

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Erbud S.A., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) NDI Spółka Akcyjna (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszających przystąpienie do odwoławczego po stronie postępowania zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Erbud S.A., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Erbud S.A., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Erbud S.A., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Bloku Operacyjnego dla SPSK nr 7 SUM w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca - Zadanie 1”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 05.05.2015 r. pod numerem 2015/S 086-154434.

Odwołujący ERBUD S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie

biorących udział w postępowaniu: NDI S.A., NDI Sp. z o.o., zaniechaniu czynności należytego badania i oceny ofert złożonych przez Konsorcjum NDI i przez Odwołującego, w tym: zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum NDI z uwagi na nie złożenie listy podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum NDI jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zaniechaniu wezwania do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy NDI Sp. z o.o., zaniechaniu wezwania Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazu osób, bezpodstawnego poprawienia treści oferty Konsorcjum NDI, zaniechaniu wyjaśnienia parametrów zestawów lamp jako zestaw lamp na salę operacyjną ortopedyczną - lampy operacyjne Nexus OL-01 oraz OL-02; jako zestaw lamp operacyjnych na salę operacyjną ortopedyczną, chirurgiczną, laryngologiczną, chirurgiczną, chirurgiczną - lampy operacyjne Infimed Nexus OL-01 oraz OL-02, skoro Konsorcjum NDI zaoferowało te same lampy co Odwołujący, a mimo to została przyznana tym wykonawcom różna liczba punktów za parametry zaoferowanego sprzętu, tj. odtworzenie barwy światła słonecznego, zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, poprzez poprawienie omyłkowo podanego parametru Ra (95 zamiast 96) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-2 względnie poprawienie ww. omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zaniechaniu przyznania takiej samej ilości punktów ofercie Konsorcjum NDI i Odwołującego, tj. zaniechanie przyznania

3

Odwołującemu 30 punktów według kryterium jakości. Z ostrożności procesowej, w razie uznania, że omyłka w ofercie Odwołującego nie stanowi ani oczywistej omyłki pisarskiej nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, ani tzw. innej omyłki nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, odwołanie wniesiono również wobec zaniechania przyznania takiej samej ilości punktów ofercie Konsorcjum NDI i Odwołującego, poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum NDI 142 punktów oraz wobec zaniechania poprawienia w ofercie Konsorcjum NDI oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, poprzez poprawienie omyłkowo podanego parametru Ra (96 zamiast 95) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie poprawienie ww. omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 24b ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum NDI z postępowania z uwagi na niezłożenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego prawidłowej listy podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o., naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI jako zawierającej błąd w obliczeniu cen, naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia opinii bankowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (według stanu na dzień nie wcześniejszy niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert), naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy NDI Sp. z o.o. podczas gdy oświadczenie złożone wraz z ofertą zostało podpisane przez osobę do tego nieumocowaną, naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień podczas gdy z treści wykazu osób nie wynika, czy któryś z konsorcjantów dysponuje wskazanymi tam osobami, biorąc pod uwagę, że konsorcjum nie posiada osobowości prawnej w związku z czym nie może zatrudniać pracowników na podstawie umowy o pracę, naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1) Ustawy poprzez bezpodstawne poprawienie treści oferty Konsorcjum NDI podczas gdy Zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do wyjaśnień treści złożonej oferty, naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI i Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie parametru Ra w zestawach lamp z uwagi na akceptowanie sytuacji w które te

poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, tj. zaniechanie poprawienia omyłkowo podanego parametru Ra (95 zamiast 96) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia ww. omyłki jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, naruszenia art 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie przyznania takiej samej ilości punktów ofercie Konsorcjum NDI i Odwołującego, tj. zaniechanie przyznania Odwołującemu 30 punktów według kryterium jakości. Z ostrożności procesowej, w razie wniesienia odwołania przez Konsorcjum BLOCK Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez nie odrzucenie oferty tego wykonawcy oraz naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez bezpodstawne przyznanie ofercie tego wykonawcy 10 punktów za funkcje negatoskopu, mimo nie spełniania wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym: wykluczenie Konsorcjum NDI z uwagi na niezłożenie listy podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o., odrzucenie oferty Konsorcjum NDI jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, wezwanie Konsorcjum NDI do złożenia opinii bankowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (według stanu na dzień nie wcześniejszy niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert) oraz wykluczenie Konsorcjum NDI gdyby wykonawca ten nie uzupełnił wymaganej opinii lub uzupełnił ją w sposób wadliwy, wezwanie Konsorcjum NDI do złożenia oświadczenia wykonawcy NDI Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia tego wykonawcy oraz wykluczenia Konsorcjum NDI gdyby wykonawca ten nie uzupełnił wymaganego oświadczenia lub uzupełnił je w sposób wadliwy, wezwanie Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazu osób i wskazanie, czy któryś z konsorcjantów dysponuje wykazywanym potencjałem, wezwanie Konsorcjum NDI do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w zakresie wskazania jako producenta lamp operacyjnych firmy NEXUS, wezwanie Konsorcjum NDI i Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie parametru Ra w zestawach lamp, poprawienie w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, tj. poprawienie omyłkowo podanego parametru Ra (z 95 na 96) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie poprawienie ww. omyłki jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, ponowne przeliczenie punktacji w kryterium jakości i w konsekwencji przyznanie takiej samej ilości punktów ofercie Konsorcjum NDI i Odwołującego, tj. przyznanie Odwołującemu 30 punktów według kryterium jakości. Z ostrożności procesowej, w razie uznania, że omyłka w ofercie

Odwołującego nie stanowi ani oczywistej omyłki pisarskiej nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, ani tzw. innej omyłki nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprawienie w ofercie Konsorcjum NDI oczywistej omyłki pisarskiej tj. poprawienie omyłkowo podanego parametru Ra (96 zamiast 95) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie poprawienie ww. omyłki jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Wniósł także o dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tj. oferty Odwołującego).

