

**Sygn. akt: KIO/UZP 203/09**

**KIO/UZP 219/09**

**WYROK**

**z dnia 9 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Emil Kuriata  
Izabela Kuciak**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26 lutego 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wołoska 9,**

**B Philips Polska Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, Biała Podlaska, ul. Ertebelska 57-65** protestów:

**A GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wołoska 9** z dnia 5 lutego 2009 r.,

**B Philips Polska Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** z dnia 6 lutego 2009 r.

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

**orzeka:**

**1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, Biała Podlaska, ul. Ertebelska 57-65 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wołoska 9,**
  - B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Philips Polska Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B,**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
  - A** kwoty 5 887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, Biała Podlaska, ul. Ertebelska 57-65** na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wołoska 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
  - B** kwoty 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, Biała Podlaska, ul. Ertebelska 57-65** na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
  
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wołoska 9,**
- B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, tj. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż kompletnego wyposażenia Pracowni Rezonansu Magnetycznego oraz wykonanie dokumentacji technicznej pracowni i wykonanie budowlanych robót adaptacyjnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 235-312284.

W dniu 27 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu ofert Wykonawców GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. i Philips Polska Sp. z o.o.

Oferta GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na stwierdzone błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT do obliczenia wartości pozycji 2, 3 i 4 formularza cenowego. Zdaniem Zamawiającego, do obliczenia wartości całego przedmiotu zamówienia, jak i poszczególnych pozycji, należało zastosować jednolitą 7% stawkę VAT.

Na tej samej podstawie została odrzucona oferta Philips Polska Sp. z o.o.

W zakresie obu ww. ofert Zamawiający wyjaśnił w informacji o wynikach postępowania, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę rezonansu magnetycznego wraz z wyposażeniem jako świadczenie główne oraz prace projektowe i roboty adaptacyjne budowlane jako świadczenia mające charakter pomocniczy, których celem jest umożliwienie uruchomienia i prawidłowa eksploatacja urządzenia, stąd zamówienie należy uznać za świadczenie kompleksowe i zastosować jednolitą stawkę VAT. Zamawiający wskazał także, iż zamówienie to cechuje ścisłe powiązanie świadczeń, „które obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, których rozdzielenie miałoby sztuczny charakter”. Dlatego, zdaniem Zamawiającego, przedmiot zamówienia stanowi jednolite świadczenie dla celów podatkowych. Zamawiający podkreślił również, iż prezentowane przez niego stanowisko potwierdzają opinie i interpretacje obowiązujących przepisów prawa w zakresie VAT, w tym orzecznictwo ETS i Krajowej Izby Odwoławczej.

## **Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 203/09:**

W dniu 6 lutego 2009 r. (pismem z dnia 5 lutego 2009 r.) Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wniósł protest wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Siemens Sp z o.o., która podlega odrzuceniu,
2. odrzucenia oferty GE Medical Systems Polska Sp z o.o. z naruszeniem prawa,
3. zaniechania odrzucenia oferty Philips Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
4. naruszenia zasady jawności przez zaniechanie odtajnienia dokumentu stanowiącego wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, a tym samym braku przekazania całości dokumentacji, o którą zwrócił się wykonawca, w tym w szczególności wyjaśnień składanych przez Siemens Sp. z o.o.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6, art. 96 ust. 3, a w konsekwencji, w przypadku podpisania umowy z wybranym wykonawcą, art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Protestujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty było bezpodstawne. Zamawiający w informacji o wynikach oceny ofert wskazał na nie istniejący opis przedmiotu zamówienia – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie zawiera szczegółowej informacji, co miałyby się składać na „roboty adaptacyjne”. Z planu prac adaptacyjnych zatytułowanego „Blok 1B niski parter” wynika, iż poza pomieszczeniem nazwanym „Pracownia rezonansu magnetycznego” pracami remontowymi objęte mają być również pomieszczenia sanitarne, poczekalnia, rejestracja, pomieszczenie przygotowania pacjenta itp., zatem, zdaniem Protestującego, opis robót budowlanych nie daje podstaw do tego, by na podstawie treści Specyfikacji uzasadnić związek dostawy i montażu kompletnego wyposażenia pracowni rezonansu magnetycznego z adaptacją poszczególnych pomieszczeń Zamawiającego. Protestujący przywołał również interpretację indywidualną Ministra Finansów z dnia 21 sierpnia 2008 r. wydaną w sprawie Protestującego, z której wynika jak należy opodatkować usługi w zakresie adaptacji pomieszczeń dla montażu sprzętu medycznego: dostawa sprzętu medycznego wraz z dostawą elementów oraz usług, które są niezbędne do prawidłowego działania dostarczanego sprzętu i stanowią elementy wyposażenia instalowanego wyrobu medycznego są opodatkowane według stawki 7%, natomiast w odniesieniu do prac adaptacyjnych pomieszczenia, w którym sprzęt będzie instalowany oraz pomieszczeń pomocniczych (przebieralnia, łazienka, klatka schodowa itp.) zastosowanie będzie miała 22% stawka VAT.

Protestujący przywołał art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) oraz art. 3 ust. 1 pkt 15 i ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 93, poz. 896 z późn. zm.), a także wyrok ETS z dnia 27 października 2001 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV vs Staatssecretaris van Financien, wyrok ETS z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd. vs Commissioners of Customs and Exise oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 84/08) i z dnia 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 255/08). Stwierdził, iż nie ma wątpliwości co do sposobu opodatkowania dostawy i montażu kompletnego wyposażenia pracowni rezonansu magnetycznego opisanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - rezonans magnetyczny, jako sprzęt medyczny wraz z dostawą elementów oraz usług, które są niezbędne do prawidłowego działania dostarczanego sprzętu i stanowią elementy wyposażenia instalowanego wyrobu medycznego, podlegają opodatkowaniu jak wyroby medyczne, a zatem z zastosowaniem jednolitej 7% stawki VAT. W odniesieniu zaś do usługi montażu urządzenia niezbędne będzie odwołanie się do konstrukcji świadczenia kompleksowego, w wyniku czego usługa ta będzie opodatkowana również 7% stawką VAT.

