

Sygn. akt: KIO 2409/12

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agnieszka Bartczak-Żuraw**  
**Anna Chudzik**  
**Bogdan Artymowicz**

**Protokolant:** **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez **Odwołującego – GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków**, przy udziale **Wykonawcy - CONSULTRONIX S.A., ul. Raławicka 58, 30-017 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### Uzasadnienie

Uniwersytet Jagielloński ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na *„Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i montażu rezonansu magnetycznego do multidyscyplinarnych badań funkcji mózgu z wyposażeniem, dotycząca projektu MCB, współfinansowanego przez UE w ramach EFRR POIG, dla MCB UJ przy ul. Gronostajowej 7 w Krakowie.* Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość 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 20 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 138-230668.

W dniu 2 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący podnosił niezgodność z ustawą Pzp czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CONSULTRONIX Spółka Akcyjna, ul. Raclawicka 58, 30-017 Kraków (dalej "CONSULTRONIX S.A."), pomimo że wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta powinna być odrzucona;
- 2) bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, a także zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty;
- 3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy CONSULTRONIX S.A oraz zaniechaniu odrzucenia złożonej przez niego oferty, a także (z ostrożności) dokonaniu wadliwej oceny oferty tego wykonawcy poprzez zawyżoną punktację w ramach kryterium „Parametry techniczne”;
- 4) zaniechaniu dokonania oceny oferty Odwołującego oraz jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane

(względnie zaniechano ich podjęcia) bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany (oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert wśród ofert niepodlegających odrzuceniu, co w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty CONSULTRONIX S.A. oznacza, że w razie uwzględnienia odwołania to oferta Odwołującego powinna być wybrana w świetle kryteriów przyjętych w SIWZ).

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania wykonawcy CONSULTRONIX S.A. i odrzucenia złożonej przez niego oferty, względnie dokonania jej ponownej oceny;
- 4) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu w dniu 23 października 2012 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

I. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

1. Pismem z dnia 23 października 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania w ten sposób, że dokonano wyboru oferty CONSULTRONIX S.A. a zarazem odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. W uzasadnieniu tej drugiej czynności podano, że oferta GE Medical Systems Sp. z o.o. zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na „zastosowaniu dla całości zamówienia wyłącznie jednej, uprzywilejowanej, stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości 8%” Zamawiający nie kwestionuje, że podstawowy zakres zamówienia (dostawa rezonansu magnetycznego) podlega uprzywilejowanej stawce podatku VAT. Niemniej w jego ocenie „zakres zamówienia obejmuje również niezbędne

prace adaptacyjne, tj. roboty budowlane, w szczególności instalację rury awaryjnego wyrzutu helu od systemu rezonansu do ujęcia na dachu budynku, a także ewentualne (podkr. własne) przeprojektowanie i przebudowę instalacji elektrycznej, które to prace podlegają podstawowej, czyli 23% stawce podatku VAT.” Powołuje się przy tym na postanowienia pkt 16.1 i 16.2 oraz 18.2 Tabeli nr 1 zawartej w SIWZ, które rzekomo przewidują jakieś roboty (budowlane). Wskazuje również na wzór umowy, z którego ma wynikać, że „(...) Wykonawcy muszą skalkulować w cenie oferty ewentualne prace (podkr. własne) adaptacyjne pomieszczeń i instalacji wynikające z dokonanej wizji lokalnej oraz specyfiki oferowanego przedmiotu zamówienia, zapewniające właściwy montaż i uruchomienie kompletnego systemu w przeznaczonych do tego pomieszczeniach.” Wreszcie powołuje się na udzielone odpowiedzi na pytania, z których ma wynikać zakres robót budowlanych niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, tj. odpowiedzi nr 75, 76, 79, 83, 92, 94 i 102 udzielone dnia 03.09.2012r. oraz na treść odpowiedzi nr 58 z dnia 07.08.2012 r. gdzie poinformował, że prace adaptacyjne podlegają stawce VAT 23%.

2. Odnosząc się do podstaw odrzucenia swojej oferty Odwołujący kategorycznie zaprzecza, aby świadczenie które zaoferował musiało być częściowo wycenione z uwzględnieniem podstawowej stawki podatku VAT. Niewłaściwą subsumpcję spowodował brak ustalenia przez Zamawiającego, czy wykonawca w ogóle musiał obejmować swoją ofertą jakiegokolwiek prace adaptacyjne. Wątpliwości w tym zakresie należy nabrać już po samej lekturze uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz analizie postanowień specyfikacji powoływanych przez Zamawiającego. I tak:
  - a) Zgodnie z punktem 3).1 SIWZ: „Przedmiotem postępowania i zamówienia jest wyłonienie Wykonawcy dostawy i montażu jednej sztuki kompletnego systemu rezonansu magnetycznego do multidyscyplinarnych badań funkcji mózgu z wyposażeniem, wraz z uruchomieniem, przetestowaniem i przeszkoleniem personelu, w ramach realizacji projektu pn.: Małopolskie Centrum Biotechnologii, współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka 2007-13, realizowanego dla Małopolskiego Centrum Biotechnologii Uniwersytetu Jagiellońskiego, zlokalizowanego przy ul. Gronostajowej 7 w Krakowie.” Zatem z ogólnego opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, aby obligatoryjnie obejmował jakiegokolwiek prace adaptacyjne (budowlane);
  - b) Zgodnie z pkt. 16.1 Tabeli 1 (Wymagania konieczne) elementem składowym zamówienia jest: „Klatka Faradaya z kompletnym wykończeniem (1 okno w osi gantry skanera z podwójną szybą, 1 drzwi, min. 2 dodatkowe, ekranowane przepusty do klatki w miejscach wskazanych przez Zamawiającego).” Klatka Faradaya (osłona dla

pomieszczenia przed zakłóceniami elektromagnetycznymi, które mogą zniekształcać wyniki badań) wraz z rezonansem magnetycznym stanowi część składową sprawnego zestawu medycznego, możliwego do prawidłowego użycia tylko przy wykorzystaniu obu elementów łącznie. Ze względu na przystosowanie klatek Faradaya do konkretnego modelu rezonansu oraz dopasowanie do potrzeb indywidualnego odbiorcy nie jest możliwe jej inne zastosowanie niż jako element wyposażenia rezonansu. Klatka nie stanowi zatem ani oddzielnego przedmiotu świadczenia (nie ma żadnej wartości rynkowej jako oddzielny produkt), ani nie może być zagospodarowana przez użytkownika inaczej, nie łącznie z rezonansem. Nie podlega zatem odrębnemu rozliczeniu ani fakturowaniu, korzystając przy tym, jako wyposażenie wyrobu medycznego, z preferencyjnej (8%) stawki VAT. Potwierdzają to liczne interpretacje podatkowe.

- c) Zgodnie z pkt. 16.2 Tabeli 1 (Wymagania konieczne) elementem składowym zamówienia jest: „Wykonanie pełnej dokumentacji powykonawczej, zaopiniowanej przez rzeczoznawców ds. sanitarnych, przeciwpożarowych i BHP (w tym pomiary i wyznaczenie stref niebezpiecznych w pomieszczeniu skanera).”
- d) Zgodnie z pkt. 18.2 Tabeli 1 (Wymagania konieczne) elementem składowym zamówienia jest: „*Podłączenie do agregatu wody lodowej*”. Zaznaczyć należy, że postępowanie nie obejmuje dostawy samego agregatu.
- e) Zgodnie z punktem c) zamieszczonym pod tabelą 1 wykonawca miał skalkulować w cenie oferty ewentualne prace adaptacyjne pomieszczeń i instalacji wynikające z dokonanej wizji lokalnej oraz specyfiki oferowanego przedmiotu zamówienia zapewniające właściwy montaż i uruchomienie kompletnego systemu w przeznaczonych do tego pomieszczeniach,
- f) W ramach udzielonych odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 03.09.2012 r. Zamawiający wyjaśnił:
- (odpowiedź nr 75) „Zamawiający informuje, iż instalacje wentylacji/klimatyzacji pomieszczeń pracowni MR wykonać ma Generalny Wykonawca (firma Budimex S.A.), we wszystkich pomieszczeniach. Do pomieszczenia badań (nr 0/37) elementy wentylacji/klimatyzacji Generalny Wykonawca wykonać ma do granicy pomieszczenia badań (klatki Faradaya). Kanały wentylacyjne i inne elementy tej instalacji w samym pomieszczeniu badań wykonać ma Wykonawca dostawy i montażu urządzenia rezonansu”;
  - (odpowiedź nr 76) „Zamawiający informuje, iż za wykonanie kompletnej instalacji rury awaryjnego wyrzutu helu (łącznie z ewentualną wentylacją szachtu instalacji) na odcinku od magnesu do miejsca jej wylotu, na dachu budynku, odpowiedzialny jest Wykonawca (dostawca rezonansu). Zgodnie z projektem, przebieg rury jest

przewidziany w szachcie instalacyjnym a następnie wyrzut na zewnątrz ponad dach budynku. W załączeniu rysunek (1 plik w formacie PDF zawierający 1 stronę stanowiący Załącznik C do niniejszych pytań i odpowiedzi), pokazujący przebieg rury od króćca rezonansu do pionowego szachtu instalacyjnego. Długość trasy prowadzenia tej instalacji wynosi 22m. Jednocześnie informujemy, że instalacja ta powinna zostać wykonana w porozumieniu z Generalnym Wykonawcą budynku - firmą Budimex S.A.”;

- (odpowiedź nr 79) „Zamawiający informuje, iż w pomieszczeniu badań (klatka Faradaya) ma być co najmniej 6 gniazd 230 V AC (3 podwójne)”;
- (odpowiedź nr 83) „Zamawiający informuje, iż dopuszcza każde rozwiązanie tłumiące wpływ promieniowania magnetycznego na zewnątrz pracowni. Wymogiem jest, aby oferowana klatka zapewniała optymalną pracę zainstalowanego aparatu MRI. Powinna zawierać okno oraz drzwi i być w pełni wykończona, zaś całość powinna zostać potwierdzona odpowiednim dokumentem o spełnieniu wszelkich polskich norm. Za wykończenie rozumie się umieszczenie na podłodze wykładziny o odpowiednich parametrach, na ścianach zaś umieszczone powinny być panele bądź też inny dozwolony materiał. W pracowni powinny znajdować się punkty oświetleniowe oraz min. 6 gniazd 230 V. Klatka powinna posiadać wszelkie wpusty kablowe z odpowiednimi filtrami, oświetlenie wyjścia ewakuacyjnego, przycisku awaryjnego. Ponadto klatka powinna zostać wyposażona w dodatkowe warstwy osłonowe z blachy krzemowej na odpowiednich powierzchniach. Całość powinna zostać wykonana z należytą dbałością i zgodnie z posiadaną wiedzą Wykonawcy odnośnie odpowiedniego wykonania tego typu instalacji;”
- (odpowiedź nr 92) „Zamawiający informuje, iż w projekcie elektrycznym został założony max. pobór mocy elektrycznej dla rezonansu magnetycznego w wysokości 100 kW. Natomiast, ewentualną brakującą moc przyłączeniową będzie można pozyskać z rezerwy, po przeprojektowaniu tablicy rozdzielczej dla pracowni. Ewentualne przeprojektowanie będzie musiał wykonać dostawca rezonansu;”
- (odpowiedź nr 94) „Zamawiający informuje, iż dopuszcza prowadzenie prac instalacyjno - adaptacyjnych w godzinach od 8.00 do 24.00”;
- (odpowiedź nr 102) „Zamawiający informuje, iż wykończenie pomieszczeń poza Klatką Faradaya pracowni badań rezonansu magnetycznego nie leży po stronie Wykonawcy. Zostaną one wykończone przez Generalnego Wykonawcę budowy (firma Budimex S.A.)”.

