepisów wykonawczych, wydanych na jej podstawie”*. Przepisy dotyczące preferencyjnych stawek podatkowych, zgodnie z zasadą obowiązującą przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa, nie mogą być interpretowane rozszerzająco (gdyż co do zasady wyjątki nie mogą być interpretowane rozszerzająco). Również pełne zastosowanie powyższej zasady do interpretacji przepisów podatkowych w zakresie stosowania stawek VAT podkreślił skład orzekający Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, wskazując w wyroku z 22 września 2009 r. (I SA/Gd 348/09) że skoro ustawodawca jako regułę określił zastosowanie stawki podatku od towarów i usług w wysokości standardowej to wyjątki od tej reguły nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Jeśli więc w stosunku do danego rodzaju towarów i usług nie została w przepisach szczególnych wyraźnie zastrzeżona niższa stawka podatkowa, to tego rodzaju towar lub usługa podlegają opodatkowaniu stawką podstawową. Ponadto, stwierdził, iż jakkolwiek zdarzają się sytuacje, gdy występuje wielość świadczeń wynikających z jednej umowy i mogą być one potraktowane jako jedna usługa (i opodatkowane jedną stawką podatkową), to tylko i wyłącznie jest to możliwe w takich sytuacjach, gdy na ową usługę składa się cały zespół nie dających się w istocie wyodrębnić czynności dających w efekcie ostateczną, jednorodną usługę. Również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 342/08 stwierdziła, iż *„Podkreślić należy, że stosowanie stawek obniżonych, jako wyjątku od zasady, możliwe jest wyłącznie w odniesieniu do konkretnych wymienionych w dyrektywie 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE L.06.347.1) oraz w przepisach polskich ją implementujących. Nie można w tym zakresie stosować wykładni rozszerzającej”*. Żaden przepis VATU oraz przepisów wykonawczych nie uprawnia podatnika do stosowania 8% stawki VAT do opodatkowania usług wykonania projektów osłon radiologicznych. Zatem skoro obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości zastosowania preferencyjnej, 8% stawki podatku VAT dla

omawianych usług będących przedmiotem zamówienia i Zamawiający nie posiada ważnej, wiążącej indywidualnej interpretacji podatkowej w tym zakresie, to należy uznać, iż zastosowanie powinna znaleźć standardowa 23% stawka VAT. Podsumowując, jako że żaden przepis VATU oraz przepisów wykonawczych nie uprawnia podatnika do stosowania 8% stawki VAT do opodatkowania usług wykonania projektu ochrony radiologicznej, Odwołujący zastosował w tym zakresie prawidłową stawkę VAT. Zamawiający na skutek rozszerzającej interpretacji konstrukcji opodatkowania tzw. usług kompleksowych dochodzi do wniosków sprzecznych z przepisami prawa. Rozumienie sposobu opodatkowania tzw. usług kompleksowych przez Zamawiającego jest nieprawidłowe, opiera się bowiem na założeniu, że poprzez odpowiednie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub też wolą stron umowy możliwe jest wykreowanie świadczenia o charakterze złożonym, z dowolną ilością czynności podlegających jednolitej stawce VAT. Z treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia bowiem wynika, iż Zamawiający wskazuje zakres prac o charakterze instalacyjnym, dochodząc do wniosku, iż instalacja tomografu komputerowego powinna korzystać z preferencyjnej stawki opodatkowania VAT, właściwej dla wyrobu medycznego. Wśród wymogów instalacyjnych Zamawiający wymienia takie czynności techniczne jak np. zapewnienie połączenia tomografu komputerowego z systemem RIS/PACS posiadanym przez Zamawiającego czy zasilanie aparatu poprzez własną rozdzielnicę ze szpitalnej rozdzielni transformatorowej. Jednakże Zamawiający w zakres „wymogów instalacyjnych” włącza również elementy takie jak „wykonanie projektu ochrony radiologicznej”. Odwołujący pragnie podkreślić, iż w zakresie dotyczącym prac polegających na wykonaniu projektu osłon radiologicznych nie może zostać zastosowana zasada jednorodnego (kompleksowego świadczenia), która pozwalałaby na rozszerzenie zastosowania preferencyjnej stawki VAT (właściwej do opodatkowania dostawy wyrobu medycznego) na tego rodzaju prace projektowe. Wykonanie projektu osłon radiologicznych nie ma bowiem charakteru czynności związanej z instalacją urządzenia takiego jak tomograf komputerowy i nie może korzystać z opodatkowania według 8% stawki. Odwołujący postąpił więc prawidłowo wskazując w tym zakresie w ofercie, iż zastosowanie znajdzie 23% stawka VAT.

W zakresie nieodrzczenia oferty TMS oraz niewykluczenia tego wykonawcy Odwołujący podnosił, iż TMS w postępowaniu przetargowym zaoferował stacje lekarskie Vitrea 6.0 firmy Vital Images i tym samym nie spełnił wymagań granicznych opisanych w punkcie 67 Załącznika nr 3 do SIWZ. W powyższym punkcie Zamawiający wymagał: 67. Interfejs sieciowy zgodny z DICOM 3.0 z następującymi klasami serwisowymi: • Storage SCP/SCU • Print • Query/Retrieve SCP/SCU • Modality Performance Procedure Step Tak Stacje lekarskie z oprogramowaniem Vitrea 6.0 nie posiadają interfejsu sieciowego

zgodnego z DICOM 3.0 z klasą serwisową Modality Performance Procedure Step. Co prawda Wykonawca TMS dołączył do oferty spreparowany przez siebie dokument potwierdzający, że stacja lekarska Vitrea 6.0 obsługuje protokół DICOM Modality Performance Procedure Step (strona 77 oferty), jednakże oficjalne dokumenty producenta stacji firmy Vital Images przeczą temu twierdzeniu. Do oferty nie zostały dołączone żadne oryginalne dokumenty producenta stacji potwierdzające możliwość obsługi tej klasy serwisowej protokołu DICOM 3.0. Zamawiający w punkcie 4.a wymagał dołączenia: *a) oryginalne ulotki producenta, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną w języku polskim potwierdzające wymagane parametry zamawianego sprzętu medycznego (jeśli oryginalna dokumentacja jest w innym języku niż to Wykonawca dostarczy wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski)*. Dokument dołączony i spreparowany przez Wykonawcę TMS opisujący stację Vitrea (strony 75-78 oferty) nie ma żadnego związku z oryginalnymi dokumentami firmy Vital Images i jest stworzony wyłącznie na potrzeby danego postępowania przetargowego. Dokument ten jest podpisany przez firmę TMS i nie jest autoryzowany przez producenta stacji. Odwołujący zauważał, że firma TMS nie jest przedstawicielem firmy Vital Images i nie może tworzyć dokumentów opisujących dany wyrób bez odniesienia się do oryginalnych dokumentów producenta.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Kopia odwołania została przekazana w dniu 15 października 2011 r.