W zakresie opodatkowania prac adaptacyjnych Protestujący wywiódł, że Zamawiający na skutek rozszerzającej interpretacji konstrukcji opodatkowania tzw. usług kompleksowych dochodzi do wniosków sprzecznych z przepisami prawa. Wskazał, iż opodatkowanie tzw. usług kompleksowych nie może prowadzić do naruszenia zasady powszechności opodatkowania podstawową stawką podatku VAT, tj. 22%. W tym miejscu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 342/08). Jak stwierdził Protestujący, „rozumienie sposobu opodatkowania tzw. usług kompleksowych przez Zamawiającego jest nieprawidłowe, opiera się bowiem na założeniu, że poprzez odpowiednie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub też wolą stron umowy możliwe jest wykreowanie świadczenia o charakterze złożonym, z dowolną ilością czynności podlegających jednolitej stawce VAT 7%”. Samo określenie w Specyfikacji prac adaptacyjnych nie mogło spowodować rezultatu, do którego zmierzał Zamawiający. Za niewystarczający uznał również Protestujący argument, iż bez przebudowy pomieszczeń szpitala nie byłoby możliwe użytkowanie urządzenia. Podkreślił, iż stawka VAT wynika z przepisów prawa, dlatego bezskuteczne jest stwierdzenie przez Zamawiającego, iż w jego ocenie, przedstawiony na planie robót remont pomieszczeń sanitarnych, poczekalni, przebieralni itp. stanowi wraz z dostawą rezonansu magnetycznego świadczenie kompleksowe. Zdaniem Protestującego, Zamawiający myli kompleksowość świadczenia z wykonywaniem pewnych czynności (remontu) „przy okazji” dostawy i montażu rezonansu magnetycznego. Podkreślił, iż gospodarcze znaczenie remontu jest wyraźnie odrębne od dostawy rezonansu

magnetycznego i nie stanowi czynności o charakterze pomocniczym; remont jest rodzajem ulepszenia warunków, w jakich Zamawiający świadczy swoje usługi, bez których dostawa i montaż rezonansu magnetycznego również byłyby możliwe. Wskazał też, że powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 92/08). Zwrócił uwagę na fakt, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie wspomina o stawce VAT, która miałyby mieć zastosowanie, zatem do Protestującego należało zastosowanie stawki zgodnej z przepisami prawa. Stwierdził, iż Zamawiający przed oceną ofert stał na stanowisku, iż świadczenia w ramach Specyfikacji nie mają charakteru kompleksowego, uprawniającego do zastosowania jednolitej stawki VAT 7%, ale część z tych świadczeń opodatkowana jest VAT ze stawką 22%. Powyższe wprost wynika, zdaniem Protestującego, z faktu wezwania Siemens Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w dniu 13 stycznia 2009 r., gdzie Zamawiający stwierdził, iż „przynajmniej prace projektowe jak i roboty budowlane winny być obłożone 22% stawką podatku VAT”.

Kolejnym zarzutem, jaki postawił Protestujący Zamawiającemu jest wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp tj. oferty Siemens Sp. z o.o., w której obliczono cenę przy zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, co wynika z argumentacji przytoczonej powyżej.

Protestujący wskazał również na naruszenie przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez brak przekazania na wniosek Protestującego całości dokumentacji stanowiącej protokół postępowania, w szczególności pisma Siemens Sp. z o.o. z dnia 16 stycznia 2009 r. i zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa opinii prawopodatkowej stanowiącej do niego załącznik. Informacji tam zawartej, w ocenie Protestującego, nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumianą zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Wobec powyższego, Zamawiający powinien odtajnić ww. dokument.

Protestujący, z ostrożności procesowej, wskazał również na wady oferty Siemens Sp. z o.o., które powinny zostać uzupełnione:

- Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt 1.12.: Zamawiający wymagał podania „Max. zużycie helu przez okres 1 roku (8760 godzin)”. Siemens Sp. z o.o. podała: „0,0 litrów dla typowej pracy klinicznej”. Jak wskazał Protestujący, wartość typowa nie jest tym samym, co wartość maksymalna. Zwrócił też uwagę, że dodatkowo informacja podana w przez Siemens Sp. z o.o. drobną czcionką nie jest zamieszczona we wskazanym przez Siemens Sp. z o.o. dokumencie „MAGNETOM Avanto A Tim System”, str.32 i jako niezgodna z wymaganiami Zamawiającego nie może być brana pod uwagę w celu określenia wartości zużycia helu.
- Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt V1.7.4.: Zamawiający, jeżeli odpowiedź udzielona przez wykonawcę brzmiałaby „Tak”, wymagał w odpowiedzi podania również „Jeżeli Tak -

podać nazwę zaoferowanej opcji/funkcjonalności". Siemens Sp. z o.o. podała odpowiedź „Tak”, ale nie podała nazwy zaoferowanej opcji/funkcjonalności, zatem brak jest możliwości przydzielenia punktu w tym zakresie (dopiero wskazanie nazwy w pełni potwierdza istnienie tej opcji/funkcjonalności).