Z powyższego opisu jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ żadnych konkretnych robót budowlanych lub instalacyjnych (prac adaptacyjnych), traktując je jako „ewentualne” i uzależnione od decyzji samych wykonawców, stosownie do stanu pomieszczeń w których ma zostać zainstalowany rezonans (dostępnego dla wykonawców przed terminem składania ofert) oraz specyfiki konkretnego urządzenia. Tych wniosków nie zmieniają udzielone wyjaśnienia, stanowiące odpowiedź na pytania firm, które uznały takie prace za potrzebne (wówczas mogły pojawić się przecież wątpliwości dotyczące ich zakresu). Niemniej z treści odpowiedzi nie wynika aby pierwotne założenie o akcesoryjności robót uległo modyfikacji w kierunku ich obligatoryjności dla wszystkich oferentów. Zamawiający jedynie uszczegółowił w nich swoje wymagania w stosunku do klatki Faradaya (odpowiedzi 79, 83 i 102) oraz doprecyzował jaki zakres spoczywa na Generalnym Wykonawcy budowy (odp. 75) i jak będzie przebiegać rura awaryjnego wyrzutu helu (odp. 76). Potwierdził również, że wszelkie prace elektryczne mają charakter ewentualny (odp. 92).

Zamawiający nie ma podstaw by twierdzić, że instalacja rury awaryjnego wyrzutu helu od systemu rezonansu do ujścia na dachu budynku stanowi robotę budowlaną niezależną od prac instalacyjno-montażowych urządzenia. Błędnie także założył, że Odwołujący musiał uwzględnić w swojej ofercie przeprojektowanie i przebudowę instalacji elektrycznej. Odwołujący dokonał wizji lokalnej pomieszczeń i zapoznał się z dokumentacją techniczną budynku, stwierdzając w oparciu o to, że miejsce montażu jest w całości przystosowane do systemu MR firmy GE i nie wymaga żadnych prac adaptacyjnych. Generalny Wykonawca zrealizował bowiem roboty według wytycznych właściwych dla systemów Odwołującego. Oczywiście mogą być one nieodpowiednie dla aparatów innych producentów, w szczególności w zakresie wymogów elektrycznych, przebiegu traktów wentylacyjno- klimatyzacyjnych, założeń posadowienia samego MR i innych. Co najmniej w powyższym zakresie inni wykonawcy zapewne zmuszeni byli do przebudowy pomieszczeń (wykonania prac przystosowujących je do swoich systemów). Nie mają one miejsca w przypadku Odwołującego. Wszystkie pomieszczenia wraz z instalacjami są zgodne z wytycznymi dla aparatu GE, a więc nie wymagają żadnych prac adaptacyjnych, w tym elektrycznych i wentylacyjno-klimatyzacyjnych. W takim przypadku zbędna jest dokumentacja powykonawcza, a pomiary i wyznaczenie stref niebezpiecznych w pomieszczeniu skanera są integralną częścią dokumentacji technicznej montażu.

Co się zaś tyczy rury awaryjnego wyrzutu helu to szacht instalacyjny w którym przewidziano przebieg tej rury został już wykonany (nie leży w gestii dostawcy MR) i nie wymaga (w przypadku systemów GE) wentylacji. Rura helowa jest integralną częścią

urządzenia służącą awaryjnemu wyrzutowi helu i system bez niej działać nie może. Jej długość jest elastyczna, dobiera się ją bowiem odpowiednio do miejsca instalacji. Co jednak istotne ta rura nie stanowi „wyposażenia” budynku, lecz element aparatu (jak zauważył sam Zamawiający - biegnie od rezonansu). Zatem montaż tej rury nie stanowi pracy adaptacyjnej pomieszczenia (jego dostosowania), lecz rutynową czynność w ramach podłączenia aparatu. Podsumowując Zamawiający błędnie uznał, że w ofercie Odwołującego są prace adaptacyjne wymagające zastosowania stawki 23% VAT, a w konsekwencji bezpodstawnie odrzucił tą ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Skoro wyraźnie w SIWZ przewidział, że roboty mają wyłącznie ewentualny charakter i są pozostawione ocenie wykonawców (w oparciu o wizję lokalną i specyfikę oferowanych systemów), to nie powinien był arbitralnie uznać, że jednak wszyscy oferenci musieli je przeprowadzać. Ten rażąco automatyzm nie koresponduje z przepisami ustawy, zwłaszcza jej art. 87 ust. 1, oraz zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W ustawie już dawno odstąpiono od przesadnego i szkodzącego finansom publicznym formalistycznego podejścia do oceny ofert, na rzecz wnikliwego badania realnej zawartości konkretnej propozycji. Dają temu wyraz zwłaszcza przepisy art. 26, czy 87 ustawy Pzp. I choć w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zastosowano formy imperatywnej to nie oznacza to, że można zaniechać wyjaśniania wątpliwości ujawnionych w toku oceny ofert, a tym samym od razu zakładać niezgodność oferty z treścią SIWZ (w tym jeśli idzie o sposób obliczenia oceny) w razie pojawiających się obiekcji. Powyższa wykładnia znajduje odbicie w aktualnym orzecznictwie. W wyroku z 09.08.2011 r. (sygn. KIO 1612/11) Izba stanęła na stanowisku, że choć ustawodawca w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego jedynie uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, to jednakże za niezbędne należy uznać żądanie tychże wyjaśnień w kwestiach fundamentalnych dla oceny ofert, jeśli w tym zakresie pojawi się jakakolwiek wątpliwość. Niemal analogiczny pogląd zawiera wyrok KIO z 24.06.2011 r. (sygn. KIO 1202/11; KIO 1214/11; KIO 1218/11; KIO 1224/11) w uzasadnieniu którego podano, że jakkolwiek decyzja co do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie jest według przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkowa, jednak zaniechanie wskazanej czynności uniemożliwia ustalenie rzeczywistej treści oferty odnoszącej się do szczególnie skomplikowanego przedmiotu zamówienia. Podobnie w orzeczeniu z 25.03.2011 r. (sygn. KIO 510/11); „Możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 p.z.p. przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy.”

Zamawiający, zwracając się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, uzyskałby zapewnienie, że zakresem tej oferty nie musiały być objęte prace budowlano-

adaptacyjne, a jednocześnie dowiedziałyby się o przyczynach ich nieuwzględnienia. Wyjaśnienia niewątpliwie pozwoliłyby Zamawiającemu prawidłowo ocenić ofertę Odwołującego, a przede wszystkim usunąć ewentualne wątpliwości co do prawidłowości przyjętej stawki VAT. Dlatego za uzasadniony uznać trzeba również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, które pozwoliłoby ustalić czy wykonawca uwzględnił w ofercie świadczenia objęte podstawową stawką podatku od towarów i usług.

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty CONSULTRONIX S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, a także zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W punkcie 12 Tabeli 1 (Wymagania konieczne), Zamawiający postawił wymagania dotyczące KONSOLI POSTPROCESSINGOWEJ DWUMONITOROWEJ. Zgodnie z wymogiem postawionym w punkcie 12.3 (dodany na skutek modyfikacji SIWZ z dnia 27.09.2012 r.), zaoferowana konsola musi być "Konsolą niezależną, mogącą działać po całkowitym wyłączeniu konsoli podstawowej aparatu MR". Po analizie oferty CONSULTRONIX S.A. Odwołujący stwierdza, że ten parametr nie jest spełniony (wykonawca nie zaoferował konsoli postprocessingowej dwumonitorowej, która spełniałaby ten wymóg), a przeciwne zapewnienie które znalazło się w ofercie nie polega na prawdzie. Dane wynikające z załączonych do oferty dokumentów (Magnetom Skyra Data Sheet) świadczą bowiem, że zaoferowana konsola nie może działać niezależnie od aparatu MR.

W punkcie 13.9 Tabeli 1 (Wymagania konieczne) Zamawiający określił parametr dotyczący „Oprogramowania do fuzji obrazów z tomografii komputerowej, rezonansu magnetycznego, medycyny nuklearnej, PET i obrazów morfologicznych MR z obrazami dyfuzyjnymi MR”. CONSULTRONIX S.A. w swojej ofercie (strona 17) podała, iż oferuje funkcjonalność Image Fusion potwierdzając to zapisami na str. 7 załączonego dokumentu Magnetom Skyra Postprocessing Packages Data Sheet. Z powołanych przez ww. wykonawcę materiałów nie wynika, aby zaoferowana konsola postprocessingowa dwumonitorowa spełniała powyższy wymóg, wręcz odwrotnie, przedstawione tam dane potwierdzają, że konsola nie może posiadać powyższych właściwości.

Powyższe niezgodności stanowią wystarczającą podstawę odrzucenia oferty CONSULTRONIX S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zarazem dowodzą, że potwierdzenie tych dwóch parametrów w ramach treści załącznika nr 6 do formularza oferty

stanowi informację nieprawdziwą mającą wpływ na wynik postępowania, co skutkować powinno wykluczeniem na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym miejscu Odwołujący wskazuje dodatkowo, że nieprawdziwe są także oświadczenia o parametrach 3.4 i 7.5 Tabeli 2. Parametry punktowane, Załącznika nr 6 do formularza oferty (omówione w kolejnym punkcie uzasadnienia). Mając na uwadze, iż w orzecznictwie KIO można odnaleźć pogląd, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie także jeśli nieprawdziej informacje dotyczą danych podlegających ocenie (czyli nie wymaganych bezwzględnie) Odwołujący z ostrożności podnosi, że wykluczenie na podstawie ww. przepisu powinno być oparte również na nieprawdzie w zakresie ww. parametrów ocenianych (por. wyrok KIO z 29.06.2012 r., sygn. KIO 1242/12).

III. Zarzut dokonania wadliwej oceny oferty CONSULTRONIX S.A. poprzez zawyżoną punktację w ramach kryterium „Parametry techniczne”, wskutek czego doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

W punkcie 3.4 Tabeli 2. Parametry punktowane, Załącznika nr 6 do formularza oferty, przewidziano, że 4 punktami premiowane będzie zaoferowanie „Toru nadawczego dwukanałowego w celu poprawy homogeniczności pola B1”. CONSULTRONIX S.A. w swojej ofercie przedstawił zaoferowanie takiej funkcjonalności, co miały potwierdzać zapisy na str. 10 załączonego dokumentu Magnetom Skyra Data Sheet. Jednakże we wskazanym miejscu nie ma potwierdzenia ww. parametru, a wręcz dane tam zawarte świadczą, że ww. funkcjonalność nie występuje w urządzeniu, które zaoferował CONSULTRONIX S.A.

W punkcie 7.5 Tabeli 2. Parametry punktowane, Załącznika nr 6 do formularza oferty, przewidziano, że 2,4 punktów przyznane zostanie za zaoferowanie „Możliwości zdalnego przejścia pełnej funkcjonalności konsoli (Remote Desktop, Expert-i lub odpowiednio do nomenklatury producenta)”. CONSULTRONIX S.A. w swojej ofercie oświadczyła że spełnia ww. cechę co miało mieć odzwierciedlenie na str. 10 załączonego dokumentu Magnetom Skyra Application Packages. Jednak i w tym przypadku powołany dokument nie zawiera potwierdzenia zaoferowanego parametru.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że Zamawiający bezpodstawnie przyznał firmie CONSULTRONIX S.A. punkty za spełnianie ww. funkcjonalności, zawyżając tym samym ostateczną punktację (czym naruszył art. 91 ust. 1 ustawy), a zarazem zaniechał kwalifikacji zachowania CONSULTRONIX S.A. polegającego na nieprawdziwym poświadczeniu istnienia parametrów technicznych jako uzasadniającego zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Dnia 5 listopada 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 8 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy CONSULTRONIX S.A. w którym wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z 14 dnia listopada 2012 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. Działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp wnosi o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający informował ponadto, iż mimo stosownego wezwania, po Stronie Odwołującego, nikt nie przyłączył się do postępowania odwoławczego. Natomiast po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił CONSULTRONIX S.A.