W dniu 17 października 2011 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 19 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia Wykonawcy TMS po stronie Zamawiającego. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 31 października 2011 r. na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu Zamawiający podnosił, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie jego oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty TMS oraz wykluczenia w/w Wykonawcy. Zamawiający nie zgadzał się z tak postawionymi zarzutami.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający wskazywał, iż w pierwszej kolejności należy podnieść, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dotyczy w istocie swych zapisów SIWZ dotyczących wskazania wymaganej przez Zamawiającego stawki podatku VAT. W pierwszej części swoich zarzutów Odwołujący

wskazuje, iż Zamawiający narzucił bezzasadnie stawkę podatku VAT, ponieważ nie jest on uprawniony do określenia takiej stawki. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji prawa podatkowego. Przedstawiona powyżej grupa argumentów wskazuje, iż w istocie swej dotyczy ona zarzutów co do zapisów treści SIWZ, w szczególności zapisów rozdz. VIII pkt. 1 ppkt f i treści formularza ofertowego, w których Zamawiający wprost zastrzegł, iż: *„Zamawiający przedmiot zamówienia traktuje jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT”*. Na tym etapie postępowania podnoszenie powyższych argumentów jako uzasadnienie braku podstaw do odrzucenia jest spóźnione. Dotyczą one bowiem w istocie swej zarzutów co do treści SIWZ, a nie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym podlegają one oddaleniu na tym etapie postępowania. Dodać również należy, iż powołane powyżej zapisy SIWZ na etapie możliwości zaskarżenia jej treści nie zostały zakwestionowane przez żadnego z wykonawców, jak również nie było składanych w tym zakresie żadnych wniosków o udzielenie wyjaśnień.

Odnosząc się natomiast do kwestii związanych z samym wskazaniem stawki podatku VAT w treści SIWZ w aktualnej linii orzeczniczej KIO wskazywano, iż dopuszczalne jest wskazanie przez Zamawiającego umieszczenie w treści SIWZ jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny, w tym stawki podatku VAT. W wyroku z 25 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 92/11, Izba stwierdziła: *„Stanowisko, iż podanie nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny niepodlegający poprawieniu na podstawie art. 87 p.z.p., co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. ustępuje obecnie miejsca stanowisku, że błędnie zastosowana stawka VAT nie mieści się w hipotezie normy zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie ma prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. - odrzucić oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, aniżeli Zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego”*. Również w wyroku z 18 sierpnia 2011r., sygn. akt KIO 1673/11, Izba uznała, iż zamawiający ma prawo określić w SIWZ stawkę VAT pod warunkiem, że dokona tego w sposób jednoznaczny i precyzyjny. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w rozdz. VIII pkt. 1 ppkt. f i treści formularza ofertowego, wprost zastrzegł, iż: *Zamawiający przedmiot zamówienia traktuje jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT*. Zapis ten w sposób jednoznaczny wskazywał, iż dotyczy to stawki 8% i nie ma możliwości stosowania innej stawki niż wskazana w SIWZ. Zamawiający takie stanowisko wywodzi ze stanowiska, iż charakter przedmiotu zamówienia wskazuje, iż mamy

do czynienia z usługą kompleksową. W tym zakresie Zamawiający przeanalizował poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia i stwierdził, iż dotyczy on dostawy urządzenia medycznego - tomografu wraz z jego instalacją, z którą wiązała się adaptacja pomieszczeń umożliwiająca montaż takiego tomografu. W tym zakresie WSA w Warszawie w wyroku z dnia 13 maja 2011 r., III SA/Wa 2128/10, wyraźnie orzekł, iż dostawa urządzeń medycznych wraz z ich montażem i adaptacją pomieszczeń, niezbędną do ich funkcjonowania stanowi kompleksowa usługę, podlegającą opodatkowaniu stawką właściwą dla świadczenia głównego czyli dostawy sprzętu (8%).

Zamawiający zauważał, iż dokładnie zdefiniował, co rozumie przez termin „instalacja”. Otóż, zgodnie z zapisami SIWZ, zwłaszcza pkt. 1.3 (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA), pod pojęciem „instalacja” Zamawiający wyjaśnił, iż rozumie *„wszystkie niezbędne prace instalacyjne - montażowe w zakresie koniecznym do uruchomienia i przekazania aparatu do eksploatacji. Prace muszą być wykonane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 10 listopada 2006 (Dz. U. Nr 91, po z. 408, z późn. zm.) w sprawie wymagań, jakimi powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej w celu rozmieszczenia, zainstalowania i uruchomienia dostarczonego sprzętu”*. Bezspornym jest fakt, że pomieszczenia muszą odpowiadać wymaganiom radiologicznym. Aby dostosować pomieszczenia pod kątem obowiązujących przepisów sanitarnych, a także radiologicznych Zamawiający, czy też podmiot odpowiedzialny za ich przystosowanie i przygotowanie, musi działać zgodnie z następującymi ustawami:

- 1) Ustawa Prawo Atomowe z dnia 29 listopada 2000 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 42 poz. 276 Jednolity tekst ustawy - Prawo Atomowe oraz Dz. U. z 2008 nr 93 poz. 583 o zmianie ustawy Prawo Atomowe),
- 2) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 stycznia 2005 w sprawie dawek granicznych promieniowania jonizującego (Dz. U. nr 20 poz. 168),
- 3) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. nr 51 poz. 265),
- 4) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 sierpnia 2006 w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy z urządzeniami radiologicznymi (Dz. U. nr 180 poz. 1325),
- 5) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27 marca 2008 w sprawie minimalnych wymagań dla jednostek ochrony zdrowia udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu rentgenodiagnostyki, radiologii zabiegowej oraz diagnostyki i terapii radioizotopowej chorób nowotworowych (Dz. U. nr 059 poz. 365 z późn. zm.),
- 6) Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz. U. 112, poz. 654),
- 7) stosowne przepisy i ustawy Prawa Budowlanego.

Zamawiający wyjaśniał, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, każda pracownia rtg, aby rozpocząć swoją działalność, musi mieć dokonany odbiór przez Stację Sanitarno-Epidemiologiczną pod kątem spełnienia ogólnych przepisów sanitarnych oraz ochrony radiologicznej. Przy instalacji każdego nowego urządzenia rtg (lub w przypadku wymiany istniejącego urządzenia rtg na nowe (wymianie rodzaju źródła promieniowania) należy wykonać projekt wraz z niezbędnymi obliczeniami dotyczącymi ochrony dokonany dokładnie dla tego urządzenia, które w danej jednostce będzie instalowane. W projekcie takim określone są wszelkie warunki usytuowania pracowni i urządzeń rtg, dawek granicznych, materiałów i osłon radiologicznych, ochrony pacjenta i personelu. Projekt zawiera również wymagania techniczne odnoszące się do:

1. temperatury i wilgotności powietrza w pracowni,
2. wentylacji,
3. oświetlenia,
4. instalacji ostrzegawczej, świetlnej i głosowej,
5. ochrony p/pożarowej.