W ocenie Protestującego, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

a) Załącznik nr 4 do Specyfikacji oraz *Declaration of Conformity* (str. 191 oferty):

- Deklaracja Zgodności, jaką dysponuje i przedstawiła firma Philips Polska Sp. z o.o. obowiązuje jedynie dla aparatu „Achieva 1.5T”, a nie na „Achieva 1.5T Nova Dual”,
- Zgodnie z oficjalnymi danymi producenta, jakimi posługuje się Philips Polska Sp. z o.o. w postępowaniach (str. 73 oferty), w ofercie ww. Wykonawcy znajdują się m.in. zarówno „Achieva A-series Nova Dual”, jak i „Achieva A-series Nova Dual HP”. Stąd wniosek, iż Philips Polska Sp. z o.o. nie sprecyzowała dokładnie, jaki aparat zaoferowała, a Deklaracja Zgodności, jaką dysponuje i przedkłada ww. Wykonawca, nie odnosi się do oferowanego systemu.

b) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt 11.3.: Zamawiający wymagał podania „Max Slew Rate dla amplitudy zdefiniowanej w pkt. II. 2.” W odpowiedzi na to wymaganie Philips Polska Sp. z o.o. podała: „Tak, 180 mT/m”. Protestujący zwrócił uwagę, że oferowany system Philips Polska Sp. z o.o. może pracować w dwóch trybach (zgodnie z informacją zawartą w oficjalnych danych producenta, załączonych do postępowania:

- Tryb (Mode) 1-> amplituda = 33 mT/m, Slew Rate = 180 mT/m/ms,
- Tryb (Mode) 2 -> amplituda = 66 mT/m, Slew Rate = 90 mT/m/ms.

Zdaniem Protestującego, nie ma takiego trybu, który umożliwiłby pracę jednocześnie dla amplitudy 66 mT/m i Slew Rate 180 mT/m/ms, zatem Philips Polska Sp. z o.o. nie mogła podać takich danych. Mogła jedynie podać wartości takie, jakie są odpowiednie dla Trybu 1 lub Trybu 2.

c) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt IV.6.: Zamawiający postawił wymaganie zaoferowania „Wielokanałowej cewki typu array dedykowanej do badań serca lub kombinacji cewek typu array do badania serca posiadającej min 8 elementów pomiarowych i min 8 kanałów pomiarowych obrazujących jednocześnie, pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu i pokrywająca obszar max 30cm w osi wzdłużnej pacjenta”. Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała cewkę „SENSE Torso XL Coil 8 elementów”. Zaoferowana cewka nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż, zgodnie z informacją zawartą w oficjalnych danych



producenta, załączoną przez Philips Polska Sp. z o.o. do postępowania („Coverage with clarity and speed. Philips SENSE XL Torso coil 16-elements for Intera and Achieva 1.5T”, strona 113 i 114 oferty):

- nie jest cewką dedykowaną do badań kardiologicznych. Cewka ta jest przeznaczona do badań obszaru jamy brzusznej, klatki piersiowej, kończyn dolnych i długich kości oraz także - jak wspomniano - serca. Natomiast nie jest to cewka dedykowana do badań serca. Idea cewki dedykowanej jest taka, że cewka jest zoptymalizowana (pokrycie, zorientowanie elementów, itp.) pod względem obrazowania danego organu,

- zakres pokrycia zaoferowanej cewki „SENSE Torso XL Coil 8 elementów” wynosi 50 cm i wykracza poza wymagane max 30 cm. Jest to właśnie m.in. skutkiem faktu, że cewka ta nie jest dedykowana do badań serca, ale także innych - dużych (jama brzuszna, kończyny) organów. Przy badaniu mięśnia sercowego krytycznym wymogiem jest, aby obszar pokrycia cewki nie przekraczał 30 cm.

d) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt V.12.: Zamawiający dodatkowo punktował „Odłączane, w pełni autonomiczne łóżko pacjenta”. Określenie „w pełni autonomiczne łóżko” oznacza całe łóżko, które może być odłączone od gantry magnesu, posiadające m.in. możliwość regulacji położenia blatu łóżka. Rozwiązanie przez Philips Polska Sp. z o.o. pozwala jedynie na odłączenie blatu łóżka pacjenta (a nie całego łóżka). Zgodnie z zapisem podawanym przez firmę Philips Polska Sp. z o.o. (str. 32 oferty), „Opcjonalny ruchomy blat na lekkim łatwym w manewrowaniu wózku zapewnia szybkie i łatwe ustawienia pacjenta z podparciem”. Nie jest to więc łóżko pacjenta odłączane od systemu rezonansu magnetycznego, które dodatkowo punktuje Zamawiający. Zatem firma Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała rozwiązanie niezgodne z wymogiem określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

e) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt V.13: Zamawiający wymagał zaoferowania: „Dodatkowego, odłączanego, w pełni autonomicznego łóżka pacjenta lub wózka antymagnetycznego do przewozu pacjentów w pozycji leżącej” i punktował dodatkowe łóżko autonomiczne, tj. dodatkowe (drugie) rozwiązanie, takie jak wymagane w punkcie V.12. Philips Polska Sp. z o.o. podała: „Łóżko w pełni autonomiczne”. Zdaniem Protestującego, Philips Polska Sp. z o.o. udzielając odpowiedzi popełniła dwa błędy:

- zaoferowała rozwiązanie niezgodne z intencją Zamawiającego,

- nie określiła czy rozwiązanie, które oferuje jest dodatkowym łóżkiem. W ocenie Protestującego, jest to to samo rozwiązanie, które Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała w odpowiedzi do punktu V.12. Protestujący podkreślił, że Zamawiający wymagał dwóch sztuk „odłączanego, w pełni autonomicznego łóżka pacjenta” i za to Zamawiający był skłonny przyznać 4 punkty. Alternatywnie można było zaoferować rozwiązanie równoważne,

tj. „Wózek antymagnetyczny do przewozu pacjentów w pozycji leżącej”, które nie było dodatkowo punktowane, natomiast brak jest tej składowej (tj. wózka antymagnetycznego) w ofercie Philips Polska Sp. z o.o.

f) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt VI.1.4.2.: Zamawiający dodatkowo punktował „Technikę redukcji artefaktów ruchowych w głowie, szyi i kończynach występujących w różnych kierunkach bazującą na sekwencjach T1, T2, PD i FLAIR (BLADE lub odpowiednio do nomenklatury producenta)”. Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała funkcję MultiVane. Zgodnie z informacją zawartą w oficjalnych danych producenta, załączoną do oferty, („*Scan Tools Pro Philips. Magnetic Resonance. Product Data January 2008*” (str. 21), str. 73 oferty), opcja MultiVane nie oferuje redukcji artefaktów ruchowych dla obrazów typu PD – w danych producenta można znaleźć informację, że MultiVane działa dla obrazów T1, T2, IR-real, FLAIR. Nie spełnia ona zatem wymogu dla obrazów PD.

g) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt VI.1.4.3.: Zamawiający dodatkowo punktował „Redukcję artefaktów przy badaniu DWI przy pomocy algorytmu Propeller lub odpowiednio do nomenklatury producenta”. Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała funkcję MultiVane. Zgodnie z informacją zawartą w oficjalnych danych producenta, załączoną przez Philips Polska Sp. z o.o. do oferty („*ScanTools Pro Philips. Magnetic Resonance. Product Data January 2008*” (str. 21), str. 73 oferty), opcja MultiVane nie oferuje redukcji artefaktów przy badaniu DWI - w danych producenta można znaleźć informację, że MultiVane działa dla obrazów T1, T2, IR-real, FLAIR.

h) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt VI.6.2.3.: Zamawiający dodatkowo punktował „Skanowanie eliptyczne przy CSI”. Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała takie rozwiązanie, natomiast w załączniku przytoczonym przez firmę Philips (zał. nr 13 „*PHILIPS Magnetic Resonance Achieva 1.5T Nova*” (str.2), tj. str. 128 oferty) nie jest wymieniona taka funkcjonalność. Zdaniem Protestującego, Philips Polska Sp. z o.o. na dzień dzisiejszy nie dysponuje taką techniką.

i) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt VI.7.4.: Zamawiający dodatkowo punktował „Technikę autokalibracji dla algorytmów SENSE, niewymagającą wykonywania oddzielnego pomiaru - skanu, w procesie kalibracji czułości cewek”. Philips Polska Sp. z o.o. podała, że wymaganie Zamawiającego jest spełnione przez podstawową funkcjonalność systemu, na co miałby wskazywać zapis w Załączniku nr 1 „*New levels of operational excellence. Philips Achieva 1.5T A-series Nova Dual HP gradients. Product Data January 2008*” (str.9) na str. 29 oferty. Jednakże we wskazanym miejscu nie ma informacji o tym, że technika autokalibracji dla algorytmów obrazowania równoległego (algorytmów SENSE) nie wymaga wykonywania oddzielnego pomiaru - skanu, w procesie kalibracji czułości cewek. Jest natomiast informacja, że jedynie „dopasowanie” (ang. *matching*) cewki nie jest wymagane.

„Dopasowanie” cewki nie jest tym samym, co „autokalibracja” i oznacza, że po ułożeniu na pacjencie i podłączeniu cewki RF operator wybierając sekwencję nie musi troszczyć się o odpowiedni „wybór” właściwej cewki RF i ustawienie jej parametrów, gdyż to „dopasowanie” jest wykonane w sposób automatyczny. Autokalibracja dla algorytmów SENSE ma zaś za zadanie automatyczne dopasowanie charakterystyki czułości cewki w zadanym obszarze badania, które jest konieczne do obrazowania równoległego opartego na zasadzie obrazowania typu SENSE.

j) Załącznik nr 4 do Specyfikacji, punkt VI.1.7: Zamawiający dodatkowo punktował „Pakiet oprogramowania pozwalający na uzyskanie podczas jednej akwizycji obrazów typu in-phase, out-of-phase, water-only, fat-only.” Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała funkcje „ProSet, WATS and FATS”. Zgodnie z informacją zawartą w oficjalnych danych producenta, załączoną przez Philips Polska Sp. z o.o. do oferty („*ScanTools Pro Philips. Magnetic Resonance. Product Data January 2008*” (str. 4, 16, 20), funkcja ProSet umożliwia jedynie wybór parametrów akwizycji koniecznych do uzyskania obrazu typu Fat albo Water. Funkcja WATS and FATS nie jest natomiast we wskazanym miejscu w ogóle opisana. Natomiast nigdzie w ww. załączniku nie jest podane, że zaoferowane funkcje pozwalają na uzyskanie podczas jednej akwizycji obrazów typu in-phase, out-of-phase, water-only, fat-only (czyli jedna akwizycja, a uzyskanie aż czterech typów obrazów).

Powyższe, zdaniem Protestującego, powinno stać się przesłanką do odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie urządzenia o parametrach odmiennych niż wymagane przez Zamawiającego. Ponadto Protestujący podkreślił, iż w ofercie Philips Polska Sp. z o.o. podano nieprawdziwe informacje, które gdyby nie konieczność jej odrzucenia, bez wątpienia miałyby wpływ na wynik postępowania, a zatem Zamawiający byłby zobowiązany zastosować art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Protestujący przyznał, że Zamawiający słusznie dokonał odrzucenia oferty ww. Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, bowiem w ofercie Philips Sp. z o.o. wadliwie wskazano stawkę VAT w odniesieniu do adaptacyjnych robót budowlanych. Błędnie jednak uznał Zamawiający, że powinna być to stawka 7%, wskazać, bowiem należy, że roboty budowlane objęte są w całości stawką w wysokości 22%.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty GE Medical Systems Polska Sp z o.o.,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty Siemens Sp z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- odrzucenie oferty Philips Polska Sp z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

- dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty GE Medical Systems Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili w dniu 9 lutego 2009 r. Wykonawcy Siemens Sp. z o.o. i Philips Polska Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 lutego 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż po dokonaniu ponownej oceny zebranego materiału, w tym treści zgłoszonych przystąpień oraz wyjaśnień dotyczących urządzenia oferowanego przez Siemens Sp. z o.o. i Philips Polska Sp. z o.o., podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Protestującego oraz decyzję o wyborze oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., który wniósł w dniu 20 lutego 2009 r. odwołanie, zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt., 6, art. 96 ust. 3, a w konsekwencji art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp, nie podtrzymując przy tym zarzutów określonych w proteście w pkt 2b oraz 3a. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty GE Medical Systems Polska Sp z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Siemens Sp z o.o na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Philips Polska Sp z o.o. także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odwołanie zostało złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił pismem z dnia 4 marca 2009 r. Wykonawca Siemens Sp. z o.o.

