

Sygn. akt: KIO 2115/11

WYROK

z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę **OK Medical Systems Sp. z o.o., Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Poznaniu, 60-650 Poznań, ul. Piątkowska 161** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45,**

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2115/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego,

2.kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OK Medical Systems Sp. z o.o., Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Poznaniu, 60-650 Poznań, ul. Piątkowska 161** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Kielcach, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45** na rzecz wykonawcy **OK Medical Systems Sp. z o.o., Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Poznaniu, 60-650 Poznań, ul. Piątkowska 161** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę tomografu komputerowego minimum 16 rzędowego, adaptację pomieszczeń, opracowanie dokumentacji powykonawczej, nadzór autorski”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 czerwca 2011 r., nr 2011/S 114-188686.

W dniu 21 września 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę OK. Medical Systems Sp. z o.o., Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, jednocześnie wskazując iż w dniu 9 września 2011 r. odwołujący został wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani Susie G. z uwagi na to, że osoba ta nie była umocowana prawnie do występowania w tym postępowaniu w imieniu producenta i tego pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie Odwołujący nie uzupełnił.

Pismem tym Zamawiający poinformował także Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy TSM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „wykonawca TMS”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 30 września 2011r. (pismem z dnia 29 września 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 30 września 2011 r.) od czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty wykonawcy TSM jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 89 ust. 1 ust. 8 ustawy Pzp, poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokonanie wyboru oferty wykonawcy TSM, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,

4) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez bezprawne nie odrzucenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy TSM.

Jednocześnie wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie odrzucenia jego oferty – na potwierdzenie, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnienia wymagania Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli złożyć dokumenty w postaci folderu, prospektu czy też materiału informacyjnego producenta sporządzonego w języku polskim i taki dokument Odwołujący złożył w postaci folderu producenta oraz dodatkowo oświadczenia zawierającego jego oświadczenie wiedzy. Oświadczenie to nie zostało zakwestionowane w zakresie informacyjnym jednak Zamawiający wezwał go do złożenia pełnomocnictwa osoby, która niniejsze oświadczenie wiedzy złożyła, a do czego Zamawiający nie był uprawniony, gdyż przedłożone Zamawiającemu oświadczenie ma walor jedynie informacyjny i zostało sporządzone na firmowym papierze producenta, czego pierwotnie „brakowało” Zamawiającemu i na podstawie którego to zarzutu już raz „wyeliminował” ofertę Odwołującego. Tymczasem Odwołujący spełnił wszystkie wymogi przewidziane treścią SIWZ i przepisami ustawy Pzp aby jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą i brak jest jakichkolwiek podstaw do jej odrzucenia, a Zamawiający a zakwestionował jedynie formę kwestionowanego dokumentu.

Odnosnie oferty wykonawcy TSM Odwołujący podniósł, iż oferta TMS jest obciążona błędem w obliczeniu ceny. Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego do placówki służby zdrowia i adaptacja pomieszczeń, w którym ten sprzęt będzie wykorzystywany tym samym należy je opodatkować różnymi stawkami VAT — w przypadku tomografu będzie to 8% a w przypadku wykonywanych prac budowlanych - 23%. Na konieczność zastosowania podwójnej stawki podatku VAT w takim przypadku wskazuje rzecznicstwo NSA. Tak więc przyjęcie 8% stawki podatku VAT na wykonywane prace adaptacyjne w przedmiotowym postępowaniu stanowi błąd w obliczeniu ceny i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp winien skutkować odrzuceniem oferty.

W dniu 3 października 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TMS do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 3 października 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca TMS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 7 października 2011 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów, w tym zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, iż wezwał wykonawcę TMS do wyjaśnienia treści złożonej oferty – w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - w zakresie zastosowanej 8% stawki podatku VAT na prace adaptacyjne pomieszczeń. Wykonawca ten przedłożył aktualną interpretację Ministra Finansów nr IP-PP2-443-12/08-2/AZ z dnia 27 marca 2008 r., z treści której wynika, iż dla czynności kompleksowej jakim jest dostawa tomografu komputerowego i adaptacja pomieszczeń istnieje możliwość zastosowania jednej stawki podatku VAT właściwej dla świadczenie głównego, tj. dostawy urządzenia jakim jest tomograf komputerowy.