Wszystkie ww warunki projektu muszą być spełnione. Nawet w przypadku, gdy pracownia ochronność radiologiczną posiada, przy każdym nowym projekcie istnieje obowiązek jej zweryfikowania. Należy podkreślić, że każda nowopowstała, czy też modernizowana pracownia rtg musi mieć dokonany odbiór przez Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną pod kątem ochrony radiologicznej. Projekt taki będzie więc różny dla różnych urządzeń rtg, w tym przypadku - dla tomografów komputerowych, oferowanych przez poszczególnych wykonawców, którzy założyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie zapisami pkt I. 13. (opis przedmiotu zamówienia) SIWZ wykonanie projektu osłon radiologicznych i dokonanie niezbędnych uzgodnień z Wojewódzkim Inspektorem Sanitarnym w tym zakresie leży po stronie wykonawcy. W niniejszym postępowaniu, Wykonawca nie może więc zrealizować przedmiotu zamówienia (zgodnie z zapisami SIWZ, a także obowiązującego w tym zakresie prawa) bez zagwarantowania ochrony radiologicznej, do czego niezbędne jest wykonanie projektu osłon radiologicznych. W związku z powyższym, w opinii Zamawiającego wykonanie projektu osłon radiologicznych ma bezsprzecznie charakter świadczenia kompleksowego, związanego nierozdzielnie z instalacją urządzenia medycznego takiego jak tomograf komputerowy, a tym samym podlegającym opodatkowaniu wg 8-procentowej stawki VAT. Zamawiający wskazywał nadto, że świadczenie to w całości objęte jest jedną umową cywilnoprawną. Jeżeli umowa cywilnoprawna, zawarta między stronami, obejmuje cały zakres czynności (świadczenie główne i pomocnicze), to prawidłowym jest uznanie dla celów rozliczenia podatku od towarów i usług wspomnianych czynności, jako jednego kompleksowego świadczenia. Oznacza to, że czynności będące

przedmiotem kompleksowego świadczenia, powinny zostać opodatkowane jedną stawką podatku od towarów i usług, właściwą dla świadczenia głównego. W przypadku niniejszego postępowania stawka podatku VAT właściwa dla świadczenia głównego, tj. dostawy tomografu komputerowego wynosi 8%, dlatego też Zamawiający wymagał uznać ją za właściwą również dla obliczenia należnego podatku VAT od czynności pomocniczej, tj. wykonania niezbędnych prac projektowych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na aktualne uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., III CZP 52/11 i III CZP 53/11, w których Sąd Najwyższy w sposób niebudzący wątpliwości stwierdził, iż określenie w ofercie ceny z nieprawidłową stawką podatki VAT to błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty, chyba że zachodzą ustawowe przesłanki omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym w przedmiotowej sprawie, w przypadku, gdy wykonawca wbrew zapisom treści SIWZ oraz charakterowi przedmiotu zamówienia zastosował inną stawkę podatku VAT niż wymagana, zachodzą przesłanki odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W tym przypadku Odwołujący nie podnosi zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tym samym zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego Zamawiający wnosil o oddalenie w całości zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający stwierdzał, iż w rozdz. V pkt. 4 pppkt a wymagał:

„4. Informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom

W zakresie potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć: oryginalne ulotki producenta, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną w języku polskim potwierdzające wymagane parametry zamawianego sprzętu medycznego (jeśli oryginalna dokumentacja jest w innym języku niż to Wykonawca dostarczy wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski). ”

Następnie w odpowiedziach na pytania dodatkowo sprecyzował następujące wymogi dotyczące potwierdzenia parametrów technicznych zaoferowanych w ofercie:

- Odpowiedzi na pytania z dnia 8 czerwca 2011 r. Pytanie 28

„Dotyczy Załącznika nr 3 do SIWZ, „Zestawienie parametrów wymaganych”, Zamawiający dla umożliwienia weryfikacji udzielonych odpowiedzi wymaga dołączenia do oferty oryginalnych ulotek producenta, katalogów, opisów przedmiotu zamówienia, dokumentacji technicznej oferowanego sprzętu.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane § 5.1, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, (...) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

„ 1. Próbek, opisów lub fotografii

2. Opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi (...) ”

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga potwierdzenia parametrów technicznych w jednej lub kilku z wymienionych w SIWZ form, oraz, że dokumenty wymienione w SIWZ nie stanowią katalogu zamkniętego.

ODPOWIEDŹ: Dokumenty nie stanowią katalogu zamkniętego, Zamawiający potwierdza, iż wymaga potwierdzenia parametrów technicznych w jednej lub kilku z wymienionych w SIWZ formach. Dokumenty te winny zawierać opis urządzeń technicznych zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane”.

Mając tak sformułowane zapisy SIWZ oraz złożone wyjaśnienia Zamawiający uznał, iż dokument „Konsola diagnostyczna z oprogramowaniem Vitrea, OPIS” w całości potwierdza oczekiwania żądania Zamawiającego. Stanowisko powyższe Zamawiający wywodził z faktu, iż:

- zawiera on w swej treści opis zaoferowanych urządzeń technicznych,
- mieści się on w katalogu dokumentów wymaganych w SIWZ przez Zamawiającego,
- jest zgodny z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ponadto Zamawiający wskazywał, iż Wykonawca - TMS potwierdził zaoferowanie interfejsu sieciowego zgodnego z DICOM 3.0 z klasą serwisową Modality Performance Procedure Step w pkt 67 Załącznika nr 3 do SIWZ słowem „TAK”, oraz dodatkowo potwierdził zaoferowanie tego parametru na stronie 77 oferty w dokumencie „Konsola diagnostyczna z oprogramowaniem Vitrea, OPIS”, spełniającym wymóg Zamawiającego co do formy tego dokumentu oraz treści w nim zawartej.

Zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem Odwołującego, iż załączony przez TMS dokument stanowi dokument spreparowany. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż dokument załączony do oferty został sfalszowany, a zaoferowany wyrób nie posiada wymaganego parametru tj. DICOM 3.0 z klasą serwisową Modality Performance Procedure Step. W ocenie Zamawiającego, w świetle zapisów SIWZ i udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że załączone do oferty TMS dokumenty są

nieprawidłowe, w szczególności że zostały spreparowane na potrzeby niniejszego postępowania. Zamawiający na podstawie załączonych dokumentów, których forma jest zgodna z wymogiem zawartym w SIWZ, ocenił ważność ofert i zgodnie z ustawą Pzp wybrał ofertę najkorzystniejszą. Wobec powyższego wnosił o oddalenie przedmiotowego zarzutu w całości.

Mając na uwadze argumenty przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ rozdział I OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z instalacją tomografu komputerowego z akcesoriami. Przedmiot zamówienia określony jest we Wspólnym Słowniku Zamówień pod pojęciem: Urządzenia do tomografii i kodem 33.11.50.00 – 9. Wykonawca zainstaluje urządzenie w Zakładzie Radiologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi. Przez „zainstalowanie” Zamawiający rozumiał wszystkie niezbędne prace instalacyjno - montażowe w zakresie koniecznym do uruchomienia i przekazania aparatu do eksploatacji. Wymagania instalacyjne obejmowały:

- a) Zasilanie elektryczne 3x400V (+/- 10%)/50Hz,
- b) Dostosowanie wentylacji i klimatyzacji - min. 1,5 krotna wymiana powietrza w ciągu godziny z utrzymaniem temperatury w sali badań 18-25 °C,
- c) Zapewnienie połączenia tomografu komputerowego z systemem Ris/PACS posiadanym przez Zamawiającego,
- d) Kanały łączące gantry ze sterownią umieszczone w warstwach posadzkowych w wykonaniu szczelnym,
- e) Wykładzina posadzkowa położona po wykonaniu kanałów kablowych - antyelektrostatyczna/przewodząca z cokołem min.10 cm,
- f) Wymiana segmentów sufitu podwieszanego z ewentualnym zachowaniem kasetonów oświetleniowych,
- g) Wykonanie projektu ochrony radiologicznej,
- h) Umywalka zachowana w sali badań,

- i) Malowanie ścian - farba zmywalna z atestem dopuszczenia do pomieszczeń szpitalnych,
- j) Zasilanie aparatu poprzez własną rozdzielnicę ze szpitalnej rozdzielni transformatorowej (od ul. Paderewskiego lub od ul. Sanockiej): zakup i ułożenie kabla siłowego (ok. 200mb, licząc po długości kabla) z instalacją wymaganego osprzętu zabezpieczeniowo-łączyeniowego - w kosztach dostosowania.