### **Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 219/09:**

W dniu 6 lutego 2009 r. protestu wniósł Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Protestującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny wynikający z zastosowania, zdaniem Zamawiającego, niewłaściwej stawki VAT i zaniechaniu odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż zastosowała stawkę VAT w wysokości 7% na wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, w tym na wykonanie robót budowlanych, co rażąco narusza obowiązujące w tym przedmiocie przepisy prawa materialnego,
- art. 8 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Pzp przez brak zamieszczenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej Zamawiającego.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, iż Zamawiający błędnie przyjął, że do robót budowlanych stanowiących istotną część przedmiotu zamówienia należy stosować wyłącznie stawkę VAT w wysokości 7%. Stwierdził, iż pogląd Zamawiającego w tym zakresie został ujawniony dopiero po rozstrzygnięciu postępowania. W jego ocenie, na etapie ogłoszenia i udostępnienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający prezentował jednoznaczne stanowisko, z którego w sposób nie budzący wątpliwości Protestujący mógł wyprowadzić wniosek, że przedmiotowe zamówienie obejmuje, oprócz zrealizowania dostawy, również wykonanie robót budowlanych. Podkreślił, iż terminem „roboty budowlane” Zamawiający posługuje się wielokrotnie zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w treści Specyfikacji. Protestujący wywiódł z powyższego wniosek, że przedmiotowe zamówienie nie polega na świadczeniu jednolitym i nie może być w tym przypadku zastosowana jednolita stawka VAT. Protestujący podkreślił, iż zlecane przez Zamawiającego roboty budowlane obejmują nie tylko prace bezpośrednio związane z instalacją rezonansu, ale obejmują również wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji szeregu pomieszczeń w obiekcie budowlanym, w którym ma być uruchomiona Pracownia Rezonansu Magnetycznego.

Stwierdził ponadto, iż o jednolitości świadczenia można mówić tylko wtedy, gdy dane usługi czy dostawy są konieczne, niezbędne dla zrealizowania świadczenia głównego. Nie można zatem tej kwalifikacji odnosić do wszystkich czynności związanych choć pośrednio ze

świadczeniem głównym. Niezbędne usługi czy dostawy to tylko te, bez których zrealizowanie świadczenia głównego byłoby niemożliwe. W doktrynie, w tym również w przywoływanym przez Zamawiającego wyroku ETS -C 41/04 wskazuje się, że aby mówić o jednolitości świadczenia powiązanie dwóch lub więcej świadczeń (czynności) musi być tak silne, aby tworzyły one obiektywnie w aspekcie gospodarczym jedną całość i gdy ich rozdzielenie miałyby sztuczny charakter. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie obejmuje przedmiotem zamówienia wyłącznie prac związanych z montażem rezonansu, ale także szereg prac, które mają na celu m. in. jedynie odnowienie pomieszczeń, podniesienie ich standardu i nie są ściśle związane z zakupem urządzenia. Dodatkowo, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Protestujący będzie korzystał z usług firmy pełniącej rolę koordynatora i nadzorującego prace związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Nie są to zatem usługi warunkujące realizację przedmiotu zamówienia. Podkreślił także, że stawki preferencyjne stanowią odstępstwo od reguły obowiązywania stawki VAT w wysokości 22% i nie jest dopuszczalne stosowanie wykładni rozszerzającej w celu „wyinterpretowania” istnienia stawki preferencyjnej tam, gdzie ustawodawca jej nie przewidział.

Z uwagi na powyższe Protestujący stwierdził, że przyjęta przez Siemens Sp. z o.o. stawka 7% VAT dla wykonania robót budowlanych w zakresie prac adaptacyjnych oraz dla prac projektowych nie może być uznana za prawidłową, co skutkuje istnieniem w tej ofercie błędów w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Protestujący wywiódł, iż Zamawiający naruszył zasadę jawności nie informując na swojej stronie internetowej o wyniku postępowania.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- powtórzenie czynności w zakresie badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty Siemens Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej,
- umieszczenie informacji o wyborze oferty Protestującego jako najkorzystniejszej na stronie internetowej Zamawiającego wraz z dokonaniem stosowanych ogłoszeń.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili w dniu 9 lutego 2009 r. Wykonawcy Siemens Sp. z o.o. i GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 lutego 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż po dokonaniu ponownej oceny zebranego materiału, w tym treści zgłoszonych przystąpień, podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Protestującego oraz decyzję o wyborze oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Wskazał również na niekonsekwencję Protestującego w żądaniu odrzucenia tylko oferty Siemens Sp. z o.o. zawierającej błąd w obliczeniu ceny, przy braku żądania odrzucenia jako takiej oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.

Jednocześnie Zamawiający przyznał, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została zamieszczona na jego stronie internetowej z opóźnieniem. Jednakże, w jego ocenie, powyższe nie miało wpływu na postępowanie, bowiem wszyscy Wykonawcy otrzymali ww. informację niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślił przy tym, że informacja ta została w terminie zamieszczona na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o., który wniósł w dniu 23 lutego 2009 r. odwołanie podtrzymując w pełni zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o.,
- powtórzenia czynności w zakresie badania i oceny ofert,
- odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- wyboru oferty Philips Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przestąpienie zgłosił pismem z dnia 4 marca 2009 r. Wykonawca Siemens Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 4 922 797,03 zł, co stanowi równowartość 1 269 711,13 euro.

W postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców. Ranking wszystkich złożonych ofert pod względem zaoferowanych cen kształtuje się następująco:

Philips Polska Sp. z o.o. – 5 290 726,00 zł,

GE Medical Systems Polska Sp. Z o.o. – 5 456 710,31 zł,

Siemens Sp. z o.o. – 5 727 172,81 zł.