W uzasadnieniu Zamawiający podnosił, iż Strona odwołująca w dniu 2 listopada 2012r. wniosła odwołanie dotyczące przedmiotowego przetargu, odnoszące się do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem wnoszącego odwołanie Zamawiający dokonał niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W efekcie Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania Wykonawcy CONSULTRONIX S.A. i odrzucenia złożonej przez niego oferty, względnie dokonanie jej ponownej oceny, dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Na wstępie Zamawiający informował, iż w całości podtrzymuje uzasadnienie prawne i faktyczne dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego, szczegółowo przedstawione w informacji o wyniku postępowania z dnia 23 października 2012r., w której przedstawiono jednoznaczne argumenty i podstawę prawną przemawiające za prawidłowością podjętej

decyzji.

Odnosząc się natomiast do uzasadnienia zawartego w odwołaniu wskazać należy po pierwsze, iż bezsprzecznie zakres zamówienia zawiera wykonanie niezbędnych robót budowlanych i instalacyjnych. W przeciwieństwie do stanowiska Odwołującego, który próbuje wywieść jedynie „ewentualną” konieczność wykonania prac budowlanych, Zamawiający wskazuje, iż dokumentacja postępowania przetargowego, w tym udzielone odpowiedzi na pytania Wykonawców oraz modyfikacje specyfikacji, jak i złożone oferty (w tym również oferta samego Odwołującego), potwierdzają bezwzględność realizacji robót budowlanych i instalacyjnych, celem wykonania zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego prace adaptacyjne związane z robotami budowlanymi i instalacyjnymi muszą być uwzględnione w ofercie przede wszystkim w odniesieniu do rury awaryjnego wyrzutu helu wraz z instalacją od pomieszczenia rezonansu do ujęcia na dach budynku, co zostało jednoznacznie ujęte w pkt. 16.1 Tabeli 1 SIWZ. Jednocześnie wyjaśniał, iż według najlepszej wiedzy Zamawiającego fragment na odcinku od systemu rezonansu do granicy pomieszczenia rezonansu może być uznany za nierozłączny element systemu rezonansu i podlegać 8% stawce VAT. Natomiast odcinek od granicy pomieszczenia do ujęcia na dachu powinien zostać potraktowany jako robota budowlana, ze stawką VAT 23%. Informacja o bezwzględnej konieczności uwzględnienia robót budowlanych i prac instalacyjnych w ofertach Wykonawców została zamieszczona w odpowiedzi na pytanie nr 76 i 75, w dokumencie Pytania i odpowiedzi, wyjaśnienia do SIWZ z dn. 03.09.2012r., co jest niżej zacytowane:

„Pytanie 76:

Prosimy o podanie kto ma wykonać instalację rury awaryjnego wyrzutu helu od magnesu do miejsca jej wylotu? Jeśli Wykonawca prosimy podać długość trasy prowadzenia tej instalacji.

Odpowiedź 76:

Zamawiający informuje, iż za wykonanie kompletnej instalacji rury awaryjnego wyrzutu helu (łącznie z ewentualną wentylacją szachtu instalacji) na odcinku od magnesu do miejsca jej wylotu, na dachu budynku, odpowiedzialny jest Wykonawca (dostawca rezonansu). Zgodnie z projektem, przebieg rury jest przewidziany w szachcie instalacyjnym a następnie wyrzut na zewnątrz ponad dach budynku. W załączeniu rysunek (1 plik w formacie PDF zawierający 1 stronę stanowiący Załącznik C do niniejszych pytań i odpowiedzi), pokazujący przebieg rury od króćca rezonansu do pionowego szachtu instalacyjnego. Długość trasy prowadzenia tej

instalacji wynosi 22m. Jednocześnie informujemy, że instalacja ta powinna zostać wykonana w porozumieniu z Generalnym Wykonawcą budynku -firmą Budimex S.A.

Pytanie 75:

Prosimy o podanie kto ma wykonać instalacje wentylacji/klimatyzacji pomieszczeń pracowni MR? Jeśli Wykonawca to jakie pomieszczenia oprócz pomieszczenia pacjenta, pomieszczenia technicznego i sterowni mają posiadać klimatyzację?

Odpowiedź 75:

Zamawiający informuje, iż instalacje wentylacji/klimatyzacji pomieszczeń pracowni MR wykonać ma Generalny Wykonawca (firma Budimex S.A.), we wszystkich pomieszczeniach. Do pomieszczenia badań (nr 0/37) elementy wentylacji/klimatyzacji Generalny Wykonawca wykonać ma do granicy pomieszczenia badań (klatki Faradaya). Kanały wentylacyjne i inne elementy tej instalacji w samym pomieszczeniu badań wykonać ma Wykonawca dostawy i montażu urządzenia rezonansu. "

Zamawiający podnosił, iż instalacja przedmiotowej rury na odcinku od granicy pomieszczenia do ujścia na dachu stanowi jej montaż w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t. j. Dz. U. 2010 Nr 243 poz. 1623), na co wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku o sygn. akt II SA/Go 340/2010 z dnia 19 sierpnia 2010 r., orzekając w następujący sposób: „W myśl art. 3 pkt 7 ustawy, przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast stosownie do treści art. 3 pkt 9 ustawy przez użyte w ustawie pojęcie - urządzenia budowlane -należy rozumieć urządzenia techniczne związane z obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, jak przyłącza i urządzenia instalacyjne, w tym służące oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków, a także przejazdy, ogrodzenia, place postojowe i place pod śmietniki. Jednocześnie zauważyć należy, iż zgodnie z treścią art. 3 pkt 1 lit. a ustawy budowlane urządzenia techniczne stanowiące wraz z budynkiem całość techniczno-użytkową stanowią element budynku i ilekroć w ustawie jest mowa o obiekcie budowlanym oznacza to także budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. Z brzmienia przytoczonych powyżej przepisów ustawy jednoznacznie wynika, że instalację centralnego ogrzewania budynku mieszkalnego należy zakwalifikować jako urządzenie budowlane, na którego montaż wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, gdyż nie została ona wprost wymieniona w przepisach art. 29-31 ustawy wyłączających konieczność uzyskania na tego rodzaju inwestycję pozwolenia na budowę.

Powyższe potwierdza dodatkowo orzecznictwo sądów administracyjnych m.in. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 21 kwietnia 2010 r. II SA/Go 74/2010 i wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 grudnia 2005 r. II SA/Wr 2894/2003.". Również jeden z komentatorów przywołanej ustawy - Wojciech Piątek wyjaśnił, że: „Ustawodawca nie zdecydował się natomiast na zdefiniowanie określeń montażu oraz rozbiórki obiektu budowlanego. Odwołując się do definicji słownikowych, pojęcie montażu w znaczeniu technicznym oznacza składanie maszyn, aparatów, urządzeń itp. z gotowych części, bądź też zakładanie, instalowanie urządzeń technicznych (podkr. własne) (Uniwersalny słownik języka polskiego, red. S. Dubisz, t. II, Warszawa 2006, s. 712).” (Wojciech Piątek [w:] Piątek Wojciech, Despot-Mładanowicz Arkadiusz, Gliniecki Andrzej, Ostrowska Anna, Kostka Zdzisław, Prawo budowlane. Komentarz, Warszawa 2012r., uwaga 11 komentarza do art. 3).

Dodatkowo, według wiedzy Zamawiającego i dokonanej przez niego oceny ofert, Odwołujący powinien uwzględnić koszt przeprojektowania oraz przebudowy tablicy rozdzielczej, a w efekcie robót budowlanych dotyczących instalacji elektrycznej, dla pomieszczenia rezonansu. Zgodnie z informacją przekazaną w odpowiedzi na pytanie 92, w dokumencie Pytania i odpowiedzi, wyjaśnienia do SIWZ z dn. 03.09.2012r., Wykonawca powinien skalkulować ewentualne koszty przebudowy instalacji elektrycznej, tj. tablicy rozdzielczej dla pomieszczenia rezonansu. Treść pytania i udzielonej odpowiedzi miała poniższe brzmienie:

„Pytanie 92:

Czy Zamawiający dysponuje mocą przyłączeniową rzędu 120 kVA niezbędną dla zasilenia rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami peryferyjnymi?

Odpowiedź 92:

Zamawiający informuje, iż w projekcie elektrycznym został założony max. pobór mocy elektrycznej dla rezonansu magnetycznego w wysokości 100 kW. Natomiast, ewentualna brakująca moc przyłączeniową będzie można pozyskać z rezerwy, po przeprojektowaniu tablicy rozdzielczej dla pracowni. Ewentualne przeprojektowanie będzie musiał wykonać dostawca rezonansu.”

Jak wynika z powyższego na podłączenie rezonansu magnetycznego założono maksymalny pobór mocy równy 100 kW. Natomiast ze specyfikacji technicznej Odwołującego wynika, że zaoferowane przez niego urządzenie wymaga mocy dużo powyżej 100 kW, strona 69 oferty. Z treści oferty w tym miejscu wynika, iż wymagane jest 99 kW dla

maksymalnej mocy ciągłej, do której należy doliczyć 9 kW dla poboru mocy przez sprężarkę systemu chłodzącego (razem 108 kW) oraz 123 kW dla szczytowej mocy chwilowej, do której należy doliczyć 9 kW dla poboru mocy przez sprężarkę systemu chłodzącego (razem 132 kW). Na stronie 69 oferty widnieje zapis „Power Consumption: Power consumption depends on actual usage. They exclude consumption by the shield cooler compressor (9kVA) (podkr. własne). The following values are approximate: Standby (no scan) <17kVA; Typical Power 41 WA; Maximum Continuous sustained power (>5secs) 99 kVA; Peak Instantaneous Power (<5 secs) 123 WA (podkr. własne).”, co po przetłumaczeniu na język polski brzmi „Pobór mocy: Pobór mocy zależy od sposobu użytkowania. Wartości nie uwzględniają poboru mocy przez sprężarkę systemu chłodzącego (9kVA) (podkr. własne). Następujące wartości są przybliżone: stan czuwania (bez skanowania) <17kVA; typowa moc 41 kVA; maksymalna moc ciągła, trwała (> 5secs) 99 kVA; szczytowa moc chwilowa (<5 sek) 123 kVA (podkr. własne).” Zamawiający powołuje się na sentencję wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie o sygn. akt VIII SA/Wa 612/2009 z dnia 20 stycznia 2010r.: „Ustawodawca definiując w art. 3 pkt. 9 ustawy Prawo budowlane pojęcie „urządzenia budowlanego” określa trzy jego cechy, które muszą być spełnione łącznie. Musi to być urządzenie: 1) związane z obiektem budowlanym, 2) zapewniające możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, 3) o cechach przyłączy i urządzeń instalacyjnych w stosunku do obiektu budowlanego. Co do tej ostatniej cechy należy zauważyć, że ustawodawca nie przedstawia otwartego katalogu (który miałby taki charakter np. przez użycie słów: „w szczególności”, „na przykład” lub podobnych) lecz precyzuje, że chodzi o urządzenia mające charakter przyłączy lub urządzeń instalacyjnych, w tym służących oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków, a dodatkowo zezwala na zaliczenie do takowych urządzeń enumeratywnie i wyczerpująco wymienionych przejazdów, ogrodzeń, placów postojowych i placów pod śmietniki”. Jest to bardzo ważne orzeczenie dla rozstrzygnięcia poprawności działań Zamawiającego, ponieważ bezsprzecznie wynika z niego, iż m.in. przyłącze elektryczne zalicza się do tzw. urządzeń budowlanych. W ten sposób ustawodawca określił: „(...) urządzenia techniczne związane z obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, jak przyłącza i urządzenia instalacyjne, w tym służące oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków, a także przejazdy, ogrodzenia, place postojowe i place pod śmietniki”. Te z kolei - w tym konkretnym przypadku - stanowią, mając na uwadze regulację art. 3 pkt 1 lit. a) ww. ustawy, wraz z budynkiem i instalacjami obiekt budowlany. Podobnie wyrzekł Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie, wydając w dniu 5 października 2009 r. wyrok o sygn. akt II SA/Kr 495/2009 o poniższej treści: „Budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa budowlanego) dotyczy takich instalacji i urządzeń technicznych, które zasadniczo znajdują się w samym budynku i stanowią jego integralną

część.". Nie ulega żadnej wątpliwości, że instalacja elektryczna biegnąca w budynku jest jego częścią składową, zapewniającą w myśl art. 3 pkt 9 Prawa budowlanego, jego użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, w tym z dostarczanego w ramach niniejszego przetargu rezonansu magnetycznego. Z przedstawionych wywodów jasno wynika, iż każda ingerencja w przyłącze elektryczne, będzie równoznaczna ze zmianą parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, co w świetle zapisów art. 3 pkt 7a ustawy - Prawo budowlane jest przebudową rzeczoności obiektu. Rzeczona przebudowa mieści się w zakresie przedmiotowym robót budowlanych (art. 3 pkt 7 w zw. z art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego oraz art. 2 ust. 8 PZP).