Rozdział I pkt 13 SIWZ przewidywał obowiązek wykonawcy sporządzenia projektu osłon radiologicznych i dokonanie niezbędnych uzgodnień z Wojewódzkim Inspektorem Sanitarnym.

Rozdział II SIWZ pkt 1 WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA (po modyfikacji) przewidywał „Wymagany termin wykonania zamówienia 70 dni od dnia podpisania umowy co zostanie potwierdzone protokołem odbioru technicznego według harmonogramu:

- dostawa sprzętu,
- prace instalacyjne, montażowe, czynności umożliwiające uruchomienie i przekazanie do eksploatacji pracowni zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym projekty osłon i wykonanie testów akceptacyjnych i specjalistycznych,
- odbiór urządzenia, zakończony podpisaniem protokołu odbioru technicznego, będącego podstawą wystawienia faktury.

Przez protokół odbioru technicznego Zamawiający rozumie instalację, uruchomienie i dopuszczenie do eksploatacji urządzenia.”

Zamawiający modyfikacją SIWZ z dnia 13 lipca 2011 r. dokonał zmiany treści rozdziału VIII. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERT, WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT, w tym pkt 2.

Pierwotna treść pkt 2 przewidywała:

„2. Sposób obliczenia ceny oferty

- a) na cenę oferty składać się będą wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę związane z realizacją zamówienia wraz z należnym podatkiem od towarów i usług (VAT),
- b) Zamawiający nie przewiduje możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku podwyższenia stawki podatku od towarów i usług (VAT) w całym okresie obowiązywania i realizacji niniejszej umowy.
- c) wszystkie ceny mają być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku, z uwzględnieniem zasad zaokrąglania liczb (tj. 5 i powyżej w górę, poniżej w dół),

- d) Wykonawca poda wartości netto i brutto w złotych polskich.
- e) oferowana cena, która będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.
- f) Zamawiający przedmiot zamówienia traktuje jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT”.

Po modyfikacji rozdział VIII pkt 2 przewidywał:

„2. Sposób obliczenia ceny oferty

- a) na cenę oferty składać się będą wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę związane z realizacją zamówienia wraz z należnym podatkiem od towarów i usług (VAT),
- b) wszystkie ceny mają być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku, z uwzględnieniem zasad zaokrąglania liczb (tj. 5 i powyżej w górę, poniżej w dół),
- c) Wykonawca poda wartości netto i brutto w złotych polskich,
- d) oferowana cena, która będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia”.

W formularzu ofertowym Załącznik nr 2 Zamawiający zawarł m.in. postanowienie :

„1. Oferujemy dostawę przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym objętym w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia za łączną kwotę:

Netto:.....PLN

Słownie:

VAT:%

Brutto:PLN

Słownie:

Powyższa cena uwzględnia wszystkie koszty, które zostaną poniesione przez Wykonawcę w tym koszty transportu wraz z ubezpieczeniem, instalację, uruchomienie, dopuszczenie do eksploatacji oraz przeszkolenie personelu Zamawiającego.

Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka odpowiednia dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT”.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ w punkcie 67 wymagał: Interfejs sieciowy zgodny z DICOM 3.0 z następującymi klasami serwisowymi: • Storage SCP/SCU • Print •

Query/Retrieve SCP/SCU • Modality Performance Procedure Step Tak.

W Załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zamieścił postanowienie:

„Uwaga:

Dla umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji udzielonych odpowiedzi należy dołączyć oryginalne ulotki producenta, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną oferowanego sprzętu, w oryginale lub kserokopie poświadczoną za zgodność z oryginałem.

W kolumnie „POTWIERDZENIE WYMAGANIA (tak/nie/ wartości parametrów)” w punktach oznaczonych symbolem () należy wskazać dokument i stronę, na której znajdują się informacje potwierdzające udzielone odpowiedzi.*

Zamawiający ma prawo wystąpić do wykonawców o udzielenie dalszych wyjaśnień niezbędnych dla weryfikacji udzielonych odpowiedzi”.

W odpowiedzi na pytanie 28 z dnia 7 czerwca 2011 r. Zamawiający stwierdził:

„Pytanie 28

Dotyczy Załącznika nr 3 do SIWZ, „Zestawienie parametrów wymaganych”,

Zamawiający dla umożliwienia weryfikacji udzielonych odpowiedzi wymaga dołączenia do oferty oryginalnych ulotek producenta, katalogów, opisów przedmiotu zamówienia, dokumentacji technicznej oferowanego sprzętu.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane § 5.1, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, (...) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

„1. Próbek, opisów lub fotografii

2. Opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi (...)”

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga potwierdzenia parametrów technicznych w jednej lub kilku z wymienionych w SIWZ form, oraz, że dokumenty wymienione w SIWZ nie stanowią katalogu zamkniętego.

ODPOWIEDŹ: Dokumenty nie stanowią katalogu zamkniętego, Zamawiający potwierdza, iż wymaga potwierdzenia parametrów technicznych w jednej lub kilku z wymienionych w SIWZ formach. Dokumenty te winny zawierać opis urządzeń technicznych zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane”.

Odwołujący podał w formularzu ofertowym dwie stawki VAT: 8 % i 23%.

Wykonawca TMS w ofercie zadeklarował spełnienie parametru określonego w pkt 67

Załącznika nr 3 do SIWZ oraz wskazał, iż potwierdzenie w tym zakresie znajduje się w Opisie Vitrea strona 3 („TAK, Vitrea Opis str. 3”). Opis ten znajduje się w dokumencie „Konsola diagnostyczna z oprogramowaniem Vitrea” zamieszczonym na stronach 75-78 oferty będącym, jak oświadczył Wykonawca TMS, opisem sporządzonym przez niego samodzielnie.