W formularzu cenowym przedmiot zamówienia został rozbitý przez Zamawiającego na cztery zadania:

1. rezonans magnetyczny z wyposażeniem, spełniający wymagania określone w załączniku nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. dodatkowe wyposażenie pracowni, zgodnie z załącznikiem nr 4A do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
3. opracowanie dokumentacji technicznej (w branży budowlanej i w branżach instalacyjnych) Pracowni Rezonansu Magnetycznego (cena ryczałtowa),
4. adaptacyjne roboty budowlane Pracowni Rezonansu Magnetycznego (cena ryczałtowa).

Żaden z Wykonawców nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, oferty dwóch Wykonawców zostały odrzucone.

Kryterium oceny ofert stanowiły:

Cena – 62%,

Jakość – parametry techniczno – użytkowe – 35%,

Okres gwarancji – 3%.

Każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu obliczył cenę stosując różne stawki VAT:

- Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. – stawkę 7% dla pozycji nr 1, 2 i 4 oraz stawkę 22% dla pozycji nr 2, 3 i 4 formularza cenowego,

- Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. – stawkę 7% dla pozycji nr 1 i 2 oraz stawkę 22% dla pozycji 2, 3 i 4 formularza cenowego,

- Wykonawca Siemens Sp. z o.o. – stawkę 7% dla wszystkich pozycji formularza cenowego.



## **W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:**

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż obaj Odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznaniu poddała kwestię prawidłowości zastosowanych przez Wykonawców przy obliczeniu ceny stawek VAT, co stanowi spór między stronami postępowania. Na rozprawie każda ze stron przedstawiła argumenty na poparcie swoich twierdzeń znajdując oparcie w przepisach prawa oraz orzecznictwie sądów polskich i ETS.

Zgodnie z art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług stawkę VAT ustala się w zależności od przedmiotu wykonywanej usługi, dostawy bądź roboty budowlanej. Co do zasady towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową tj. 22%. Ma ona charakter zasadniczy i powinna być stosowana również w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do wysokości opodatkowania. Skoro stawka 22% VAT ma charakter podstawowy, poza sporem pozostaje to, że wyjątki od tej reguły nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Stawka podstawowa nie będzie miała jednakże zastosowania w sytuacji, gdy w ustawie lub w przepisach wykonawczych określono inną, obniżoną stawkę. Zastosowanie do danej czynności podlegającej opodatkowaniu właściwej stawki VAT następuje *ex lege* – dana czynność opodatkowana jest według konkretnej stawki określonej w ustawie bądź przepisach wykonawczych niezależnie od tego, jaką stawkę zastosował podatnik. Niemniej jednak to do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do danej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku (art. 106 ustawy o podatku od towarów i usług). Kształtuje to stosunek zobowiązaniowy, o którym mowa w art. 5 ustawy Ordynacja podatkowa. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Zatem to wystawca, a nie odbiorca faktury decyduje o wysokości stawki i ponosi tego konsekwencje. Organem uprawnionym do kontroli decyzji podatnika w ww. zakresie jest, zgodnie z art. 281 § 1 ustawy ordynacja podatkowa, organ podatkowy pierwszej instancji. Z kolei uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego jest, zgodnie z art. 14a ustawy ordynacja podatkowa, Minister Finansów. Wobec powyższego, nie ma podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego wskazanych w ofertach stawek VAT. Zamawiający zobowiązany jest zatem przyjąć oferty bez względu na wysokość zastosowanych do obliczenia ceny stawek. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał w Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia, która stawka, w jego ocenie, jest właściwa. W sytuacji, gdyby taki zapis znalazł się w treści Specyfikacji, Wykonawcy już na tym etapie postępowania mieliby możliwość jej weryfikacji. Brak weryfikacji przez Zamawiającego zastosowanych do obliczenia zaoferowanych cen stawek VAT nie może przy tym prowadzić do „manipulacji” wysokością stosowanej stawki w celu obniżenia ceny oferty – jak wskazano powyżej, każdy podatnik ponosi odpowiedzialność za podjęte decyzje w tym przedmiocie. Ponadto, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zastosowanie niższej stawki VAT nie musi stanowić o zaoferowaniu niższej ceny. Wobec powyższego, za ambiwalentne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała przywołane przez Odwołującego GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.: Załącznik nr 1 do protestu, interpretację indywidualną Ministra Finansów z dnia 21 sierpnia 2008 r., wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej złożony przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., a także interpretację indywidualną Ministra Finansów z dnia 27 marca 2008 r. złożoną przez Siemens Sp. z o.o., opinię prawnopodatkową z dnia 16 stycznia 2009 r. uzyskaną przez Siemens Sp. z o.o., ujawnioną na rozprawie, rysunek obrazujący rozmieszczenie pomieszczeń w siedzibie Zamawiającego, jak również złożone przez Philips Polska Sp. z o.o. kopie: oferty Siemens Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu na dostawę angiografu z montażem i remontem pomieszczeń (strona tytułowa oraz strony 1, 2 i 28 oferty), pisma Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu z dnia 25 lutego 2008 r., wykaz wykonawców uczestniczących w przetargu na dostawę ww. urządzenia oraz streszczenie oceny i porównania złożonych ofert (ZP 21). Z uwagi na powyższe, odrzucenie przez Zamawiającego ofert GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. i Philips Polska Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wobec oferty Siemens Sp. z o.o. dotyczącego treści Załącznika nr 4 pkt I.12. Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający postawił w ww. punkcie Załącznika nr 4 wymaganie wskazania przez Wykonawców maksymalnego zużycia helu przez okres 1 roku (w litrach). Siemens Sp. z o.o. w kolumnie 4 tabeli „Wartość oferowana” wskazała „0,0 litrów, dla typowej pracy klinicznej, MAGNETOM Avanto A Tim System, str. 32”. Jednocześnie Wykonawca ten określił, iż „Serwisowe konserwacje głowicy chłodzącej zalecane przez producenta co ok. 2 lata mogą spowodować pewne ubytki He i, na przestrzeni 10 lat, hipotetycznego czasu eksploatacji aparatu, może okazać się niezbędne jednorazowe uzupełnienie He. Jeżeli nastąpi taka potrzeba, to, bez względu na dokładny, rzeczywisty ubytek, standardowo wykorzystuje się 1 zbiornik uzupełniający à 500 litrów He. Średnia roczna dla takiej sytuacji to 50 litrów na rok”. Powyższe zostało potwierdzone na stronie 31 Załącznika nr 19 do oferty. W ocenie Izby, fragment o ubytku helu w sytuacji awarii/naprawy sprzętu nie przeczy oświadczeniu o braku strat helu w ciągu roku z uwagi na fakt, iż dotyczy sytuacji wyjątkowych, nie dających się przewidzieć. Oświadczeniu złożonemu