Odnosnie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał m.in., iż w wyniku uzupełnienia dokumentów Odwołujący dostarczył w dniu 9 września 2011 r. katalog producenta firmy Siemens, przy czym nie potwierdzono tam wszystkich wymaganych parametrów, a ponadto przesłano opatrzony datą wsteczną (26 lipca 2011 r.) dokument (oświadczenie) sygnowane przez Panią Susie G. – Dyrektora Regionalnego ds. Handlowych – Europa Północno – zachodnia firmy Siemens AG Niemcy, dla której nie przedłożono pełnomocnictwa do działania w imieniu wykonawcy, jak i producenta.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ wyspecyfikował m.in. „inne dokumenty wymagane stanowiące ofertę w punkcie b) wskazując na „Prospekt (y), folder (y) w języku polskim z danymi technicznymi dla oferowanego przedmiotu zamówienia”. Nadto w załączniku nr 1a do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych wymaganych i ocenianych Tomografu komputerowego, spiralnego, min. 16 rzędowego” pod tabelą parametrów zamieścił wymóg „zaoferowane powyżej parametry wymagane muszą być potwierdzone w dołączonych do oferty: materiałach informacyjnych Producenta. Brak potwierdzenia któregokolwiek z parametrów spowoduje odrzucenie oferty”.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył materiały dotyczące tomografu komputerowego „Siemens AG SOMATOM Emotion w konfiguracji 16 warstwowej” (str. 69-73 oferty).

Pismem z dnia 8 września 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do „uzupełnienia dokumentów wymienionych w rozdziale V SIWZ oraz w załączniku nr 1a do SIWZ, tj.:

1. Prospekt, folder, materiał informacyjny Producenta, w języku polskim z danymi technicznymi oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający spełnienie wymaganych / granicznych parametrów”.

W dopowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 9 września 2011 r. „uzupełnił ofertę załączając materiał informacyjny Producenta w języku polskim z danymi technicznymi dla oferowanego tomografu komputerowego” (22 karty), w tym także oświadczenie Pani Susie G. potwierdzające wyspecyfikowane w nim parametry oferowanego urządzenia.

Pismem z dnia 19 września 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani Susie G., która nie jest umocowana prawnie w tym postępowaniu do występowania w imieniu producenta.

W dniu 20 września 2011 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego do przedłużenia terminu uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani Susie G., na powyższe Zamawiający nie wyraził zgody, podnosząc iż wykonawca winien posiadać pełną dokumentację stwierdzającą posiadanie wymaganych parametrów technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia na dzień składania ofert.

Odwołujący, pismem z dnia 21 września 2011 r., podniósł iż potwierdzenie parametrów technicznych przez Pani Susie G. jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli i w związku z tym takie nie wy maga potwierzeń zgodnie z KRS.

W dniu 21 września 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, jednocześnie wskazując iż w dniu 9 września 2011 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani Susie G. z uwagi na to, że osoba ta nie była umocowana prawnie do występowania w tym postępowaniu w imieniu producenta i tego pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie Odwołujący nie uzupełnił.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wyspecyfikował dokumenty jakie wykonawcy zobowiązani są złożyć na potwierdzenie spełnienia parametrów wymaganych od oferowanego tomografu komputerowego. Wśród dokumentów tych nie wymienił jednak pełnomocnictw pochodzących od producenta dla osób podpisujących informacje o spełnieniu parametrów oferowanego urządzenia. To dopiero na etapie badania i oceny ofert Zamawiający zażądał ciągu pełnomocnictw dla osoby (Pani Susie G. - Dyrektora Regionalnego ds. Handlowych – Europa Północno – zachodnia firmy Siemens AG Niemcy), która podpisała oświadczenie o spełnieniu parametrów wymaganych przez Zamawiającego, stawiając tym samym wykonawcom, w tym i Odwołującemu dodatkowe wymogi. Wobec braku takiego wymogu w treści SIWZ, jego stawianie dopiero na etapie badania i oceny ofert jest nieuprawnione. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może bowiem odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też nie mógł on żądać złożenia takiego pełnomocnictwa, gdyż złożone oświadczenie ma charakter jedynie informacyjny i nie stanowi oświadczenia woli. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