Zamawiający dnia 5 października 2011 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (TMS) i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego TMS z uwagi na spełnienie przez tegoż Wykonawcę przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, SIWZ wraz z modyfikacjami, pisma Zamawiającego dotyczące wyjaśnień treści SIWZ, ofertę Odwołującego i TMS, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazane 5 października 2011 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego TMS, odpowiedź na odwołanie, przedłożone na rozprawie: kopię korespondencji mailowej z Vital Images dotyczącej zgodności z DICOM dla Vitrea oraz parametru Modality Performed Procedure Step wraz z tłumaczeniem poświadczonym, kopię oświadczenia o zgodności z DICOM 3.0 Vitrea 5.1/fx3.0 wraz z tłumaczeniem poświadczonym, kopię oświadczenia o zgodności z DICOM 3.0 Vitrea Enterprise Suite V 6.0 wraz z tłumaczeniem poświadczonym, opis uzupełniający dane techniczne z 26 października 2011 r. dotyczący zaoferowania modułu DICOM MPPS (COT-33D). Izba pominęła przedłożony wydruk ze strony internetowej Vital Images obejmujący wyłącznie informacje w języku angielskim bez stosownego tłumaczenia. Odwołujący przedłożył także kopie wyroków NSA z dnia 28 czerwca 2011 r. (sygn. akt I FSK 958/10), z dnia 16 września 2010 r. (I FSK 779/10) oraz zestawienie wyroków NSA dotyczących stawki VAT dla wyrobów medycznych i usług związanych z dostawą.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania przedłożone na piśmie i ustnie do protokołu, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, podnosząc, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazywał, iż w formularzu oferty w zakresie ceny i stawki podatku od towarów i usług Zamawiający zastrzegł „Zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako dostawę kompleksową i w związku z tym uznaje, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka dla wyrobów medycznych, do kategorii których zaliczany jest aparat CT”. Dodatkowo powołał się na treść rozdziału VIII pkt 2 ppkt f SIWZ, gdzie zawarł analogiczne postanowienie. Zamawiający pominął jednak okoliczność, iż modyfikacją SIWZ z dnia 13 lipca 2011 r. dokonał zmiany rozdziału VIII, w tym pkt 2, i po modyfikacji powyższe postanowienie nie zostało tam zawarte. Pomimo tego nie budzi wątpliwości, iż treść formularza ofertowego pozostała w tym zakresie niezmienną i jednoznacznie wskazywała na konieczność zastosowania dla wyliczenia ceny oferty jednolitej stawki VAT właściwej dla wyrobów medycznych, tj. 8%. Odwołujący, wbrew dyspozycji Zamawiającego, w swojej ofercie w formularzu ofertowym podał dwie stawki VAT, tj. 8 % i 23 %. Zamawiający, odrzucając ofertę wskazywał, iż aktualna linia orzecznicza KIO wskazuje, iż podanie błędnej stawki podatku VAT nie może co do zasady być traktowane jako błąd w obliczeniu ceny i uzasadniać odrzucenie takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Stanowisko powyższe jest na chwilę obecną ugruntowane, natomiast Sąd Najwyższy nie wypowiedział się jeszcze w niniejszej sprawie. Analiza orzecznictwa wskazuje na wyjątek od tego stanowiska, tj. w uzasadnieniach wyroków wskazuje się, że gdy Zamawiający podał jednoznacznie wytyczne co do sposobu obliczenia ceny w zakresie stawki podatku VAT, to podanie innej stawki niż wskazana w SIWZ należy traktować jako błąd w obliczeniu ceny. W odpowiedzi na odwołania powołał się na aktualne uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., III CZP 52/11 i III CZP 53/11, w których Sąd Najwyższy w sposób niebudzący wątpliwości stwierdził, iż określenie w ofercie ceny z nieprawidłową stawką podatku VAT to błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty, chyba że zachodzą ustawowe przesłanki omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym w przedmiotowej sprawie, w przypadku, gdy wykonawca wbrew zapisom treści SIWZ oraz charakterowi przedmiotu zamówienia, zastosował inną stawkę podatku VAT niż wymagana, zachodzą przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W tym przypadku Odwołujący nie podnosił zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp, tym samym zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto podkreślał, iż powyższy zarzut dotyczy w swej istocie treści SIWZ i na obecnym etapie uznać należy go za spóźniony.

Izba ocenia, że do przyjęcia, iż wskazanie stawki podatku VAT w nieprawidłowej wysokości skutkuje zaistnieniem błędu w obliczeniu ceny, niezbędne jest, aby Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania przez wykonawców wysokości stawki podatku. Zauważyć trzeba, że obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty, co w szczególności ma na celu zapewnienie porównywalności ofert przez ujednoczenie sposobu wyceny stosowanego przez wszystkich wykonawców. Istotnie żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wskazania w dokumentacji przetargowej, jaką stawkę VAT należy zastosować dla zamawianych (oferowanych) usług, dostaw czy robót budowlanych. Jednak żaden przepis Pzp nie wyklucza też możliwości dokonania tego rodzaju wskazania przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie jest zatem prawidłowy wywód, iż Zamawiający nie jest uprawniony do podania obowiązującej dla wyliczenia ceny ofertowej stawki podatku VAT. Na taką możliwość wskazuje również orzecznictwo (np. w wyroku KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1673/11 Izba uznała: *„Wydaje się, że Zamawiający ma prawo określić w SIWZ stawkę VAT, wyłącznie dla porównania ofert, właściwą do obliczenia ceny oferty”*). Należy podzielić stanowisko Zamawiającego, iż także orzecznictwo na które powoływał się Odwołujący, zgodnie z którym błędna stawka podatku VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, nie wyklucza dopuszczalności ustanowienia reguł w tym zakresie przez Zamawiającego (np. w wyroku z dnia 1 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 125/11 Izba uznała: *„Materiał dowodowy w sprawie pozwala na stwierdzenie, że stawka podatku od towarów i usług nie została wprost określona w postanowieniach SIWZ. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnych reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w odniesieniu stawki podatku od towarów i usług. Z pewnością za takie wytyczne nie mogą być uznane postanowienia rozdziału 17 SIWZ, zgodnie z którymi „wykonawca zobowiązany jest wycenić cały przebieg robót budowlanych przewidzianych w projekcie budowlanym, SIWZ oraz załączonych przedmiarach robót oraz przewidzieć wszystkie okoliczności mające jakikolwiek wpływ na realizację robót oraz cenę oferty.” Cytowane postanowienie dotyczy bowiem aspektu ceny w ujęciu przedmiotu zamówienia. Idąc dalej, kolejne regulacje w tym przedmiocie, mówiące o tym, że „zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym, na wykonawcy spoczywa poprawne naliczenie podatku VAT, który należy uwzględnić w cenie oferty brutto” zdaje się wręcz przerzucać na wykonawcę obowiązek poprawnego naliczenia podatku VAT, zaś odwołanie się do regulacji podatkowych w tym względzie potwierdza prezentowane stanowisko, bowiem zgodnie z art. 103 ustawy o*

podatku od towarów i usług, to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczenia i wpłacenia podatku w odpowiednim terminie. W tej sytuacji Zamawiający, który w specyfikacji nie przedstawił swoich wymagań dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy". Również w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 49/11 (powołanym przez Zamawiającego) Izba stwierdziła: „Izba ocenia, że do przyjęcia, iż wskazanie stawki podatku VAT w nieprawidłowej wysokości skutkuje zaistnienie błędu w obliczeniu ceny, niezbędne jest, aby zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazania przez wykonawców wysokości stawki podatku. Zauważyć trzeba, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 p.z.p. jest ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty. Błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.”