W ten oto sposób Zamawiający jednoznacznie wywnioskował, że prace budowlane i instalacyjne w tym aspekcie są również niezbędne i konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Nie stanowią one nieodłącznej części systemu rezonansu, a więc powinny być rozdzielone w ofercie i skalkulowane według 23% stawki podatku VAT.

Zamawiający zwraca uwagę, iż pytania związane z pracami instalacyjnymi w zakresie wentylacji i klimatyzacji oraz mocy energii zadała także sama firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., a odpowiedzi na nie zostały udzielone w dniu 03.09.2012r. Tym samym Odwołujący przed złożeniem oferty miał świadomość i uzyskał potwierdzenie konieczności, a nie wyłącznie „ewentualność” realizacji niezbędnych robót instalacyjnych oraz przeprojektowania i przebudowy instalacji elektrycznej, które to prace stanowią zakres robót budowlanych i winny być objęte 23% stawką podatku VAT. Zamawiający potwierdził wcześniej zajęte w tym aspekcie stanowisko udzielając odpowiedzi na pytania postawionego przez Odwołującego, które poniżej cytuje:

„Pytanie 128:

Jest wysoce prawdopodobne, iż konieczne będzie wprowadzenie zmian w projektach wentylacji, klimatyzacji oraz wody lodowej. Prosimy o wskazanie, kto będzie odpowiedzialny i w jakim zakresie, za wykonanie instalacji wentylacji, klimatyzacji i wody lodowej po wykonaniu poprawek projektowych.

Odpowiedź 128:

Zamawiający informuje, iż za wszelkie wprowadzenie zmian w projektach wentylacji, klimatyzacji oraz wody lodowej będzie odpowiedzialny dostawca rezonansu (Wykonawca). Również wykonanie tych instalacji będzie leżało po stronie dostawcy rezonansu w uzgodnieniu z Generalnym Wykonawcą- firmą Budimex S.A.

Pytanie 129:

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie umieścił projektów wentylacji i klimatyzacji oraz wody lodowej dedykowanych na potrzeby pracowni MR, nie można określić zakresu ewentualnych zmian, niezbędnych do prawidłowej instalacji rezonansu. W związku z powyższym istnieje prawdopodobieństwo, iż konieczne będzie zainstalowanie dodatkowych urządzeń chłodniczych, zarówno wewnątrz jak i na zewnątrz budynku. Czy Zamawiający wyrazi zgodę, na instalację, dodatkowych zewnętrznych jednostek chłodniczych na zewnątrz budynku bezpośrednio w pobliżu pracowni MR lub na dachu budynku, jeśli zaistnieje taka potrzeba?

Odpowiedź 129:

Zamawiający informuje, iż umieścił wszelkie projekty na stronie internetowej w Załączniku A do pytań z dnia 7.08.2012. Wszelkie dodatkowe i niezbędne do prawidłowego funkcjonowania rezonansu instalacje będą mogły być zainstalowane po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym oraz z Generalnym Wykonawcą budowy — firmą Budimex, na koszt dostawcy rezonansu. Ponadto uzupełnia materiał o jeden rysunek (1 plik w formacie PDF zawierający 1 stronę stanowiący Załącznik C do niniejszych pytań i odpowiedzi). "

Również w pkt 18.1 Tabeli 1 SIWZ zawarto jednoznacznie wymaganie dotyczące konieczności podłączenia agregatu wody lodowej, co bezdyskusyjnie jest związane z potrzebą realizacji prac instalacyjnych wchodzących w zakres robót budowlanych, a zostało potwierdzone w cytowanej powyżej odpowiedzi na pytanie nr 128 zadane przez samego Odwołującego.

Zamawiający podkreślał także, iż w odpowiedzi na pytanie 58 z dnia 07.08.2012r., jednoznacznie wskazał Wykonawcom na konieczność uwzględnienia przy kalkulacji ceny oferty także 23% stawki VAT. Zadane pytanie i udzielona odpowiedź miały następujące brzmienie:

„ Pytanie 58:

Czy w świetle interpretacji ogólnej wydanej przez Ministra Finansów w dniu 30 marca br. (w załączeniu) oraz uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., sygn. akt III CZP 52/11 Zamawiający potwierdza, iż prace adaptacyjne podlegają odrębnemu od dostawy sprzętu medycznego opodatkowaniu podatkiem VAT przy zastosowaniu stawki VAT w wysokości 23%?

Odpowiedź 58:

Zamawiający informuje, iż potwierdza fakt, iż prace adaptacyjne podlegają odrębnemu od dostawy sprzętu medycznego opodatkowaniu podatkiem VAT przy zastosowaniu stawki VAT w wysokości 23%, co należy uwzględnić przy kalkulacji ceny oferty."

Ponadto w odpowiedzi na pytanie 94 z dnia 03.09.2012r. Zamawiający wskazał, iż prace instalacyjno-adaptacyjne będą mogły być prowadzone w godzinach od 8.00-24.00.

Zamawiający podkreślał, iż spór między stronami nie dotyczy tego, że roboty budowlane i instalacyjne związane z dostawą i montażem rezonansu winny zostać objęte 23% stawką podatku VAT, gdyż jednoznacznie wskazuje na to orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, a tym wyroki z dnia 1 i 28 czerwca 2011r. sygn. I FSK 869/10 oraz I FSK 958/10, jak również Interpretacja Ogólna nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 Ministra Finansów w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia (opublikowana w Dzienniku Urzędowym Ministra Finansów z dnia 27.04.2012r. pod pozycją 17). Natomiast elementem rozbieżnym między Zamawiającym a Odwołującym jest fakt, czy dla wykonania przedmiotowego zamówienia koniecznym jest realizacja robót budowlanych i instalacyjnych, czy też nie. Zdaniem Zamawiającego niemożliwa jest dostawa i montaż rezonansu bez wykonania określonych prac adaptacyjnych związanych z realizacją robót budowlanych i instalacyjnych. Potwierdzeniem tej tezy są zapisy SIWZ z uwzględnieniem jej modyfikacji oraz odpowiedzi na podstawienie w toku postępowania pytania, jak również treść złożonych ofert, w tym także oferta Odwołującego.

Mając powyższe na względzie zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który wywodzi jedynie ewentualność wkalkulowania w cenę złożonej oferty prac adaptacyjnych oraz próbuje udowodnić, iż dla oferowanego przez niego przedmiotu zamówienia nie zachodzi konieczność wykonania jakichkolwiek robót budowlanych. Zdaniem Zamawiającego oferowany przez Odwołującego system rezonansu wymaga bezwzględnie realizacji robót budowlanych i instalacyjnych, szczególnie w zakresie rury awaryjnego wyrzutu helu wraz z instalacją od systemu rezonansu do ujścia na dachu budynku (według planów udostępnionych przez Zamawiającego), instalacji związanych z podłączeniem agregatu wody lodowej oraz przeprojektowania i wykonania prac dla doprowadzenia niezbędnej mocy elektrycznej, bez których to robót oferowane przez Odwołującego urządzenie nie będzie funkcjonowało.

Nie można również podzielić twierdzenia Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż analizując treść jego oferty Zamawiający nie miał

wątpliwości, iż Wykonawca musi wykonać roboty budowlane i instalacyjne, gdyż jak to zostało powyżej udokumentowane, także oferowany przezeń rezonans wymaga realizacji niezbędnych prac adaptacyjnych. Dlatego też, zbędnym było kierowanie wniosku o wyjaśnienie treści oferty, jeżeli nie budzi ona wątpliwości. Zamawiający podnosi, że czynności podjęte względem oferty Odwołującego są zgodne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem ten organ ochrony prawnej w wyroku o sygn. akt KIO 919/12 oraz KIO 932/12 z dnia 21 maja 2012r. stwierdził, iż: „1. Zamawiający nie był zobowiązany wezwać wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, ponieważ w toku badania oferty nie zaistniały wątpliwości co do jej treści (podkr. własne) ”.

W odniesieniu do zarzutów związanych z niezgodnością treści wybranej oferty z wymaganiami treści SIWZ i rzekomym podaniem w ofercie wyłonionego Wykonawcy nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, stwierdzić należy, że są one w całości bezpodstawne.

Argumenty, które potwierdzają prawidłowość wybranej oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia są następujące:

1. W kwestii pkt. 12.3 Tabeli 1 SIWZ Zamawiający wskazuje, iż wymagany parametr, tj. „Konsola niezależna, mogąca działać po całkowitym wyłączeniu konsoli podstawowej aparatu MR”, nie jest bezpośrednio potwierdzony w katalogu Magnetom Skyra Data Sheet zawartym w ofercie, lecz wynika jednoznacznie z oświadczenia producenta, które znajduje się na str. 267-268 oferty. Z tłumaczenia oświadczenia producenta zawartego w ofercie Wykonawcy, wynika że oferowany aparat „... -posiada niezależną stacją postprocessingową MMWP mogącą pracować po włączeniu konsoli głównej”. Na tej podstawie wymagany przez Zamawiającego parametr został uznany za spełniony. Natomiast Odwołujący się nie udokumentował w żadnej mierze, iż oświadczenia zawarte w treści oferty wyłonionego Wykonawcy stanowią nieprawdziwą informację. Dlatego też, zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp są bezpodstawne i nieuzasadnione, a w efekcie nie mogą być uwzględnione.

2. W odniesieniu do zarzutu odnośnie parametru opisanego w pkt. 13.9 w Tabeli 1 SIWZ dotyczącego „Oprogramowania do fuzji obrazów z tomografii komputerowej, rezonansu magnetycznego, medycyny nuklearnej, PET i obrazów morfologicznych MR z obrazami dyfuzyjnymi MR”, Zamawiający wskazywał, iż również on nie znajduje uzasadnienia. Treść oferty CONSULTRONIX S.A. jednoznacznie wskazuje, iż wymagania SIWZ są spełnione, gdyż w pkt 13.9 Tabeli 1 (strona 17 oferty) Wykonawca potwierdził spełnienie tego wymogu.

Dodatkowo, Wykonawca zawarł odniesienie do strony 7 dokumentu Magnetom Skyra Post-processing Packages Data Sweet (strona 156 oferty), z którego treści wynika, że parametr ten został spełniony, gdyż znajduje się tam zapis: „Image Fusion: Image fusion of multiple 3D data sets with alpha blending, i.e. overlay of two images with manual setting of the opacity. - Multiple 3D data sets from different modalities (MR, CT, Nuclear Medicine, PET). - visual alignment, automatic registration, or landmark based registration. ” W tłumaczeniu na język polski oznacza on, iż „Opcja Image Fusion: Fuzja obrazów z wielu zestawów danych trójwymiarowych z opcją przenikania, tj. możliwością nałożenia dwóch obrazów i ustawienia poziomu transparencji. - Wielokrotne zestawy danych trójwymiarowych o różnej modalności (rezonans magnetyczny, tomografia komputerowa, medycyna nuklearna, pozytonowa emisyjna tomografia komputerowa). - Wizualne ustawienie, automatyczne dopasowanie lub dopasowanie na podstawie punktu odniesienia”. Ponadto na stronie 4 tego samego dokumentu (strona 153 oferty) znajduje się informacja uzupełniająca o możliwości fuzji obrazów MR o różnej modalności (obrazy funkcjonalne, morfologiczne i dyfuzyjne), tj. „DTI Evaluation: (...) Together with the BOLD 3D Evaluation option: simultaneous display of anatomical, fMRI, and DTI data”, a po przetłumaczeniu „Opcja DTI Evaluation: (...) Wraz z opcją BOLD 3D Evaluation: jednoczesne wyświetlanie obrazów anatomicznych, funkcjonalnych oraz obrazów tensora dyfuzji”.

Uwzględniając powyższą argumentację oraz treść oferty CONSULTRONIX S.A. bezwzględnie należy stwierdzić, iż wybrana oferta w pełni odpowiada treści wymagania technicznych i funkcjonalnych opisanych w SIWZ, a tym samym nie ma jakichkolwiek podstaw do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Także zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w tej ofercie nie może zostać uznany za uzasadniony, gdyż w żadnej mierze nie jest on udokumentowany i stoi w zupełnej sprzeczności z oświadczeniami i dokumentami zawartymi w treści oferty wyłonionego Wykonawcy. Dlatego też, brak podstaw do wykluczenia wyłonionego Wykonawcy, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zauważa, iż twierdzenia Odwołującego na poparcie rzezonego zarzutu zostały sformułowane w oparciu o jego wybiórczą lekturę treści oferty CONSULTRONIX S.A., co jest zabiegiem niedopuszczalnym. Warto wskazać, że: „Pojęciem oferty należy objąć oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym, w którym jednocześnie wykonawca określa istotne postanowienia umowy, m.in. przez zaakceptowanie warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ. Na treść oferty składają się, oprócz formularza ofertowego, wszelkie załączone do niego informacje i materiały określające i doprecyzowujące zakres i sposób wykonania świadczenia wynikający z oferty, jak: rysunki, plany, wykresy, kosztorysy, aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty, plany, koncepcje, projekty itp. Treść oferty i

załączonych do niej materiałów decyduje, czy tego typu załączniki należy uznać za integralną część oferty, czy też za nieistotne z punktu widzenia określenia zakresu zobowiązania materiały poglądowe lub informacyjne (wyrok KIO UZP z 27 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 1041/09, LexPolonica nr 2303753). Obowiązkiem wykonawcy jest zatem złożenie kompletnej oferty, zawierającej wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ" (Stefan Babiaryz [w:] Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiaryz Stefan, Czarnik Zbigniew, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2011r., uwaga nr 4 komentarza do art. 82).

Odpowiadając na zarzuty dotyczące oceny wybranej oferty w kryterium „Parametry techniczne”, również stwierdzić należy, że nie zostały one potwierdzone i udokumentowane przez Odwołującego, a treść ocenionej oferty jednoznacznie potwierdza ich bezzasadność.

3. W zakresie parametru dotyczącego pkt. 3.4 Tabeli 2 Parametry punktowane (strona 25 oferty) wskazać należy, iż na stronie 10 dokumentu Magnetom Skyra Post-processing Packages Data Sweet (strona 83 oferty), znajdują się zapisy potwierdzające całkowite spełnienie wymogu Toru nadawczego dwukanałowego w celu poprawy homogeniczności pola B1. Z treści oferty wynika, że opisany parametr jest oferowany i zasługuje na punktację, gdyż w części opisującej technologię transmisyjną znajduje się zapis: „(...) Feeding the 2 ports of the integrated body coil with an optimized weighting yields a homogeneous B1 distribution" W tłumaczeniu na język polski oznacza on, iż „(...) Doprowadzenie dwóch portów w zintegrowanej cewce dla całego ciała wraz z zoptymalizowanym ważeniem daje homogeniczną dystrybucję pola B1".

4. Odnośnie parametru związanego z możliwością zdalnego przejęcia pełnej funkcjonalności konsoli dotyczącego pkt. 7.5 Tabela 2 Parametry punktowane (strona 27 oferty) wskazać należy, że także on został potwierdzony w ofercie na stronie 147 (dokument Magnetom Skyra Application Packages, strona 10). Interaktywny dostęp do danych obrazowych oraz informacji o przeprowadzonym skanowaniu w czasie rzeczywistym spełnia wymóg zdalnego przejęcia pełnej funkcjonalności konsoli. W dokumencie Magnetom Skyra Application Packages na stronie 10 znajduje się zapis: „Interactive real-time access to imaging data and exam information from any PC within the hospital network during the MR exam" W tłumaczeniu na język polski oznacza on, iż „Interaktywny dostęp do danych obrazowych i informacji o przeprowadzonym skanowaniu w czasie rzeczywistym z każdego komputera podłączonego do sieci szpitalnej (lub do sieci uniwersyteckiej, dodane przez Zamawiającego) podczas skanowania".

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty, uznać należy, iż zarzut

naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przedstawiony w odwołaniu również nie może zostać uznany za słuszny. Odwołujący nie wykazał i nie udokumentował, iż Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty przyjął inne kryteria oceny niż określone w SIWZ, ponieważ ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym w myśl art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp. Natomiast faktycznie wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany wyłącznie w oparciu o kryteria oceny przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji. Zdaniem Zamawiającego także przeprowadzona ocena oferty i dokonane w jej wyniku przyznanie punktów w kryterium „Parametry techniczne”, a w efekcie rozstrzygnięcie postępowania, nastąpiły wyłącznie w oparciu o kryteria oceny przedstawione w specyfikacji oraz wynikające z treści oferty Wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Nie można także uwzględnić zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający wykazał bezdyskusyjnie, iż dokonane w niniejszym postępowaniu czynności zostały przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, w efekcie czego udzielono zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Reasumując, odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający w żadnej mierze nie złamał obowiązujących przepisów, a wręcz był zobligowany do podjęcia tej czynności, o czym świadczy stan faktyczny sprawy, a także sentencja wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 2441/10 z dnia 25 listopada 2010r. o następującej treści: „Zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty, która w jego opinii jest niezgodna z treścią SIWZ czy zawiera błąd w obliczeniu ceny. Powyższy obowiązek jednoznacznie wynika z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby nie można uznać, iż każda błędna ocena w tym zakresie skutkuje automatycznym uznaniem, iż dochodzi do naruszenia art. 5 kodeksu cywilnego”.

Również dokonując oceny oferty wyłonionego Wykonawcy, zarówno w odniesieniu do spełnienia warunków minimalnych, jak i parametrów związanych z kryterium oceny ofert dotyczącym parametrów technicznych, zarzuty Odwołującego także zostały odparte i w żadnej mierze nie są one uzasadnione, czy udokumentowane. Natomiast treść oferty uznanej jako najkorzystniejsza bezsprzecznie potwierdza prawidłowość dokonanej oceny i przyznanych w ramach tego kryterium punktów.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż odwołanie jest bezzasadne a podniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym. Dlatego też, decyzja Zamawiającego wnioskująca oddalenie odwołania w całości i nieuwzględnienia wyrażonych w nim żądań jest w pełni uzasadniona.

Podkreślić należy, iż żaden z przedstawionych w odwołaniu zarzutów nie został udokumentowany i nie potwierdza w żadnej mierze, jakoby swoim działaniem Zamawiający naruszył interes Odwołującego lub zasady postępowania opisane w ustawie Pzp i SIWZ.

Przedstawione, w treści uzasadnienia niniejszego stanowiska, okoliczności faktyczne oraz dokumentacja postępowania, potwierdzają merytoryczną bezzasadność wniesionego odwołania, dlatego Zamawiający wnosił jak na wstępie.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba uznała także, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty podnoszone w odwołaniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako obciążonej błędem w obliczeniu ceny. Zamawiający uznał, że w jego ocenie bezdyskusyjnym jest fakt, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu dla całości zamówienia wyłącznie jednej, uprzywilejowanej, stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości 8%. Zamawiający stwierdzał: "Zamawiający zauważa, iż podstawowy zakres zamówienia dotyczy dostawy rezonansu magnetycznego, który w świetle obowiązujących przepisów uznany jest za wyrób medyczny w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, a w konsekwencji zgodnie z 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług, podlega uprzywilejowanej, czyli 8% stawce VAT. Niemniej zakres zamówienia obejmuje również niezbędne prace adaptacyjne, tj. roboty budowlane, w szczególności instalację rury awaryjnego wyrzutu helu od systemu rezonansu do ujścia na dachu budynku, a także ewentualne przeprojektowanie i przebudowę instalacji elektrycznej, które to prace

podlegają podstawowej, czyli 23% stawce podatku VAT. Zamawiający w pkt 16.1 i 16.2 oraz 18.2 Tabeli nr 1 zawartej w SIWZ, przedstawiającej opis przedmiotu zamówienia, wskazał niezbędny zakres robót, które należy wykonać przy realizacji zamówienia. Również w treści SIWZ i zawartym w niej wzorze umowy wskazał, iż Wykonawcy muszą skalkulować w cenie oferty ewentualne prace adaptacyjne pomieszczeń i instalacji wynikające z dokonanej wizji lokalnej oraz specyfiki oferowanego przedmiotu zamówienia, zapewniające właściwy montaż i uruchomienie kompletnego systemu w przeznaczonych do tego pomieszczeniach. Ponadto w wielu z udzielonych odpowiedziach na pytania oraz załączonych do nich częściach dokumentacji projektowej budynku, w którym ma zostać zainstalowany rezonans, Zamawiający przedstawił zakres robót budowlanych, niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia (między innymi odpowiedzi nr 75, 76, 79, 83, 92, 94 i 102 udzielone dnia 03.09.2012r.). Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 58 z dnia 07.08.2012r., udzielonej w toku tego postępowania, Zamawiający poinformował Wykonawców, że prace adaptacyjne podlegają odrębnemu od dostawy sprzętu medycznego opodatkowaniu podatkiem VAT przy zastosowaniu stawki VAT w wysokości 23%, co należało uwzględnić przy kalkulacji ceny oferty. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż przy obliczaniu ceny oferty Wykonawcy winni uwzględnić dwie stawki podatku od towarów i usług VAT, tj. w wysokości 8% i 23%, zgodnie z zakresem zamówienia i obowiązującymi przepisami prawa. Natomiast Wykonawca, którego oferta została odrzucona dokonał błędu w obliczeniu ceny oferty przyjmując dla całości zamówienia wyłącznie 8% stawkę tego podatku. Zamawiający, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., sygn. akt III CZP 52/11, zobowiązany jest do zweryfikowania poprawności złożonych w postępowaniu ofert, również pod kątem przyjętej stawki podatku VAT, gdyż błędy w jej ustaleniu stanowią błąd w obliczeniu ceny, polegający na wadliwym doborze przez Wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Dlatego też, uwzględniając obowiązujące regulacje wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, jak również orzecznictwo Sądów i Krajowej Izby Odwoławczej związane z kwestią błędu w obliczeniu ceny oferty, dotyczącego zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty, Zamawiający zobowiązany był do jej odrzucenia. Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu wskazanej oferty znajduje jednoznaczne oparcie w obowiązujących przepisach prawa, a przy tym jest w pełni uzasadniona prawnie i merytorycznie".

Podkreślić należy, iż istotą sporu pomiędzy Stronami nie była stawka podatku VAT w odniesieniu do prac adaptacyjnych, gdyż ta została przesądzona przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 58. Zamawiający stwierdził tam, że prace adaptacyjne stanowią odrębny od dostawy rezonansu przedmiot opodatkowania objęty stawką podstawową 23%. Należy także zwrócić uwagę, iż pytanie nr 58 odwoływało się bezpośrednio do interpretacji

ogólnej Ministra Finansów z 30 marca 2012 r. dotyczącej zasad opodatkowania dostaw sprzętu medycznego i towarzyszących im usług polegających na adaptacji pomieszczenia dla potrzeb używania dostarczonego sprzętu. W przedmiotowej interpretacji ogólniej Minister Finansów stwierdził, że niezależnie od treści zawartej umowy, dostawa wyrobu medycznego, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonego do obrotu na terytorium RP, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. podlega opodatkowaniu 8% stawką podatku, na podstawie art. 146a pkt 2 ww. ustawy, w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do tej ustawy, natomiast prace polegające na dostosowaniu (adaptacji, przebudowie, rozbudowie itp.) pomieszczeń szpitala prowadzone w związku z dostawą ww. wyrobu medycznego nie korzystają, co do zasady, z preferencji podatkowej i podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku VAT. Minister Finansów zauważył też, że zasadność stanowiska iż dostawa sprzętu medycznego i prac przystosowujących pomieszczenia stanowią w ww. okolicznościach dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny być one opodatkowane, co potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu administracyjnego w tym wyroki z dnia 1 i 28 czerwca 2011 r. (FSK 869/10 oraz 958/10). Minister Finansów uznał zatem, iż dostawy urządzeń medycznych wraz z pracami adaptacyjnymi pomieszczeń, w których urządzenia te będą instalowane nie można traktować jako jednej dostawy kompleksowej (świadczenia kompleksowego), w której strony uznają, iż dochodzi do dostawy wyłącznie urządzenia medycznego, zaś wartość prac adaptacyjnych zwiększa wartość dostarczanego urządzenia. Argumentowano, iż mimo, że wykonanie prac budowlanych polegających na dostosowaniu pomieszczeń użytkownika (np. szpitala) do wymogów producenta oraz przepisów regulujących bezpieczeństwo użytkowników i pacjentów związane jest z dostarczeniem wyrobu medycznego i ma na celu, m.in. umożliwienie prawidłowej i bezpiecznej pracy tego wyrobu, sam tylko ten związek nie powoduje, że prace te stanowią element kompleksowego świadczenia, jakim jest dostawa wyrobu medycznego. Złożenie zamówienia na wyrób medyczny wraz z adaptacją pomieszczenia wynika, co do zasady, z przyczyn praktycznych i niewątpliwej korzyści dla użytkownika wynikającej z dostarczenia sprzętu wraz z przystosowaniem pomieszczenia, w którym będzie on funkcjonował. Same te okoliczności nie pozwalają jednak na uznanie, że dostawa ta nabiera jednorodnego charakteru i może w całości korzystać z preferencyjnej stawki podatku VAT. W konsekwencji, przy dostawie urządzeń medycznych wraz z pracami adaptacyjnymi pomieszczeń, w których urządzenia te będą instalowane zawsze dochodzi do dwóch dostaw, tj: 1) dostawy sprzętu medycznego - opodatkowanego stawką podatku VAT w wysokości 8%, oraz 2) dostawy prac adaptacyjnych (budowlanych itp.) opodatkowanych stawką 23% VAT. Interpretacja ta odnosi się zatem do koncepcji świadczenia kompleksowego, uznając, iż w odniesieniu do prac budowlanych polegających na dostosowaniu pomieszczeń użytkownika

do wymogów producenta oraz przepisów regulujących bezpieczeństwo użytkowników i pacjentów koncepcja ta nie ma zastosowania i podlegają one odrębnemu opodatkowaniu.

Skoro stawka podatkowa dla prac adaptacyjnych została przesądzona, istotą sporu pomiędzy Stronami było tym samym ustalenie zakresu pojęcia "prac adaptacyjnych". Zdaniem Odwołującego jego oferta nie musiała obejmować prac adaptacyjnych w żadnym zakresie. Wykonanie tych prac miało bowiem charakter akcesoryjny, na co wskazywało posługiwanie się określeniem "ewentualne prace adaptacyjne". Odwołujący niektóre z prac wskazywanych przez Zamawiającego kwalifikował jako element wyposażenia rezonansu (tzw. klatka Faradaya), inne jako element montażu sprzętu medycznego (rura awaryjnego wyrzutu helu). Innych nie przewidywał. W ocenie Izby zakres prac oczekiwanych od wykonawcy w ramach realizacji niniejszego zamówienia nie pozwalał na przyjęcie, że mają one wyłącznie charakter akcesoryjny. Izba podziela w tym zakresie opinię Zamawiającego, iż określenie "ewentualne prace adaptacyjne" należy odnosić do zakresu prac, a nie samej konieczności ich wykonania. Przywoływane w treści odpowiedzi na odwołanie wyjaśnienia do SIWZ potwierdziły bowiem, że wykonanie określonych prac budowlanych polegających na dostosowaniu pomieszczeń Zamawiającego do wymagań technicznych urządzenia oraz właściwych przepisów jest niezbędne, natomiast zakres tych prac może być różny, zależnie od oferowanego aparatu.

Odnosząc się do pojęcia "prace adaptacyjne" należy zauważyć, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Odwołujący wywiódł, iż w odniesieniu do tzw. klatki Faradaya (instalacji izolacyjnej) stanowi ona wyposażenie wyrobu medycznego podlegające opodatkowaniu stawką preferencyjną 8% tak jak wyrób medyczny. Na dowód słuszności swojej tezy Odwołujący przedstawił interpretację indywidualną z 15 września 2005 r. Izba zauważa, iż przedmiotowa interpretacja nie jest adekwatna w niniejszej sprawie, gdyż dotyczy właściwej stawki podatkowej dla sprzedaży klatek Faradaya, natomiast nie odnosi się w ogóle do ich montażu i właściwej stawki podatku VAT dla usług budowlanych z tym związanych. Jak wynika także z treści interpretacji dokonana została co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów prawa podatkowego dla konkretnego stanu faktycznego zawartego we wniosku oraz w oparciu o przepisy prawa obowiązujące w dniu jej udzielenia. W interpretacji brak odniesienia, aby wniosek podatnika dotyczył także czynności związanych z montażem klatki Faradaya. Przedmiotem sporu w niniejszym stanie faktycznym nie było natomiast opodatkowanie sprzedaży klatki Faradaya jako wyposażenia wyrobu medycznego, lecz zakwalifikowanie prac związanych z montażem klatki Faradaya. Z treści odwołania wynika, iż Odwołujący montaż klatki Faradaya kwalifikuje jako sprzedaż dodatkowego wyposażenia wyrobu medycznego będącego instalacją niezbędną do działania

rezonansu. Należy zauważyć, iż taka kwalifikacja nie może być uznana za właściwą w świetle powoływanej interpretacji ogólnej Ministra Finansów, jak również przywoływanego w tej interpretacji orzecznictwa NSA. Poprzez taką kwalifikację ("wyposażenie wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia", brak samoistnego waloru ekonomicznego, pomocniczy i niezbędny charakter instalacji) Odwołujący w istocie referuje do koncepcji świadczenia kompleksowego, choć w treści jego argumentacji odwołanie takie literalnie się nie pojawia. Jak było to wskazane powyżej interpretacja ogólna Ministra Finansów dotyczyła właśnie koncepcji świadczenia kompleksowego w ramach dostawy wyrobu medycznego, wyłączając dopuszczalność kwalifikacji prac budowlanych niezbędnych dla przystosowania urządzenia do prawidłowego działania jako elementów świadczenia kompleksowego. Co więcej orzecznictwo NSA (także powołane w ww. interpretacji ogólnej) bezpośrednio wskazuje na montaż klatki Faradaya - instalacji izolacji elektromagnetycznej jako rodzaju prac kwalifikowanych do kategorii prac adaptacyjnych niezbędnych dla prawidłowego funkcjonowania sprzętu, które nie stanowią elementu świadczenia kompleksowego i podlegają odrębnemu opodatkowaniu stawką podstawową (np. wyrok NSA z 1 czerwca 2011 r., I FSK 869/10, wyrok NSA z 16 grudnia 2011 r. I FSK 401/11). Odwołujący nie przedstawił w istocie żadnej przekonującej argumentacji, która pozwoliłaby na wyłączenie czynności montażu klatki Faradaya z zakresu prac adaptacyjnych. Należy bowiem zauważyć, iż zgodnie z wyjaśnieniami zakres wymaganych robót zgodnie z odpowiedzią np. na pytanie 83 obejmował także zakres robót instalacyjno-wykończeniowych: "Zamawiający informuje, iż dopuszcza każde rozwiązanie tłumiące wpływ promieniowania magnetycznego na zewnątrz pracowni. Wymogiem jest, aby oferowana klatka zapewniała optymalną pracę zainstalowanego aparatu MRI. Powinna zawierać okno oraz drzwi i być w pełni wykończona, zaś całość powinna zostać potwierdzona odpowiednim dokumentem o spełnieniu wszelkich polskich norm. Za wykończenie rozumie się umieszczenie na podłodze wykładziny o odpowiednich parametrach, na ścianach zaś umieszczone powinny być panele bądź też inny dozwolony materiał. W pracowni powinny znajdować się punkty oświetleniowe oraz min. 6 gniazd 230 V. Klatka powinna posiadać wszelkie wpusty kablowe z odpowiednimi filtrami, oświetlenie wyjścia ewakuacyjnego, przycisku awaryjnego. Ponadto klatka powinna zostać wyposażona w dodatkowe warstwy osłonowe z blachy krzemowej na odpowiednich powierzchniach. Całość powinna zostać wykonana z należytą dbałością i zgodnie z posiadaną wiedzą Wykonawcy odnośnie odpowiedniego wykonania tego typu instalacji". Odwołujący nie wykazał także, iż montaż klatki Faradaya mieści się w pojęciu montażu rezonansu, co zresztą także powiązane jest z koncepcją świadczenia kompleksowego. NSA w wyroku z 16 grudnia 2011 r. I FSK 401/11 stwierdził, że: "W stanie faktycznym przyjętym do wyrokowania przez Sąd pierwszej instancji, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego prawidłowa była ocena, że dostawa sprzętu medycznego i wykonanie wskazanych przez

Spółkę prac przystosowujących w specjalny sposób pomieszczenia, w którym sprzęt ten będzie pracował, stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane. Spółka nie wykazywała bowiem takich okoliczności, które czyniłyby opisane świadczenia kompleksowym i jednocześnie stałyby na przeszkodzie do ich rozdzielenia, czyniąc takowe sztucznym, prowadząc tym samym do pogorszenia funkcjonalności systemu VAT jako takiego. Prace budowlane obejmujące adaptację pomieszczenia, w którym będzie ono zamontowane, w powyższych okolicznościach nie są składową montażu tychże urządzeń. Są one standardowymi pracami, których wykonanie jest potrzebne przy dostawie specjalistycznego sprzętu medycznego. Jednak ich wykonanie można powierzyć dowolnemu podmiotowi, który w sposób profesjonalny, adekwatny dla danego urządzenia, dostosuje pomieszczenie. W takim stanie rzeczy rozdzielenie dla celów podatkowych czynności dostawy sprzętu medycznego i adaptacji pomieszczeń nie ma charakteru sztucznego". Brak jest zatem podstaw, by dla prac związanych z montażem klatki Faradaya, które niewątpliwie były objęte zakresem zamówienia (tabela 1 Wymagania konieczne pkt 16.1), Odwołujący zastosował stawkę 8%. Już ta okoliczność jest wystarczająca dla uznania, iż objęcie całości zamówienia preferencyjną stawką podatku VAT nie było prawidłowe.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał również, aby instalacja rury awaryjnego wyrzutu helu na odcinku od granicy pomieszczenia do ujścia na dachu (około 22 m) mogła być kwalifikowana jako element montażu rezonansu. Wykracza bowiem poza pomieszczenie, w którym umieszczony jest rezonans, wymaga prowadzenia prac w uzgodnieniu z generalnym wykonawcą robót budowlanych, a efektem wykonanych robót jest instalacja zintegrowana z budynkiem. Ponadto instalacja ta nie była przewidziana w początkowym zakresie zamówienia, został on w tej mierze rozszerzony, toteż przyjąć można pewną odrębność przedmiotowych czynności instalacyjnych. Tym samym instalację rury w zakresie wykraczającym poza pomieszczenie skanera trudno uznać za rutynową czynność związaną z instalacją aparatu.

W zakresie ewentualnego przeprojektowania tablicy rozdzielczej z uwagi na wymagania techniczne sprzętu Odwołującego, zauważyć należy, iż konieczność wykonania tych prac zależała od wymagań technicznych oferowanego sprzętu. Oceny w tym zakresie dokonywał sam wykonawca. Odwołujący, w oparciu o dokonaną wizję lokalną oraz z uwzględnieniem specyfikacji oferowanego przez siebie sprzętu w konfiguracji wymaganej przez Zamawiającego, uznał, że pobór mocy na podłączenie rezonansu magnetycznego mieści się w założonym maksymalnym poborze mocy równym 100 kW. Można wprawdzie podnosić, iż specyfikacja techniczna urządzenia sugeruje znacznie większe wymagania elektryczne niż zaoferował Zamawiający, to należy jednak zauważyć, iż Zamawiający nie

przewidział w tym zakresie zasad weryfikacji niezbędnego dla instalacji poziomego poboru mocy, pozostawiając ewentualną konieczność przeprojektowania tablicy rozdzielczej wykonawcom. Zarzut Zamawiającego dotyczyć zatem winien nie tyle wadliwej stawki VAT na prace projektowe i adaptacyjne w zakresie instalacji elektrycznej, co nieprzewidzenia konieczności przeprowadzenia takich prac w ofercie, pomimo wymagań technicznych oferowanego urządzenia, a w konsekwencji objęcie wadliwie ustaloną stawką VAT przedmiotu zamówienia. Odwołujący twierdzi, iż prac takich nie przewidywał, a i sam Zamawiający uznawał je za ewentualne, zależnie od zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Nie można zatem mówić o wadliwej stawce podatku VAT dla prac, wedle oświadczenia Odwołującego, nie objętych ofertą. Podobnie w zakresie podłączenia agregatu wody lodowej przewidzianego w pkt 18.2 tabeli 1 Zamawiający nie wykazał, aby wymagało to w sposób niezbędny dokonania prac projektowych i adaptacyjnych i w związku z tym nie mogło być objęte zakresem montażu samego urządzenia. Odpowiedź na pytanie 128, do której odwołuje się Zamawiający dotyczy ewentualnej konieczności wprowadzenia zmian w projekcie instalacji wody lodowej oraz wykonania tej instalacji po dokonaniu poprawek. Jeżeli zatem wykonawca nie będzie przeprojektowywał instalacji wody lodowej, nie będzie go obciążał obowiązek wykonania zmodyfikowanej instalacji. W odpowiedzi na pytanie 73 Zamawiający potwierdził bowiem, że wykonawcą instalacji chłodniczej dla aparatu MR jest Generalny Wykonawca Inwestycji. Zamawiający nie narzucił wykonawcom konieczności przeprojektowania tych instalacji. Nie dowiódł również, że specyfika oferowanego przedmiotu w każdym przypadku wymagała takiego przeprojektowania. Argumentację Zamawiającego skutkującą odrzuceniem oferty Odwołującego należy zatem w tym przypadku uznać za zbyt daleko idącą. Ewentualne wątpliwości co do zakresu przewidzianych w ofercie robót mógł Zamawiający wyjaśniać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego jednak zaniechał.

W toku rozprawy na poparcie swojego stanowiska Odwołujący wskazywał także, iż w pkt 12 SIWZ Sposób obliczenia ceny Zamawiający podał, że: "Obliczając cenę ryczałtową oferty, zaleca się aby podać wartość (wartości) jednostkowe i sumaryczne netto, wskazać wysokość (wysokości) i kwotę (kwoty) należnego podatku od towarów i usług VAT lub jego wartość wyrażona w procentach, oraz wartość (wartości) jednostkowe i sumaryczne brutto odpowiednio dla poszczególnych elementów zamówienia, przy czym Wykonawcy mający siedzibę poza granicami Polski mogą podać wyłącznie wartości netto bez podatku VAT". Tym samym cena miała charakter ryczałtowy, a jej rozbitcie na brutto, netto, podatek VAT było zaleceniem Zamawiającego, a nie stanowczym wymogiem. Istotnie pkt 12 SIWZ dotyczący sposobu obliczenia ceny posługiwał się określeniem "zaleca się", jednak już formularz ofertowy w sposób jednoznaczny wymagał podania stawki podatku VAT. Nie można zatem mówić, iż SIWZ nie nakładała na wykonawcę obowiązku podania stawki VAT,

a Zamawiający nie miał podstaw do weryfikacji jej prawidłowości. Również ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia go z tego obowiązku.

Uwzględniając powyższe, Zamawiający prawidłowo uznał, iż Odwołujący wadliwie objął jednolitą preferencyjną stawką VAT cały przedmiot zamówienia, pomimo iż jego zakresem były objęte także prace adaptacyjne podlegające opodatkowaniu stawką 23%. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp było zatem zasadne.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty CONSULTRONIX S.A. Izba uznała, co następuje.

Zdaniem Izby nie potwierdził się ani zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ani art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do danych wskazanych w tabeli 1 poz. 12.3 i 13.9 w ofercie CONSULTRONIX S.A.

W zakresie tabeli 1 poz. 12.3 Zamawiający w odniesieniu do KONSOLI POSTPROCESSINGOWEJ DWUMONITOROWEJ postawił wymóg, iż zaoferowana konsola musi być "Konsolą niezależną, mogącą działać po całkowitym wyłączeniu konsoli podstawowej aparatu MR". Odwołujący argumentował, iż konsola zaoferowana przez Przystępującego CONSULTRONIX S.A. to konsola MR Workplace, a ta nie jest konsolą niezależną od konsoli operatorskiej, gdyż dzieli z nią bazę danych. Tym samym wyłączenie konsoli operatorskiej oznaczać będzie brak dostępu do bazy danych. Swoją argumentację, zaprezentowaną na rozprawie, Odwołujący oparł na tym, iż parametry dotyczące konsoli postprocessingowej potwierdzone były dokumentacją, w której podano dwa rodzaje konsoli: *syngo* Acquisition Workplace i *syngo* MR Workplace. Odwołujący pominął jednak istotną okoliczność, iż zgodnie z treścią oferty Przystępującego CONSULTRONIX S.A. w odniesieniu do parametru 12.3 potwierdzenie jego spełnienia zawarte było w oświadczeniu producenta z 2 października 2012 r., w którym stwierdzono, że: "(...) niniejszym potwierdzamy, że aparat rezonansu magnetycznego Magnetom Skyra przedstawiony w naszej ofercie oraz specyfikacji:

(...) posiada niezależną stację postprocessingową MMWP mogącą pracować po całkowitym wyłączeniu konsoli głównej". Odwołujący nie kwestionował posłużenia się oświadczeniem producenta jako dopuszczalnym sposobem wykazania spełnienia wymagania Zamawiającego. Podnosił, że odwołanie się w zakresie pozostałych parametrów do dokumentacji Magnetom Skyra, wskazuje na zaoferowanie konsoli, która w tych dokumentach została ujęta. Należy zauważyć, iż Zamawiający w treści tabeli 1 nie wymagał podania nazwy oferowanej konsoli, lecz jedynie potwierdzenia wymaganych parametrów. Z kolei oświadczenie producenta, którego Odwołujący nie kwestionuje, wyraźnie odnosi się do

konsoli MMWP i potwierdza, że jest ona samodzielną stacją postprocessingową, która może pracować po wyłączeniu konsoli głównej. Konsola ta spełnia zatem wymóg Zamawiającego, a Odwołujący nie dowiódł okoliczności przeciwnej. Nie dowiódł także, że, wbrew jednoznacznej treści oświadczenia producenta, zaoferowana została inna konsola postprocessingowa niż podana w ww. oświadczeniu. Zarzut, że pozostałe parametry techniczne konsoli potwierdzone były dokumentami, gdzie konsola MMWP nie była wymieniona, a zatem wykonawca nie potwierdził prawidłowo tych parametrów, nie był podniesiony w odwołaniu i w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymagania zawartego w pozycji 13.9 tabeli 1 „Oprogramowanie do fuzji obrazów z tomografii komputerowej, rezonansu magnetycznego, medycyny nuklearnej, PET i obrazów morfologicznych MR z obrazami dyfuzyjnymi MR” Izba uznała, iż zarzut się nie potwierdził. Odwołujący podnosił, iż z powołanych przez wykonawcę materiałów (str. 7 załączonego dokumentu Magnetom Skyra Postprocessing Packages Data Sheet - Image Fusion) nie wynika, aby zaoferowana konsola postprocessingowa dwumonitorowa spełniała powyższy wymóg, wręcz odwrotnie, przedstawione tam dane potwierdzają, że konsola nie może posiadać powyższych właściwości. Odwołujący na rozprawie podnosił, iż z treści opisu funkcjonalności Image Fusion wynika, że fuzja obrazów dotyczy tylko obrazów 3D. Tymczasem obrazy dyfuzyjne wykonywane są w formacie 2D, a zatem nie ma możliwości ich nakładania (łączenia) z obrazami w formacie 3D. Powyższe twierdzenie opiera się wyłącznie na odwołaniu do podanego w treści opisu formatu danych. Należy zauważyć jednak, że z powyższego opisu nie wynika, aby łączeniu podlegały wyłącznie dane pozyskane w tym formacie. Ponadto Odwołujący nie dowiódł, iż sposób akwizycji obrazu (2D lub 3D) decyduje o możliwości ich fuzji, co podnosił CONSULTRONIX S.A. Odwołujący nie wykazał również, aby nie było technicznie możliwe np. reformatowanie czy dopasowanie obrazów. Ponadto Odwołujący pomija powołaną przez Zamawiającego treść zawartą na stronie 4 tego samego dokumentu (strona 153 oferty), gdzie znajduje się informacja uzupełniająca o możliwości fuzji obrazów MR o różnej modalności (obrazy funkcjonalne, morfologiczne i dyfuzyjne), tj. „DTI Evaluation: (...) Together with the BOLD 3D Evaluation option: simultaneous display of anatomical, fMRI, and DTI data”, tłumaczenie Zamawiającego: „Opcja DTI Evaluation: (...) Wraz z opcją BOLD 3D Evaluation: jednoczesne wyświetlanie obrazów anatomicznych, funkcjonalnych oraz obrazów tensora dyfuzji”. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał zatem w sposób bezsporny, iż funkcjonalność Image Fusion nie potwierdza spełnienia wymogu Zamawiającego.

Co do zarzutu podania nieprawdziwych informacji w związku z ww. parametrami z tabeli 1 w treści odwołania Odwołujący zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania wywodził wyłącznie z faktu, że w jego opinii dokumenty zawarte w ofercie CONSULTRONIX S.A. nie potwierdzają spełnienia przez zaoferowane urządzenie wymaganych parametrów granicznych.

Izba podkreśla, iż skuteczne postawienie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji wymaga przede wszystkim wykazania, że dane zawarte w ofercie wykonawcy nie są zgodne z rzeczywistym stanem, przy czym musi być to dowiedzione w sposób niewątpliwy. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Odwołujący winien zatem wykazać, że oświadczenie CONSULTRONIX S.A. co do spełnienia parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego jako graniczne nie polega na prawdzie, tj. że przedmiot jego oferty nie posiada granicznych funkcjonalności pomimo deklaracji wykonawcy w tym zakresie. Nie jest wystarczające podnoszenie, iż wykonawca nie wykazał spełnienia tych parametrów, gdyż przedłożone przez niego dokumenty takiego potwierdzenia nie zawierają. Jak było to wykazane powyżej, Odwołujący dowodu takiego nie przedstawił.