przez Przystępującego nie przeczy także użyte sformułowanie „dla typowej pracy klinicznej”. Izba dała wiarę w tym zakresie oświadczeniu Przystępującego, iż powyższe określenie oznacza „pracy nie serwisowej”. Takie rozumienie ww. sformułowania potwierdza Załącznik nr 19 do oferty, str. 31.

W ocenie Izby, potwierdzenie znalazł zarzut podniesiony przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wobec oferty Philips Polska Sp. z o.o. dotyczący pkt II.3. Załącznika nr 4 do Specyfikacji. W punkcie tym Zamawiający postawił wymaganie: „Max Slew Rate dla amplitudy zdefiniowanej w pkt II.2.” stawiając jednocześnie wymaganie graniczne: „ $\geq 120$  mT/m/ms, podać wartość w mT/m/ms”. Z treści Załącznika nr 1 do oferty, pkt 5 „Zespół pola gradientowego Nova Dual HP” wynika, iż zaoferowany przez Philips Polska Sp. z o.o. system umożliwia pracę w jednym z dwóch trybów:

Tryb 1 - amplituda 33 mT/m i Slew Rate 180 mT/m/ms przy maks. polu widzenia,

Tryb 2 - amplituda 66 mT/m, kiedy Slew Rate wynosi 90 mT/m/ms przy maks. polu widzenia.

W pkt II.2. Załącznika nr 4 do Specyfikacji Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała amplitudę 66 mT/m. Wobec ww. treści Załącznika nr 1 do oferty, Slew Rate dla amplitudy 66 mT/m wynosi 90 mT/m/ms. Zdaniem Izby, z uwagi na niezgodność oświadczenia złożonego w pkt II.2. Załącznika nr 4 do Specyfikacji z pkt II.3. ww. Załącznika, Zamawiający zobowiązany był zwrócić się o wyjaśnienie powyższej sprzeczności do Philips Polska Sp. z o.o. Zamawiający uczynił powyższe w dniu 9 lutego 2009 r. na skutek protestu złożonego przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Pismem z dnia 10 lutego 2009 r. Philips Polska Sp. z o.o. wyjaśnił, iż oferowany jest tryb 33/180. Z uwagi na sprzeczność w ofercie w tym zakresie, biorąc pod uwagę złożone przez Philips Polska Sp. z o.o. wyjaśnienia w tym zakresie, Izba stwierdziła, iż spełnienie powyższego wymagania mogło zostać wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Potwierdził się również zarzut dotyczący pkt IV.6. Załącznika nr 4 do Specyfikacji. Philips Polska Sp. z o.o. zaoferowała cewkę SENSE Torso XL Coil posiadającą 8 elementów pomiarowych. Z informacji zawartych na stronie 115 oferty (tłumaczenie strony 114) wynika, iż cewka ta jest 16 – elementową cewką do badania tułowia, składającą się z 8 – elementowej przedniej cewki i 8 – elementowej tylnej cewki o pokryciu anatomicznym 50 cm. Elastyczność cewki pozwala na badanie innych obszarów organizmu, np. klatki piersiowej, serca, wykonywanie angiografii podudzi i badania kości długich. Powyższe nie potwierdza zgodności zaoferowanej cewki z wymaganiem Zamawiającego, które brzmi: Wielokanałowa cewka typu array dedykowana do badań serca lub kombinacja cewek typu array do badania serca posiadająca min. 8 elementów pomiarowych i min. 8 kanałów pomiarowych obrazujących jednocześnie, pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT,

ASSET – zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu i pokrywająca obszar max 30 cm w osi wzdłuż pacjenta”.

Kolejne zarzuty dotyczyły pkt V.12. i V.13. Załącznika nr 4 do Specyfikacji. W pkt V.12. Zamawiający wymagał oświadczenia o posiadaniu bądź nie przez dostarczone urządzenie odłączanego, w pełni autonomicznego łóżka pacjenta. Z kolei w pkt V.13. postawił wymóg dodatkowego, odłączanego, w pełni autonomicznego łóżka pacjenta lub wózka antymagnetycznego do przewozu pacjentów w pozycji leżącej. Philips Polska Sp. z o.o. w kolumnie czwartej tabeli (Załącznik nr 4 do Specyfikacji) w pkt V.12. wpisała „Tak”, przywołując przy tym stronę 12 Załącznika nr 1 do oferty, w pkt V.13. natomiast „Tak, łóżko w pełni autonomiczne” przywołując również stronę 12 Załącznika nr 1 do oferty. Z tłumaczenia ww. strony 12 wynika, iż Wykonawca ten oferuje „Zdejmowany blat stołu z opcjonalnym wózkiem”. Jak wyjaśnił na rozprawie Odwołujący GE Medical System Polska Sp. z o.o., różnica pomiędzy autonomicznym łóżkiem a zdejmowanym blatem stołu i wózkiem polega na tym, że zdejmowany blat stołu z wózkiem nie umożliwia ewakuacji pacjenta w każdej sytuacji, m.in. w sytuacji, gdy zabraknie zasilania rezonansu w trakcie badania – bez zasilania niemożliwe będzie opuszczenie blatu na wózek. Zamawiający zarówno w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie nie potrafił wytłumaczyć sprzeczności oświadczenia Wykonawcy zawartego w Załączniku nr 4 do Specyfikacji i na stronie 12 Załącznika nr 1 do oferty. Wobec powyższego, Izba uznała ww. zarzuty za zasadne.