Na wiążący charakter stawki podatku VAT jako elementu sposobu obliczenia ceny Izba wskazała także w wyroku z dnia 9 marca 2010 r. sygn. akt KIO 61/10: „Izba uznała, że zawarcie przez zamawiającego w postanowieniach Rozdziału 16 „Opis sposobu obliczenia ceny”, z powołaniem się na wiedzę własną zamawiającego, stawki podatku od towarów i usług VAT dla utrzymania urządzeń melioracyjnych i utrzymania dróg leśnych w wysokości 22% oznacza podanie wykonawcom informacji, że taka właśnie stawka dla wskazanych usług zostanie przez zamawiającego przyjęta jako prawidłowa do oceny prawidłowości stawek VAT, jakie zostały uwzględnione w złożonych przez wykonawców ofertach. Fakt, że ani odwołujący, ani żaden inny wykonawca nie zakwestionował na etapie przed terminem składania ofert wskazanych przez zamawiającego stawek obliguje zamawiającego do ich przyjęcia przy ocenie prawidłowości złożonych ofert pod kątem uwzględnionej przy obliczeniu ceny ofertowej stawki podatku od towarów i usług VAT. Innymi słowy odwołujący zgodził się z tym, iż również jego cena ofertowa, tj. zawarte w niej stawki zostaną porównane do stawek wskazanych przez zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż podstawą do zastosowania przez wykonawców odmiennej od wskazanych w postanowieniach stawek podatku od towarów i usług VAT jest fragment Rozdziału 16 o treści: „należny podatek VAT naliczony zostanie do ceny netto w fakturze zgodnie z obowiązującym prawem w dniu wystawienia faktury bez konieczności zmiany umowy”, ponieważ fragment ten - co wynika wprost z jego literalnego brzmienia - odnosi się nie do etapu składania ofert, ale do etapu realizacji zamówienia i wystawienia faktury, gwarantując stronom - w przypadku zmiany stawek podatku VAT-naliczenie podatku zgodnie z obowiązującym wówczas prawem, bez konieczności zawierania dodatkowego aneksu do umowy. Błędnie zatem odwołujący przyjął, że wskazane przez zamawiającego w SIWZ stawki nie są wiążące, tj. że zamawiający inne stawki niż tam podane przyjmie do oceny poprawności stawek VAT ujętych w ofertach. Dodatkowo Izba wskazuje, iż nawet uznanie, iż zamawiający w SIWZ wskazał błędne stawki podatku od towarów i usług, musiałoby

prować nie do wyboru oferty odwołującego, ale do unieważnienia przez zamawiającego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ w wyniku tych postanowień SIWZ wykonawca oferty uznanej za najkorzystniejszą zastosował wskazane tam stawki. Odrzucenie jego oferty (oraz oferty trzeciego wykonawcy) w takiej sytuacji prowadziłoby bowiem do obarczenia go negatywnymi konsekwencjami działań zamawiającego, co byłoby niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”.

Interpretując powyższe, ustanowienie takich reguł przez Zamawiającego jako elementu sposobu obliczenia ceny oferty w SIWZ wiąże wykonawców tak jak inne jej postanowienia oraz podlega weryfikacji przez oferentów w drodze dostępnych im środków ochrony prawnej. Błąd w obliczeniu ceny oferty ma zatem miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego. Postulat równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od Zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień SIWZ. Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), rozstrzygając zagadnienie prawne dotyczące wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przedstawione w trybie art. 390 § 1 Kpc przez Sąd Okręgowy w Koninie, w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 313/11), uznał, że określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Analogiczne stanowisko prawne Sąd Najwyższy zajął również w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11). Wprawdzie na chwilę obecną nie jest dostępne pełne uzasadnienie ww uchwał, jednak stanowisko Sądu Najwyższego potwierdza konieczność weryfikacji prawidłowości stawki VAT oraz dopuszczalność odrzucenia oferty, która zawiera nieprawidłową stawkę VAT jako obciążoną błędem w obliczeniu ceny. Tym samym stawka VAT objęta jest zakresem sposobu obliczenia ceny, który podlega weryfikacji przez Zamawiającego. Błąd w stawce skutkuje natomiast koniecznością odrzucenia oferty, o ile nie zachodzą ustawowe przesłanki poprawienia omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający czyni zadość wymaganiom zawartym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie dopuszcza się obrazy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdy odrzuca ofertę z powodu niezgodności z wymaganiami, które zostały wprost zapisane w SIWZ, o ile nie mamy do czynienia z sytuacją ujętą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak jest zatem przesłanek dla uznania, iż wskazanie przez Zamawiającego stawki podatku VAT na potrzeby obliczenia ceny oferty korzysta z odmiennych reguł niż pozostałe postanowienia SIWZ. Stwierdzić zatem trzeba, iż Odwołujący, który posiadał wiedzę, jaką stawkę VAT

Zamawiający przewidział, a zatem i jaką będzie egzekwował w procesie badania i oceny ofert, mógł w odpowiednim czasie na to zareagować, czego jednak nie uczynił. To, iż równocześnie toczył spór w tym zakresie dotyczący prawidłowości uzyskanej interpretacji podatkowej, stąd ostateczne stanowisko w tej mierze nie było przesądzone, pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Mógł bowiem zakładać, iż spór zakończy się dla niego niekorzystnie, a zastosowanie różnych stawek oznacza sprzeczność z ustaloną przez Zamawiającego treścią SIWZ. Tym samym rację należy przyznać Zamawiającemu, iż zarzut dotyczący nieprawidłowego określenia przez Zamawiającego stawki podatku VAT należy kwalifikować jako dotyczący treści SIWZ. Obecnie kwestionowanie sposobu obliczenia ceny ustalonego w formularzu ofertowym będącym elementem SIWZ uznać należy za spóźnione. Jeżeli Odwołujący uważał, iż tak dokonany opis sposobu obliczenia ceny oferty narusza przepisy ustawy Pzp, utrudnia mu lub uniemożliwia złożenie oferty, należało w stosownym terminie wnieść odwołanie na postanowienia SIWZ. Skoro bowiem Zamawiający określił sposób obliczenia ceny, żaden z wykonawców go nie kwestionował, to był zobligowany dokonać oceny ofert zgodnie z określonymi przez siebie i nie zakwestionowanymi przez wykonawców postanowieniami SIWZ w tym zakresie. 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 SIWZ oraz błędnego (odmiennego niż wymagany) sposobu wyliczenia ceny zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia takiej oferty, gdy nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie w treści formularza ofertowego w części dotyczącej wynagrodzenia i wskazania oczekiwanej stawki podatku VAT Zamawiający jednoznacznie określił, iż musi to być stawka podatku VAT właściwa dla wyrobów medycznych. Oznacza to więc, że miała to być stawka w wysokości 8%. W przedmiotowej sprawie Wykonawcy posiadali zatem wyraźne wytyczne co do wymaganej stawki podatku VAT, co zresztą nie było przez Odwołującego kwestionowane (nie powoływał on braku jednoznacznych instrukcji wynikających z SIWZ co do stawki podatku VAT – ta okoliczność była bezsporna). Podobnie jednoznacznym było, iż w ramach instalacji przedmiotu zamówienia niezbędne będzie zaprojektowanie osłon radiologicznych. Kwestia stawki podatku VAT nie była przedmiotem wyjaśnień, podana stawka VAT nie była także kwestionowana w drodze środków ochrony prawnej. Wiedzę, iż przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie osłon radiologicznych Odwołujący posiadał od samego początku, podobnie jak i o stawce VAT przyjętej przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego była niezgodna z podanym przez Zamawiającego w formularzu ofertowym (SIWZ) sposobem obliczenia ceny, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący nie podnosił natomiast okoliczności, iż podana przez niego stawka VAT jest