Na marginesie należy dodać, iż nieuprawnionym jest stawianie przez Zamawiającego nowych zarzutów pod adresem oferty Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Wszystkie niezgodności oferty wykonawcy stanowiące podstawę jej odrzucenia winny być bowiem wyraźnie wyspecyfikowane . Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający powołał podstawy odrzucenia oferty Odwołującego (brak spełnienia wymaganych parametrów), które nie zostały wyspecyfikowane w piśmie informującym Odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty, a więc nie były dotychczas Odwołującemu znane. Nie są objęte zarzutami odwołania, a Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TMS z powodu błędu w obliczeniu ceny nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca TMS w „Szczegółowej Specyfikacji Cenowej” dla tomografu komputerowego z wyposażeniem wskazał 8% stawkę podatku VAT, taką samą bo

także 8% stawkę podatku VAT, przewidując dla prac budowlanych i adaptacyjnych (str. 3 oferty).

Powyższe zakwestionował Odwołujący, podnosząc iż dostawę sprzętu medycznego do placówki służby zdrowia i adaptacje pomieszczeń, w których ten sprzęt będzie wykorzystywany należy opodatkować różnymi stawkami podatku VAT, a mianowicie w przypadku tomografu komputerowego będzie to 8%, a w przypadku wykonywanych prac budowlanych 23%.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje.

Niewątpliwym jest, iż wykonawca TMS posiada interpretację indywidualną (wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie) z dnia 27 marca 2008 r. (znak sprawy: IP-PP2-443-12/08-2/AZ) wskazującą, iż w przypadku świadczenia kompleksowego, występującego w stanie faktycznym objętym przedmiotową opinią (obejmującego dostawę sprzętu medycznego do diagnostyki obrazowej typu tomograf (CT), rezonans (MR), rentgen (RTG) oraz oddanie do użytkowania (instalację) urządzenia, dla której wymagana jest adaptacja pomieszczeń odbiorcy) „do wskazanych czynności – wykonywanych przez Wnioskodawcę w ramach jednego świadczenia określonego w umowie istnieje możliwość zastosowania jednej stawki podatku od towarów i usług właściwej dla świadczenia głównego, tj. dostawy urządzenia np. tomografu komputerowego”. Indywidualna interpretacja podatkowa to dokument, który pozwala wykonawcy (podatnikowi) rozwiązać wątpliwości co do stosowania prawa podatkowego i dokonuje wykładni przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie danego wykonawcy (zainteresowanego podatnika), stanowiąc jednocześnie ochroną wykonawcy (podatnika), który ją otrzymał, a także wiąże organy podatkowe. Istotnie ta interpretacja nie wiąże Izby. Niemniej jednak wykonawca posiadający taką interpretację ma prawo zastosować taką stawkę podatku VAT, która została uznana w uzyskanej przez niego interpretacji za prawidłową i może na tę interpretację się powoływać. Tym bardziej, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wskazówek co do tego jaką stawkę podatkową wykonawcy powinni przyjąć. Istotnie Zamawiający nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT. Stawka podatku VAT winna być więc przyjęta w takiej wysokości jak to wynika z przepisów prawa podatkowego. A ponieważ w niniejszym stanie faktycznym nie ma, mimo toczącego się sporu, prawomocnego orzeczenia sądu administracyjnego uchylającego indywidualną interpretację podatkową posiadaną przez wykonawcę TMS i uzasadniającą zastosowanie przez tego wykonawcę 8% stawki podatku VAT, brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca ten nie może powołać się na uzyskaną interpretację. Posiadana przez niego interpretacja indywidualna – jak słusznie zauważył Przystępujący – występuje bowiem w obrocie prawnym i jest wiążąca dla organów podatkowych. Przedmiot niniejszego zamówienia jest także zbieżny z przedmiotem objętym powołaną interpretacją indywidualną.

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zastosowana przez wykonawcę TMS 8% stawka podatku VAT nie jest prawidłowa.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: