

WYROK
z dnia 18 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 18 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EUROMED Sp. z o.o., ul. Szczęsna 2, Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego, ul. Szpitalna 28, Złotów** protestu/protestów* z dnia 10 stycznia 2008 r.

przy udziale **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **EUROMED Sp. z o.o., ul. Szczęsna 2, Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EUROMED Sp. z o.o., ul. Szczęsna 2, Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EUROMED Sp. z o.o., ul. Szczęsna 2, Poznań.**

Uzasadnienie

Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę tomografu komputerowego”, którego dotyczy rozpatrywane odwołanie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 20 listopada 2007 r. (nr 2007/S 223-271974).

W piśmie z dnia 7 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, o wynikach tego postępowania i wyborze oferty firmy SIEMENS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „SIEMENS”) jako oferty najkorzystniejszej. Pismo to w tej samej dacie zostało doręczone EUROMED Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanym dalej „Odwołującym”.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 10 stycznia 2008 r. (data wpływu do Zamawiającego: 11 stycznia 2008 r.), złożył protest, w którym podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu zaniechania odrzucenia oferty firmy SIEMENS, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). Jako podstawy odrzucenia tej oferty Odwołujący wskazał na:

- 1) Nie dołączenie do oferty wymaganego postanowieniami pkt 2.4.4. SIWZ oświadczenia producenta sprzętu w zakresie oferowanego systemu PACS i RIS o spełnieniu minimalnych wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący wskazał, że producentem oferowanych systemów jest firma Alteris Sp. z o.o., której oświadczenia brakuje w ofercie firmy SIEMENS.
- 2) Brak wskazania w ofercie SIEMENS w odniesieniu do oferowanego automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego, wymaganych postanowieniami pkt 2.4 SIWZ nie tylko nazwy producenta lecz również dokładnej nazwy, rodzaju i modelu urządzenia.

Odwołujący wskazał również, że SIMENS nie przedłożyła w ofercie wymaganego zapisami SIWZ certyfikatu na dopuszczenie tego urządzenia do użytkowania.

- 3) Brak wskazania w ofercie SIEMENS wymaganych postanowieniami pkt 1.9 SIWZ informacji o korzystaniu przy wykonywaniu zamówienia z podwykonawców. Zdaniem Odwołującego producentem urządzenia: automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego, wskazanego pod poz. 92 w załączniku nr 3 (arkusz parametrów technicznych, serwisu oraz gwarancje) nie jest firma SIEMENS, a w związku z tym będzie ona w tym zakresie korzystała z podwykonawstwa, którego nie wykazała w swojej ofercie. Odwołujący wskazał dodatkowo, że w odniesieniu do tego urządzenia, wbrew postanowieniom pkt 2.4.5 SIWZ, firma SIEMENS nie podała dokładnej nazwy producenta oferowanego sprzętu.
- 4) Podanie przez firmę SIEMENS w swojej ofercie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług (stawki VAT). Odwołujący wskazał, że firma SIEMENS przyjęła jednolitą stawkę VAT w wysokości 7%, gdy tymczasem zaoferowany sprzęt oraz poszczególne elementy wyposażenia zamówionego przez Zamawiającego sprzętu mają zróżnicowaną stawkę VAT – 7% lub 22% w zależności od oferowanego sprzętu. Odwołujący wskazał tu, że w odniesieniu do części dostarczanego przez podwykonawcę SIEMENS, tj. firmę Alertis Sp. z o.o., sprzętu (system PACS i RIS) będzie miała zastosowanie stawka 22%. Odwołujący wskazał tu elementy systemu, co do których obowiązuje stawka 22% (serwer RIS/PACS, zasilacz awaryjny, urządzenie wypalnia i nadruku płyt CD/DVD, skaner płaski).

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu odpierając podniesione w proteście zarzuty, swoje przystąpienie złożyła firma SIEMENS. Przystąpienie zostało złożone na skutek wezwania Zamawiającego doręczonego w dniu 14 stycznia 2008 r., w piśmie z dnia 15 stycznia 2008 r.

Zamawiający rozpatrując złożony protest w piśmie z dnia 18 stycznia oddalił go w całości, argumentując, że ocena ofert została dokonana zgodnie z wymogami SIWZ. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że:

- 1) Firma SIEMENS jako producent oferowanego tomografu komputerowego Somatom Emotion 6 dołączyła do oferty swoje oświadczenie, wymagane w pkt 2.4.1 SIWZ. Oświadczenie takie wymagane było wyłącznie do oferowanego sprzętu, tj. tomografu komputerowego, a nie wyposażenia dodatkowego, tj. min. automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego.
- 2) Firma SIEMENS złożyła wymagane oświadczenie z pkt 2.4.1 w odniesieniu do oferowanego tomografu, jak również deklarację zgodności z normami

europejskimi, czym wypełniła wymóg wskazania producenta oraz nazwy, rodzaju i modelu oferowanego urządzenia. Zamawiający podniósł jednocześnie, że Odwołujący sam w swojej ofercie pominął oświadczenie w odniesieniu do innych pozycji (poz. 95 i 96) wyposażenia dodatkowego.

- 3) Firma SIEMENS w swojej ofercie wskazała jako podwykonawcę firmę Alteris Sp. z o.o., tym samym zarzut podniesiony przez Odwołującego w tym zakresie nie jest zasadny.
- 4) Dla Zamawiającego nieistotny jest brak wyszczególnienia w ofercie SIEMENS dwóch odrębnych stawek podatku VAT – 7% i 22%. Zdaniem Zamawiającego nie ma bowiem znaczenia, czy wykonawca poda wysokość podatku VAT łącznie - wymieniając jedną stawkę, czy łącznie - odwołując się do dwóch stawek. W ocenie Zamawiającego skoro on jako podmiot świadczący usługi w zakresie ochrony zdrowia nie może dokonać odliczenia zapłaconego podatku, ten jest dla niego kosztem i znaczenie dla niego ma wartość brutto. Przy ocenie ofert należy się bowiem kierować wartością brutto bez znaczenia zatem jest brak wykazania dwóch odrębnych stawek podatku VAT, byleby można było dokonać porównania ofert, co w tym przypadku było możliwe. Zamawiający podkreślił, że jeżeli w jednej z ofert występuje błąd nieistotny to nie umożliwia to dokonania prawidłowego wyboru dla Zamawiającego.

Od rozstrzygnięcia protestu pismem z dnia 22 stycznia 2008 r. złożonym w urzędzie pocztowym w dniu 23 stycznia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście i doprecyzował podstawy prawne naruszeń popełnionych przez Zamawiającego: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie niezgodności oferty firmy SIEMENS z wymogami SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w zakresie określenia jednej błędnej stawki podatku VAT w ofercie tej firmy. Dodatkowo Odwołujący wniósł o ponowną ocenę ofert i odrzucenie oferty SIEMENS.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyła swoje przystąpienie firma SIEMENS, stając się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, jak również biorąc

pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że Odwołujący jako podmiot, składający ofertę w niniejszym postępowaniu, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ocen, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniającego go do złożenia protestu, jak i odwołania.

Odnosząc się do **pierwszego zarzutu** – nie dołączenia do oferty firmy SIEMENS oświadczenia producenta sprzętu w zakresie oferowanego systemu PACS i RIS o spełnieniu minimalnych wymagań określonych w SIWZ - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt 2.4.4. SIWZ parametry techniczne sprzętu w ofertach wykonawców powinny zostać potwierdzone przez dołączenie do oferty oświadczenia producenta sprzętu, że spełnia on minimalne wymagania określone w SIWZ. Do oferty firmy SIEMENS dołączone zostało wymagane oświadczenie, które złożył sam wykonawca, będąc zarazem producentem dostarczanego tomografu Somatom Emotion 6 (str. 33 oferty). Odwołujący kwestionuje brak w ofercie firmy SIEMENS rzeczonego oświadczenia w odniesieniu do oferowanego w ramach niniejszego zamówienia systemu PACS i RIS.

Skład orzekający Izby, uwzględniając przede wszystkim postanowienia przywołanego pkt 2.4.4 SIWZ oraz pkt 2.1.1 SIWZ, stanął na stanowisku, że oświadczenie producenta wymagane było wyłącznie w odniesieniu do oferowanego tomografu komputerowego. Zgodnie z pkt 2.1.1 SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że za „sprzęt”, co do którego wymagał oświadczenia producenta, będzie rozumiał „*fabrycznie nowy tomograf komputerowy*” stanowiący przedmiot dostawy w niniejszym postępowaniu, a nie wyposażenie dodatkowe, czy oprogramowanie.

Odnosząc się do **drugiego zarzutu** – braku w ofercie SIEMENS w odniesieniu do oferowanego automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego, wymaganych nazwy producenta, oraz dokładnej nazwy, rodzaju i modelu urządzenia oraz nie dołączenie w tym zakresie wymaganego certyfikatu na dopuszczenie tego urządzenia do użytkowania - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt 2.4.5 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali w swoich ofertach: „*dokładną nazwę producenta oferowanego sprzętu oraz dokładną nazwę i model oferowanego tomografu (tzw. number – jeżeli dany producent nie nadaje sprzętowi part number – należy załączyć oświadczenie producenta, że nie nadaje on produkowanemu przez siebie sprzętowi part number)*”. Powyższe - jak wskazano - odnosi się do oferowanego sprzętu, a więc zgodnie z przywołanym pkt 2.1.1 SIWZ - tomografu komputerowego, a nie urządzeń dodatkowych, za jakie należy uznać automatyczny wstrzykiwacz środka cieniującego. Automatyczny wstrzykiwacz środka cieniującego (pojedynczy) opisany został bowiem przez Zamawiającego pod poz. 92 w tabeli określonej w załączniku nr 3 do SIWZ pod lit. I - *Wyposażenie Dodatkowe*.

Firma SIEMENS dołączyła do swojej oferty min. Deklarację Zgodności z Normami Unii Europejskiej (str. 30 oferty, wraz z tłumaczeniem na str. 31 i 32 oferty), z których wynika spełnienie wymogów pkt 2.4.5 SIWZ, a więc wskazania nazwy producenta tomografu i nr identyfikacyjnego produktu, jak też jego nazwy i modelu (Somatom Emotion 6).

Co do braku certyfikatu dopuszczenia dla automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający wymagał takiego dokumentu zgodnie z pkt 3.1.18 SIWZ, w odniesieniu do sprzętu, a więc tomografu komputerowego, a nie wyposażenia dodatkowego. Z tych też względów skład orzekający Izby uznał podnoszony zarzut za niezasadny (certyfikat dopuszczający wyrób do obrotu, dotyczący tomografu Somatom Emotion 6 został do oferty dołączony na str. 38).

Odnosząc się do **trzeciego zarzutu** – braku wskazania w ofercie SIEMENS informacji o korzystaniu przy wykonywaniu zamówienia z podwykonawców w zakresie automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego oraz braku w odniesieniu do tego urządzenia, dokładnej nazwy producenta oferowanego sprzętu - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt 1.9 SIWZ „*Wykonawca ma – na podstawie art. 36 ust. 4 Pzp w ofercie zawrzeć informacje, czy przy wykonaniu zamówienia korzystał będzie z podwykonawców*”. Firma SIEMENS w swojej ofercie wskazała na jednego podwykonawcę, z którego będzie korzystał przy wykonaniu niniejszego zamówienia, tj. firmę Alteris Sp. z o.o. w zakresie dostawy, instalacji, uruchomienia i szkolenia systemu PACK i RIS (str. 39 oferty). Odwołujący wykazuje, że producentem oferowanego przez SIEMENS automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego, nie jest firma SIEMENS, zatem jako podwykonawca w tym zakresie powinien być wskazany producent tego sprzętu.

Skład orzekający Izby przychylił się stanowiska firmy SIEMENS prezentowanego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że nadinterpretacją byłoby utożsamianie

pojęcia „podwykonawcy” z „producentem sprzętu”. Za podwykonawcę należy uznać podmiot, czy osobę, której wykonawca będzie powierzał (zlecał) wykonanie określonej dostawy, czy usługi, natomiast za producenta należy uznać osobę lub przedsiębiorstwo produkujące jakieś dobra materialne (za Słownikiem Współczesnego Języka Polskiego, pod redakcją A. Sikorskiej – Michalak, 2001 r.). Producentem zatem jest każdy podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Stawianie znaku równości pomiędzy podwykonawcą, a producentem sprzętu w świetle przytoczonych definicji nie jest zasadne. Firma SIEMENS, zakupując określony sprzęt u jego producenta, czy dystrybutora, będzie osobiście świadczyć dostawę tego dodatkowego sprzętu do Zamawiającego i będzie również odpowiedzialna za jego montaż, czy instalację u Zamawiającego; jak oświadczyła nie będzie w tym zakresie korzystała z pomocy innych podmiotów i trudno jej z tego tytułu czynić zarzuty.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że firma SIEMENS nie miała obowiązku wykazywania producenta automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego, jako podwykonawcy współodpowiedzialnego przy wykonywaniu zamówienia. Owego współdziałania faktycznie nie będzie. Wykonawca nabędzie określony produkt i dostarczy go osobiście Zamawiającemu. Producentowi tego urządzenia nie będzie można przypisać żadnego współdziałania przy realizacji tego zamówienia.

Odnosząc się do **czwartego zarzutu** – podania przez firmę SIEMENS w swojej ofercie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający określił wzór formularza ofertowego, w którym wymagał podania w pkt 1 li. b ceny ofertowej brutto za całość zamówienia natomiast w pkt 1 lit. c wymagał podania kwoty podatku VAT wraz ze wskazaniem właściwej stawki tego podatku. Odwołujący podnosi, że firma SIEMENS, wskazując w tym miejscu formularza wyłącznie jedną stawkę podatku VAT – stawkę 7% - naruszyła przepisy prawa, ponieważ popełniła błąd w obliczeniu ceny, nie nadający się do poprawienia. Odwołujący wskazał bowiem, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi również elementy system PACS i RIS, co do których obowiązuje stawka 22% (serwer RIS/PACS, zasilacz awaryjny, urządzenie wypalnia i nadruku płyt CD/DVD, skaner płaski).

Odnosząc się do tego zarzutu skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że niewątpliwie oferowany w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne tomograf komputerowy jest wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896) i zgodnie z treścią załącznika nr 3 (poz. 106 załącznika) do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od

towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535) podlega opodatkowaniu stawką 7%. Przy rozstrzygnięciu problemu dotyczącego oferowanych w ramach przedmiotu zamówienia urządzeń dotyczących systemu RIS i PACS, wspomagających działanie tomografu, skład orzekający Izby oparł się na orzecznictwie właściwych w tym zakresie organów skarbowych.

I tak zgodnie z postanowieniem Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z dnia 17 października 2006 r. (sygn. 1471/NUR2/443-295/06/ST): „*Jeżeli Podatnik dokonuje dostawy analizatorów hematologicznych wraz z urządzeniami peryferyjnymi (klawiatura, monitor, drukarka, czytnik kodów itp.) i stosownym oprogramowaniem, które zgodnie z wyżej cytowaną ustawą o wyrobach medycznych zaliczają się wyrobów medycznych, wówczas ta dostawa na podstawie art. 41 ust. 2 w związku z poz. 106 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług będzie podlegała opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 7%*”. Urząd Skarbowy w tym przypadku wskazał na konieczność łącznego traktowania z wyrobem medycznym przy ustalaniu właściwej stawki VAT swego rodzaju urządzeń peryferyjnych, będących częścią zestawu (wyrobu medycznego), które umożliwiają osiągnięcie pełnej funkcjonalności określonego wyrobu medycznego.

W postanowieniu Drugiego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z dnia 17 października 2006 r. (sygn.: 1472/RPP1/443-485/06/SAP) zwrócono natomiast szczególną uwagę na definicję wyposażenia wyrobu medycznego, zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy o wyrobach medycznych. Zgodnie z tą definicją: „*Ilkroć w ustawie jest mowa o wyrobie medycznym, bez bliższego określenia, należy przez to rozumieć wyrób medyczny do różnego przeznaczenia, wyrób medyczny do diagnostyki in vitro, aktywny wyrób medyczny do implantacji oraz **wyposażenie wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia** i wyposażenie wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro*”. W opinii organu podatkowego, jeśli określone oprzyrządowanie stanowi wyposażenie wyrobu medycznego, w odniesieniu do całości zestawu będzie właściwa stawka 7% VAT.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zestaw tomografu komputerowego bez dodatkowych urządzeń i oprogramowania w ramach systemu RIS/PACS odpowiedzialnych za archiwizację danych z przeprowadzanych badań nie osiągnie pełnej funkcjonalności w zakresie wykonywanych badań, umożliwiających pełną diagnostykę pacjenta i porównanie badań wcześniejszych i aktualnych. Urządzenia oferowane w ramach systemu RIS i PACS stanowią więc część oferowanego zestawu tomografu komputerowego i jego wyposażenie służące osiągnięciu określonych, wymaganych funkcjonalności przez oferowany tomograf, jak wymagał tego Zamawiający w postanowieniach SIWZ.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*