wynikiem omyłki, co nakazywałoby rozważenie poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, iż brak zgodności ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w SIWZ stanowi także o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w tym przypadku odrzucenie oferty musi być poprzedzone analizą, czy nie zachodzi konieczność poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione przed podjęciem przez Sąd Najwyższy uchwał, na które powołuje się Zamawiający, co nie zmienia jednak okoliczności, iż Izba nie jest uprawniona do rozstrzygnięcia co do zarzutu, który nie był zawarty w treści odwołania. Na marginesie jednak warto zauważyć, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wydaje się dopuszczalne w sytuacji, gdy Wykonawca, tak jak Odwołujący w niniejszej sprawie, jednoznacznie wskazuje, iż stawka podatku VAT, jaką podał w ofercie, jest wynikiem jego świadomej decyzji znajdującej wyraz w stosownym oświadczeniu woli zawartym w ofercie, a zatem nie ma charakteru omyłkowego. Odwołujący zresztą takiej argumentacji nie prezentował także na rozprawie.

Tym samym uznać należy, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty TMS jako niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż zaoferowane oprogramowanie stacji diagnostycznej Vitrea 6.0 nie posiada funkcjonalności, którą TMS zadeklarował w pkt 67 Załącznika nr 3 do oferty „*Interfejs sieciowy zgodny z DICOM 3.0 z następującymi klasami serwisowymi: (...) Modality Performance Procedure Step*” uznać należy, iż zarzut się potwierdził. W toku postępowania odwoławczego ustalone zostało, iż oprogramowanie Vitrea 6.0 nie posiada powyższej funkcjonalności. Wykonawca TMS okoliczność tę jednoznacznie przyznał. Twierdził natomiast, iż powyższa funkcjonalność realizowana jest przez inne oprogramowanie – firmy Toshiba – moduł DICOM MPPS (COT-33D) – kompatybilne z oprogramowaniem Vitrea, które zostało przez niego również zaoferowane. Zawarte na stronie 76 określenie „Oprogramowanie Vitrea 6.0” sugerujące, iż funkcjonalności określone na stronie 76-78 realizowane są przez to właśnie oprogramowanie, jest wynikiem błędu. Zamiarem Wykonawcy TMS było bowiem wskazanie funkcjonalności dostępnych na konsoli diagnostycznej, przy czym nie było to tylko oprogramowanie Vitrea 6.0. Wobec oświadczenia TMS bez istotnego znaczenia dla oceny Izby uznać należy zatem dowody w postaci korespondencji przedstawianej przez Odwołującego potwierdzające tę samą okoliczność, a kwestionowane przez TMS. Równocześnie Wykonawca TMS podkreślał, iż Zamawiający nie wymagał uszczegółowienia modułów oprogramowania, które realizowałyby wymagane parametry. Izba nie dała wiary powyższym wyjaśnieniom. Przede wszystkim Wykonawca TMS nie wskazał, w jakim innym miejscu oferty zaoferowane zostało oprogramowanie firmy

Toshiba, na które się powoływał. Na stronie 68 oferty znajduje się jedynie opis oferowanej konsoli lekarskiej, przy czym wskazano tam jednoznacznie, iż oprogramowanie oferowane to oprogramowanie Vitrea 6.0. Oprogramowanie to (obok Widnows 7) jest tam wymienione z nazwy. Brak jakiegokolwiek wzmianki, która pozwalałaby wnioskować, iż istotnie oprócz oprogramowania Vitrea 6.0 zaoferowano dodatkowy moduł oprogramowania, który będzie zainstalowany na konsoli. Także opis „Konsola diagnostyczna z oprogramowaniem Vitrea” wyraźnie wskazuje, iż zainstalowane na niej zostanie oprogramowanie Vitrea i nie sposób wywieść ani z tytułu ani z pozostałej zawartości opisu na stronach 75-78 oferty, iż poza oprogramowaniem Vitrea 6.0 miałyby być na niej zainstalowane jakieś inne oprogramowanie, zwłaszcza innego producenta. Izba nie kwestionuje, iż być może jest to dopuszczalne, jednak w żadnym razie z treści oferty nie wynika, aby takie oprogramowanie zostało zaoferowane. Z treści oferty nie wynika również, aby na stronie 76 Wykonawca TMS wskazując, iż oferuje oprogramowanie Vitrea 6.0 i podając określone funkcjonalności, popełnił błąd polegający na tym, iż nazwa Vitrea 6.0 nie powinna się tam znaleźć, czy też że zamiarem Wykonawcy było jedynie wskazanie parametrów bez dookreślenia, jakie oprogramowanie parametry te realizuje. Wręcz przeciwnie oferta TMS jest w tym zakresie spójna – w treści Załącznika nr 3 w pkt 67 zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wyraźnie wskazano, iż parametr tam określony znajduje swoje potwierdzenie w opisie dotyczącym oprogramowania Vitrea 6.0 strona 3 opisu („TAK, Vitrea Opis str. 3”). Także w pkt 61 Załącznika nr 3 dotyczącym opisu oferowanej konsoli wskazano, iż jest to konsola z oprogramowaniem Vitrea 6.0 Vital Images Inc. Brak odniesienia do jakiegokolwiek innego oprogramowania. Jest to jednoznaczne i spójne powiązanie Załącznika nr 3 i dokumentu przedkładanego na potwierdzenie deklarowanego parametru. Tym samym, zdaniem Izby, treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ jako że parametr określony w pkt 67 był parametrem granicznym, oprogramowanie Vitrea 6.0 parametru tego nie spełnia, a Wykonawca TMS, wbrew prezentowanemu przez siebie stanowisku, nie wykazał, iż zaoferował inne oprogramowanie realizujące powyższy parametr, na co powoływał się na rozprawie i przedstawił dowód w postaci opisu uzupełniającego dane techniczne z dnia 26 października 2011 r. Niezasadnym jest również stanowisko TMS, iż mógłby dokonać uzupełnienia dokumentu potwierdzającego powyższy parametr w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Możliwość taka potencjalnie istniałaby, gdyby zdołał dowieść, iż istotnie w ofercie ujął oprogramowanie realizujące powyższy parametr, nie załączył natomiast dokumentu potwierdzającego jego spełnienie. Tymczasem brak jakim dotknięta jest oferta TMS, nie polega na nieprzedstawieniu dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa spełnia wymóg Zamawiającego, lecz na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia, który wbrew deklaracji nie posiada wymaganego i niezbędnego parametru. Powyższe stanowi nieuzupełnialny brak oferty, gdyż wymagałoby jej zmiany poprzez dodanie oprogramowania,

które nie było ujęte w pierwotnej treści oferty. Wykonawca wyraźnie wskazał, iż parametr w pkt 67 potwierdza opis Vitrea, a zatem, że to właśnie to oprogramowanie winno realizować powyższy parametr, co, jak zostało ustalone, nie odpowiada rzeczywistości.