W pkt VI.1.4.2. Załącznika nr 4 do Specyfikacji Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za zaoferowanie techniki redukcji artefaktów ruchowych w głowie, szyi i kończynach występujących w różnych kierunkach bazującej na sekwencjach T1, T2, PD i FLAIR (BLADE lub odpowiednio do nomenklatury producenta). Philips Polska Sp. z o.o. oświadczyła, iż oferuje taką technikę i skonkretyzowała, iż oferuje Scan Tools Pro opcja MultiVane. Wskazała również, że dokument potwierdzający ten parametr znajduje się na stronie 21 Załącznika nr 2 do oferty. W miejscu wskazanym przez Philips Polska Sp. z o.o. znajduje się opis funkcji MultiVane, zgodnie z którym zapewnia ona „korekcję ruchu w wieloimpulsowych technikach TSE (T1, T2, IR-real, FLAIR) poprzez użycie kodowania radialnego i wybiórcze wykorzystanie wierszy zgromadzonych danych na podstawie kryteriów ruchu”. Powyższe świadczy o braku potwierdzenia oświadczenia złożonego przez ww. Wykonawcę w załączonych do oferty dokumentach.

Funkcja Multivane została zaoferowana przez Philips Polska Sp. z o.o. również w pkt VI.1.4.3 Załącznika nr 4 do Specyfikacji, gdzie Zamawiający wymagał oświadczenia o zaoferowaniu parametru „redukcja artefaktów przy badaniu DWI przy pomocy algorytmu Propeller lub odpowiednio do nomenklatury producenta”. Parametr ten nie został potwierdzony w opisie funkcji MultiVane opisanej na przywołanej przez Wykonawcę stronie 21 Załącznika nr 2 do Specyfikacji.

Załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają spełnienia również innego parametru – parametru określonego w pkt VI.6.2.3 „Skanowanie eliptyczne przy CSI”. Jak wskazał Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. w Załączniku nr 4 do Specyfikacji, potwierdzenie spełnienia ww. parametru powinno znaleźć się w Załączniku nr 13 do oferty, strona 2. Izba nie znalazła takiego potwierdzenia. Również Zamawiający nie potrafił na rozprawie stwierdzić czy potwierdzenie spełnienia ww. parametru znajduje się w Załączniku nr 13 do oferty.

Zgodnie z oświadczeniem Philips Polska Sp. z o.o., na stronie 9 Załącznika nr 1 do oferty znajduje się potwierdzenie spełniania parametru określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do Specyfikacji pkt VI.7.4. „Technika autokalibracji dla algorytmów SENSE, niewymagająca wykonywania oddzielnego pomiaru – skanu, w procesie kalibracji czułości cewek”. Izba nie znalazła takiego potwierdzenia. Również Zamawiający nie potrafił wskazać stosownego fragmentu ww. Załącznika nr 1 do oferty.

Kolejny parametr, który w ocenie Odwołującego GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. nie znajduje potwierdzenia w dokumentach załączonych do oferty Philips Polska Sp. z o.o., to parametr określony przez Zamawiającego w pkt VII.7. Załącznika nr 4 do Specyfikacji o treści „Pakiet oprogramowania pozwalający na uzyskanie podczas jednej akwizycji obrazów typu In-phase, out-of-phase, water-only, fat-only. Zgodnie z oświadczeniem Philips Polska Sp. z o.o., parametr ten powinien zostać potwierdzony w Załączniku nr 2 do oferty na stronach 4, 16 i 20. W ocenie Izby, przywołane przez Philips Polska Sp. z o.o. strony nie zawierają potwierdzenia zaoferowania przez ww. Wykonawcę oprogramowania pozwalającego na uzyskanie podczas jednej akwizycji czterech obrazów.

Odwołujący GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. stawiając ww. merytoryczne zarzuty wobec oferty Philips Polska Sp. z o.o. wskazywał na treść oferty i załączonych do niej przez samego Wykonawcę Philips Polska Sp. z o.o. dokumentów. Zamawiający na rozprawie nie potrafił wskazać na czym, oprócz ogólnych informacji Philips Polska Sp. z o.o. zawartych w piśmie z dnia 10 lutego 2009 r., opiera swe twierdzenia o zgodności oferty z treścią Specyfikacji. Z kolei Philips Polska Sp. z o.o. nie zgłosiła przestąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia protestu przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Tymczasem zgodnie z pkt V ppkt 17 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli złożyć m.in. dokumenty potwierdzające zaoferowane parametry techniczno – użytkowe, które podlegają ocenie. Z uwagi na fakt, iż Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. udzielił już w piśmie z dnia 10 lutego 2009 r. wyjaśnień w zakresie wszystkich ww. parametrów, nie jest możliwe ponowne zwrócenie się przez Zamawiającego do ww. Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty. Jednakże z uwagi na fakt, iż złożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają zaoferowanych w Załączniku nr 4 do Specyfikacji parametrów

uznać należy, zgodnie z ustaloną linią orzecniczą, że Wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez Zamawiającego. Możliwe jest zatem wezwanie Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów. Tym samym Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia Philips Polska Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na udostępnienie stronom na rozprawie przez Siemens Sp. z o.o. treści opinii prawnopodatkowej przekazanej Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 16 stycznia 2009 r., Izba bez rozpoznania pozostawiła podniesiony przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. zarzut naruszenia art. 8 i 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, co zostało przyznane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez Philips Polska Sp. z o.o., informacja o wynikach oceny ofert została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego z opóźnieniem. Powyższe stanowi naruszenie art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma jednak wpływu na wynik postępowania. Naruszenie to nie stanowi także rażącego naruszenia ustawy Pzp tym bardziej, że wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu otrzymali informację o wynikach oceny ofert, co wynika z dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze fakt, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 92 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami Odwołujących Izba obciążyła Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....