Zdaniem Izby za niezasadny należy uznać zarzut, iż CONSULTRONIX S.A. w swojej ofercie nie potwierdził zaoferowanego przez siebie parametru podanego w punkcie 3.4 Tabeli 2. Parametry punktowane, Załącznika nr 6 do formularza oferty „Tor nadawczy dwukanałowy w celu poprawy homogeniczności pola B1”. Zdaniem Odwołującego Przystępujący CONSULTRONIX S.A. w swojej ofercie przedstawił zaoferowanie takiej funkcjonalności, jednak wskazane przez niego zapisy zawarte na str. 10 załączonego dokumentu Magnetom Skyra Data Sheet nie tylko nie potwierdzają ww. parametru, a wręcz dane tam zawarte świadczą, że ww. funkcjonalność nie występuje w urządzeniu, które zaoferował CONSULTRONIX S.A. Na rozprawie Odwołujący uzupełnił swoją argumentację. Przedstawił rysunek obrazujący "Różne koncepcje torów nadawczych RF systemów MR", z którego wynikało, iż aby była możliwość nadawania dwóch różnych sygnałów (transmisja dwukanałowa) niezbędne jest istnienie dwóch wzmacniaczy sygnału. Równocześnie podał, że transmisja każdym kanałem wymaga dwóch portów, a zatem dla wykonania transmisji dwukanałowej niezbędne są cztery porty. Tymczasem w ofercie Przystępującego CONSULTRONIX S.A. w zakresie tej funkcjonalności określonej jako TimTX trueForm (str. 10 dokumentu Magnetom Skyra Data Sheet) przewidziano dostarczenie sygnału tylko do dwóch portów, co należy utożsamiać z torem jednokanałowym. Przystępujący CONSULTRONIX S.A. podnosił natomiast, że niezasadnym jest twierdzenie, jakoby dla nadania sygnału niezbędny był odrębny wzmacniacz sygnału. Możliwe jest bowiem nadanie różnych sygnałów przy użyciu jednego wzmacniacza. Przystępujący CONSULTRONIX S.A.

przywołał w tym zakresie stanowisko samego Odwołującego wyrażane w innym postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 1362/12), gdzie skutecznie dowiódł on okoliczności zgoła przeciwnej niż podnoszona w niniejszej sprawie. W ekspertyzie złożonej jako dowód potwierdzono, że jest możliwe uzyskanie transmisji równoległej przy zastosowaniu wyłącznie jednego wzmacniacza RF. W opinii tej stwierdza się, że „rozwiązanie technologiczne w postaci implementacji pojedynczego wzmacniacza RF połączonego z zintegrowaną kwadraturową cewką „body”, zapewnia spełnienie wymagania transmisji równoległej dwóch różnych sygnałów w celu uzyskania obrazowania” (por. wyrok z 23 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1362/12 str. 11). Izba podnosi, iż Odwołującego zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu obciąża obowiązek wykazania, że istotnie uzyskanie transmisji dwukanałowej wymaga odrębnych wzmacniaczy sygnału oraz czterech portów, a zatem, że rozwiązanie opisane jako TimTX trueForm (str. 10 dokumentu Magnetom Skyra Data Sheet) jest inną formułą poprawy homogeniczności pola B1 niż przewidziana i punktowana dodatkowo przez Zamawiającego. Zdaniem Izby przedstawiony przez Odwołującego rysunek nie potwierdza, że jest to jedyny model funkcjonowania transmisji dwukanałowej, skoro sam dowodził okoliczności przeciwnej. Niewątpliwie ustalenia poczynione na potrzeby innego postępowania nie znajdują bezpośredniego zastosowania w niniejszym postępowaniu odwoławczym, to jednak w sposób pośredni mogą rzutować na ocenę przedkładanego przez Odwołującego dowodu. Oznacza to bowiem, wbrew stanowisku prezentowanemu w niniejszym postępowaniu, że okoliczność, na którą powołuje się Odwołujący, nie jest zdeterminowana czynnikami niezależnymi od zastosowanej technologii. Tym samym przyjąć można, że przy użyciu określonych rozwiązań technicznych osiągnięcie rezultatu w postaci transmisji dwukanałowej przy użyciu jednego wzmacniacza sygnału jest możliwe, a zatem jest możliwa wówczas emisja dwóch różnych sygnałów. Stanowisko Odwołującego należy zatem uznać za niewykazane, a samo odwołanie się do treści opisu funkcjonalności z podaniem, że brak potwierdzenia dla ww. parametru za niewystarczające.

Nie potwierdził się zarzut, iż Odwołujący niezasadnie uzyskał punktację za spełnienie parametru określonego w punkcie 7.5 Tabeli 2. Parametry punktowane, Załącznika nr 6 do formularza oferty („Możliwość zdalnego przejęcia pełnej funkcjonalności konsoli (Remote Desktop, Expert-i lub odpowiednio do nomenklatury producenta)”, gdyż na podanej przez wykonawcę str. 10 załączonego dokumentu Magnetom Skyra Application Packages nie znajduje się potwierdzenie zaoferowanego parametru. Na rozprawie Odwołujący dodatkowo argumentował, iż Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie 165 dotyczące pkt 7.5. Tabeli 2 przesądził o zakresie znaczeniowym powyższego wymagania. W odpowiedzi na uwagi wykonawcy (Odwołującego): "(...) Pragniemy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia bezpieczeństwa pacjenta podczas przeprowadzanego badania oraz możliwych komplikacji,

jakie mogą być skutkiem inicjowania bądź przejęcia wykonywania badań z miejsca innego niż konsola operatorska skanera MR (tj. wtedy, gdy nie ma możliwości bezpośredniego obserwowania wnętrza pomieszczenia badan, a tak jest np. przy pracy z poziomu komputera-terminala podłączonego zdalnie do konsoli operatora), wymagana tu funkcjonalność jest szczególnie niebezpieczna dla badanego i w ocenie firmy General Electric nie powinna być w ogóle dopuszczona. Rozwiązanie, które zamierza premiować w tym miejscu Zamawiający, odnoszące się do funkcjonalności konsoli operatorskiej jest rozwiązaniem potencjalnie bardzo niebezpiecznym dla zdrowia a nawet życia badanych pacjentów. Wadliwa jest argumentacja, że funkcjonalność taka jest potrzebna „*np. w sytuacji kiedy inna osoba wykonuje badanie i pojawi się jakiś problem, wówczas możemy podpiąć się on-line i przejąć pełną kontrolę nad aparatem.*” Właśnie w takim przypadku, tj. gdy pojawi się jakiś problem, należy bezwzględnie mieć możliwość bezpośredniego, bliskiego nadzoru nad przeprowadzeniem procedury badania. Prosimy zatem o modyfikację „Tabeli 1. Wymagania konieczne” poprzez usunięcie punktu 10.7. w zakresie odnoszącym się do funkcjonalności konsoli operatorskiej. Odpowiedź 165: Zamawiający informuje, iż SIWZ pozostaje bez zmian. Rozwiązanie to pozwala na pełną kontrolę nad aparatem MR oraz konsolami w trakcie wykonywania badań przez inne grupy badawcze”.

Zdaniem Odwołującego funkcjonalność opisana na str. 10 dokumentu Magnetom Skyra Application Packages jako *syngo Expert-i* nie odpowiada wymaganiu Zamawiającego, gdyż nie pozwala na przejęcie pełnej kontroli nad aparatem MR oraz konsolami w trakcie wykonywania badań przez inne grupy badawcze. Ogranicza się bowiem do zdalnego dostępu do danych obrazowych oraz danych z badań.

Należy podkreślić słuszność stanowiska Przystępującego CONSULTRONIX S.A., iż powołał się na funkcjonalność, która z nazwy została wskazana przez Zamawiającego w treści parametru (*Expert-i*). Stanowi ona nazwę handlową parametru oferowanego w aparacie Przystępującego CONSULTRONIX S.A., co oznacza, iż nie sposób uznać niewykazania, że aparat ten ją posiada. Nie można zgodzić się z argumentacją, iż być może Zamawiający nie miał pełnej świadomości tego, jaki jest faktyczny zakres podanej funkcjonalności i że nie pokrywa się on z oczekiwaniem Zamawiającego. Ponadto, zdaniem Izby z treści zapytania nr 165 oraz udzielonej odpowiedzi wynika, iż zasadniczym celem postawionego wymogu był zdalny dostęp do danych i parametrów badania z dowolnego komputera PC podłączonego do sieci szpitalnej podczas wykonywania badania. Opis funkcjonalności *syngo Expert-i* potwierdza, iż zapewnia ona: "Interaktywny dostęp w czasie rzeczywistym do danych obrazowych i parametrów badania z każdego PC podłączonego do sieci szpitalnej podczas wykonywania badania MR. Dotychczas, radiolodzy i specjaliści

musieli przerwać swoje zajęcia i udać się do pokoju badań MR aby sprawdzić otrzymane obrazy, pomóc w ustawieniu parametrów badania lub po prostu odpowiedzieć na pytania pojawiające się w trakcie badania. Teraz wszystkie te problemy są rozwiązywane poprzez zdalny dostęp do konsoli przy pomocy PC" (tłumaczenie CONSULTRONIX S.A., które nie odbiega w tym zakresie w istotny sposób od tłumaczenia przedstawionego przez Odwołującego). W ocenie Izby brak jakiegokolwiek dowodu, aby zakres wymagania należało ustalać w inny sposób niż jako zdalny dostęp do danych obrazowych i parametrów badania w jego trakcie.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, iż nie potwierdził się ani zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp ani art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo stwierdzić należy, iż nawet gdyby istotnie punktacja została w tym zakresie zawyżona na korzyść CONSULTRONIX S.A. Odwołujący nie dowiódł, iż miałyby to istotny wpływ na wynik postępowania, co z kolei stanowi podstawę uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający podnosił, iż biorąc pod uwagę zasady naliczania punktacji wynikające z SIWZ różnica w punktacji byłaby nieznaczna i w żaden sposób nie wpływałaby na kolejność wykonawców. Wbrew bowiem stanowisku Odwołującego zawartym w odwołaniu jego oferta, która jako odrzucona nie podlegała ocenie, nie była najkorzystniejszą pod względem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Jak wyliczał Zamawiający, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż jest odmiennie, przedstawiając własne wiarogodne wyliczenia, w sytuacji gdyby oferta Odwołującego była ważna otrzymałaby 242,44 punkty (180 punktów w kryterium cena i 62,44 punkty w kryterium parametry techniczne). Natomiast CONSULTRONIX S.A. otrzymałaby 292,77 punkty (176,85 punktów w kryterium cena i 116,92 punktów w kryterium parametry techniczne). Oznacza to zatem, iż różnica pomiędzy oferentami jest tak znacząca, że pozbawienie CONSULTRONIX S.A. punktacji za ww. parametry techniczne podane w Tabeli 2 nie wpływałoby w żaden sposób na jego pozycję w rankingu wykonawców - jego oferta nadal byłaby najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Dopiero eliminacja tej oferty dawała Odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia.

Powyższe oznacza jednocześnie, że nie byłyby spełnione warunki dla uznania ewentualnego zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Brak jest bowiem niezbędnej przesłanki wpływu - rzeczywistego czy potencjalnego - na wynik postępowania. Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, iż w każdym przypadku zawarcia w ofercie danych podlegających punktacji należy uznać, iż informacja może mieć wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania także potencjalny należy oceniać z

uwzględnieniem stanu faktycznego danej sprawy. Nie można uznać zatem, aby każda informacja zwiększająca prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia (podlegająca punktacji) *ex definitione* była informacją mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, o której mówi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wpływ taki stanowi zatem okoliczność podlegającą wykazaniu, a gdyby przyjąć zasadność argumentacji Odwołującego dowodzenie byłoby zbędne, skoro każda nieprawdziwa informacja składana w toku postępowania miałaby potencjalny wpływ na jego wynik. Izba podziela w pełni stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z 15 lipca 2011 r. sygn. akt XIII Ga 416/11, w którym stwierdzono: "Ustawodawca natomiast wyraźnie wskazał, że muszą być to nie jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Musi więc istnieć, chociażby hipotetycznie, obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania. Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest w ogóle niedopuszczalne. Przepis ten nie stanowi, jak chciałby tego skarżący, dowolnie stosowanej sankcji za podawanie nieprawdziwych informacji, lecz sankcję, którą można zastosować jedynie w określonych przypadkach tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis ten ma bowiem chronić zarówno zamawiającego, jak i wykonawcę. Ten pierwszy może bronić się przed nierzetelnymi kontrahentami, zaś drugi przez bezpodstawnym wykluczeniem z postępowania o udzielnie zamówienia".

Stanowisko Odwołującego byłoby zatem niezasadne także wówczas, gdyby argumenty dotyczące niespełnienia zakwestionowanych punktowanych parametrów technicznych się potwierdziły.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp 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. 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). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów według norm przepisanych. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww 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 Izba zasądza uzasadnione koszty strony, w tym

obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Nie ma zatem możliwości zasądzenia kosztów jedynie na podstawie norm przepisanych, jeżeli stosowny rachunek (faktura) nie został do akt sprawy przedłożony.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....