Natomiast w zakresie argumentacji dotyczącej przedstawienia przez TMS opisu zawierającego dane techniczne sporządzonego przez Wykonawcę, nie autoryzowanego przez producenta, w miejsce oryginalnych danych produktowych, należy zauważyć, iż Zamawiający nie wymagał, aby dokumentami potwierdzającymi parametry były wyłącznie materiały pochodzące od producenta. W odpowiedzi na pytanie 28 wyraźnie stwierdził, iż *„Dokumenty nie stanowią katalogu zamkniętego, Zamawiający potwierdza, iż wymaga potwierdzenia parametrów technicznych w jednej lub kilku z wymienionych w SIWZ formach. Dokumenty te winny zawierać opis urządzeń technicznych zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane”*. Tym samym skoro Zamawiający nie zastrzegł takiego wymogu, na Wykonawcę TMS nie może być nakładany obowiązek przedłożenia wyłącznie materiałów producenta. Wprawdzie istotnie należy przyznać rację Odwołującemu, iż materiały, które zostały sporządzone przez wykonawcę samodzielnie nie powinny sugerować w swej formie, iż pochodzą od producenta, a na taką okoliczność może wskazywać postępowanie się logo producenta czy brak jednoznacznego oznaczenia, iż jest to dokument własny wykonawcy, jednak przedłożenie takiego dokumentu, który stanowi opis będący oświadczeniem własnym Wykonawcy zawierający dane techniczne mógł być przedłożony w postępowaniu na potwierdzenie zaoferowania wymaganych parametrów i nie świadczy to o niezgodności oferty z SIWZ.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W treści odwołania Odwołujący zawarł wspólne uzasadnienie dla zarzutu niezgodności oferty TMS z treścią SIWZ w zakresie parametru określonego w pkt 67 Załącznika nr 3, jako że zaoferowane oprogramowanie Vitrea 6.0 nie posiada wymaganego tam parametru oraz dla podania nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Zauważał, iż dokument dołączony i spreparowany, jak wskazywał, przez Wykonawcę TMS opisujący stację Vitrea (strony 75-78 oferty) nie ma żadnego związku z oryginalnymi dokumentami firmy Vital Images i jest stworzony wyłącznie na potrzeby danego postępowania przetargowego. Dokument ten jest podpisany przez firmę TMS i nie jest autoryzowany przez producenta stacji. Odwołujący zauważał, że firma TMS nie jest przedstawicielem firmy Vital Images i nie może tworzyć dokumentów opisujących dany wyrób bez odniesienia się do oryginalnych dokumentów producenta. Jak zostało ustalone powyżej

zarzut niezgodności oferty TMS z treścią SIWZ w zakresie parametru określonego w pkt 67 Załącznika nr 3 potwierdził się. Oprogramowanie Vitrea 6.0 nie posiada funkcjonalności, którą Wykonawca TMS w odniesieniu do tegoż oprogramowania zadeklarował. Izba nie dopatrzyła się również okoliczności, iż powyższy parametr winien być w ofercie Wykonawcy TMS odnoszony do innego oprogramowania, a zatem, iż w istocie Wykonawca TMS spełnienie tego parametru deklarował poprzez inne oprogramowanie niż Vitrea 6.0, które także zostało objęte treścią jego oferty. Taka okoliczność, w ocenie Izby, się nie potwierdziła. Tym samym jednoznacznym jest, iż wynikające z oferty oświadczenie co do spełnienia parametru z pkt 67 przez oprogramowanie Vitrea 6.0 nie jest zgodne ze stanem faktycznym.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą *iuris cogentis*. Oznacza to, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. Zauważyć należy, iż orzecznictwo w tym zakresie nie prezentuje jednolitej linii. Z jednej strony wskazuje, iż przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że *„dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”*. Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W orzeczeniach podkreśla się, iż

fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Wreszcie wskazać należy, iż w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp chronione jest dobro jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów. Przywołać można stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1778/09) iż: *„Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów, a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzenie śledztwa dla zbadania intencji poszczególnych wykonawców”*. Inne orzeczenia z kolei podkreślają, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej, powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. ogłoszenia czy SIWZ zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji, na celu niezgodne z ustawą Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 766/09). W przedmiotowej sprawie niezależnie jednak od przyjętej linii orzeczniczej należy uznać, iż Wykonawca TMS deklarując, iż oprogramowanie Vitrea 6.0 posiada określony, wymagany przez Zamawiającego parametr będący parametrem granicznym, podczas gdy parametr ten przez powyższe oprogramowanie nie jest spełniony, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Fakt, iż oprogramowanie Vitrea 6.0 nie posiada zadeklarowanej

funktjonalności został przez Wykonawcę przyznany, a zatem nie budzi wątpliwości. Podobnie jak i wpływ na wynik postępowania – był to parametr wymagany, jego brak skutkowało niezgodnością oferty z treścią SIWZ, a zatem jej odrzuceniem. Wykonawca TMS powołał się na omyłkę w sporządzeniu oferty. Zdaniem Izby nie zdołał jednak wykazać, z czego powyższa omyłka mogła wynikać. Treść oferty była w tym zakresie spójna, a jak było to wskazane, opis deklarowanych parametrów pochodził od Wykonawcy. Opis ten winien opierać się na danych znajdujących potwierdzenie w danych producenta, a błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę zobligowanego do zachowania staranności wymaganej od profesjonalnego uczestnika obrotu. Jeżeli bowiem nie zweryfikował on w dostatecznym stopniu, czy deklarowane przez niego parametry istotnie są realizowane przez podane w ofercie oprogramowanie, to co najmniej godził się z możliwością podania informacji sprzecznych ze stanem faktycznym. Wykonawca TMS ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia omyłki w swojej ofercie polegającej na wpisaniu nazwy oprogramowania Vitrea 6.0, podczas gdy jego zamiarem było zaoferowanie także innego modułu oprogramowania. Takie uzasadnienie należy uznać za niewystarczające. Biorąc pod uwagę cel przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdzie chronione jest dobro, jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów, wykonawca nie może dla uniknięcia konsekwencji przewidzianych tym przepisem ograniczyć się do podnoszenia omyłkowego charakteru swojego działania, nie przedstawiając żadnych dowodów, które możliwość popełnienia takiej omyłki by uzasadniały. Błędy czy brak należytej staranności w sporządzaniu oferty obciążają wykonawcę. Uznać zatem należy, iż zarzut nieprawdziwych informacji potwierdził się i Wykonawca TMS podlega wykluczeniu z postępowania, aczkolwiek za złożenie nieprawdziwych informacji nie mogło być uznane przedłożenie samodzielnie sporządzonego przez Wykonawcę TMS dokumentu potwierdzającego parametry (opis parametrów), gdyż taki sposób potwierdzenia parametrów był dopuszczony przez SIWZ. Wykonawca nie musiał posługiwać się wyłącznie oryginalnymi czy autoryzowanymi materiałami producenta, jeżeli SIWZ takiego wymogu nie zawierała. Tworzenie dokumentów własnych jest natomiast obarczone ryzykiem, iż ujmować będą parametr niepotwierdzony przez producenta. Nieprawdziwa informacja musi bowiem mieć wpływ przynajmniej potencjalny na wynik postępowania.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....