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 24b ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum NDI z postępowania z uwagi na niezłożenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego prawidłowej listy podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że pełnomocnictwo znajdujące się na stronie 25 oferty Konsorcjum NDI nie uprawniało NDI S.A. do podpisywania w imieniu NDI Sp. z o.o. oświadczeń dotyczących jedynie NDI Sp. z o.o., w związku z czym lista podmiotów należących do grupy kapitałowej

NDI Sp. z o.o., która została uzupełniona, na wezwanie Zamawiającego, w dniu 14 lipca 2015 r. zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną.

Z pełnomocnictwa udzielonego NDI S.A. przez NDI Sp. z o.o. (strona 25 i 26 oferty Konsorcjum NDI) wynika, że pełnomocnictwo uprawnia „do występowania w imieniu i na rzecz NDI S.A. oraz NDI Sp. z o.o. jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Nadto w treści pełnomocnictwa znalazło się postanowienie: „NDI S.A. oświadcza, że przyjmuje powyższe umocowanie i zobowiązuje się w jego zakresie do dokonywania czynności jako wspólnie z NDI Sp. z o.o. ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego opisanego na wstępie niniejszego pełnomocnictwa”.

Odwołujący postawił zarzut braku uprawnienia do podpisywania tylko w imieniu NDI Sp. z o.o. listy podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, nie można domniemywać takiego uprawnienia z pkt. 5) pełnomocnictwa ponieważ dotyczy on jedynie potwierdzania za zgodność z oryginałem stosownych oświadczeń. W związku z powyższym pełnomocnictwo udzielone przez NDI S.A. w dniu 23 czerwca 2015 r. P. B. A. nie dawało jej umocowania do podpisywania w imieniu NDI Sp. z o.o. dokumentów składanych samodzielnie przez ten podmiot, w tym listy podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy NDI Sp. z o.o. podczas gdy oświadczenie złożone wraz z ofertą zostało

6

podpisane przez osobę do tego nieumocowaną.

Podobny zarzut Odwołujący sformułował w odniesieniu do złożonego w ofercie Konsorcjum NDI dokumentu oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy NDI Sp. z o.o. W kontekście złożonego w ofercie Konsorcjum NDI pełnomocnictwa, Odwołujący postawił zarzut braku uprawnienia do podpisywania tylko w imieniu NDI Sp. z o.o. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zdaniem Odwołującego, pełnomocnictwo udzielone przez NDI S.A. w dniu 23 czerwca 2015 r. P. B. A. nie dawało jej umocowania do podpisywania w imieniu NDI Sp. z o.o. dokumentów składanych samodzielnie przez ten podmiot, w tym oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art 89 ust 1 pkt 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum NDI w poz. 4.2, 5.2, 6.2, 7.2 oraz 8.2 formularza cenowego dotyczącego przeprowadzenia przeszkolenia personelu zastosowało preferencyjną 8 % stawkę podatku VAT. Zdaniem Odwołującego, podstawową stawką podatku VAT obowiązującą w Polsce na dzień złożenia oferty była stawka podstawowa w wysokości 23%, co wynika z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT oraz art. 29 ust. 1 ustawy o VAT. Stawka VAT 8% jest stawką preferencyjną, mającą zastosowanie wyłącznie we wskazanych w ustawie o VAT przypadkach. W ocenie Odwołującego, usługa przeszkolenia nie stanowi wyrobu medycznego. Tymczasem jedynie wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z 20.5.2010 r. o wyrobach medycznych, dopuszczone do obrotu na terytorium kraju, zostały wymienione w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, jako towary, dla których ustawodawca przewidział ww. preferencyjną stawkę podatku.

Błąd w obliczeniu ceny o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy charakteryzuje się inaczej niż w przypadku omyłki rachunkowej tym, że nie można go poprawić, a zatem powoduje odrzucenie oferty. Zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest traktowane jako błąd w obliczeniu ceny a nie omyłka.

Odwołujący zauważył, że w treści wyjaśnień wykonawca - Konsorcjum NDI wskazywał, że zasadą jest, że każde przeszkolenie personelu przy dostawie wyrobów medycznych jest obłożone preferencyjną stawką podatku VAT, gdyż stanowi świadczenie kompleksowe. W ocenie Odwołującego w polskim prawie podatkowym nie występuje definicja kompleksowego świadczenia, zatem zastosowanie preferencyjnej 8% stawki musi poprzedzić przeanalizowanie dla danego stanu faktycznego i prawnego.

Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum NDI jako zawierająca błędną stawkę VAT podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia opinii bankowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (według stanu na dzień nie wcześniejszy niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert).

Wykonawca Konsorcjum NDI złożył wraz z ofertą opinię bankową wystawioną przez PKO Bank Polski S.A. dla NDI S.A. w dniu 14 kwietnia 2015 r. W treści tego dokumentu wskazano, że opinia bankowa została wystawiona na podstawie dokumentów finansowych sporządzonych na dzień 31 grudnia 2014 r. (strona 85 oferty Konsorcjum NDI).

Zdaniem Odwołującego, opinia bankowa wystawiona na podstawie dokumentów finansowych sporządzonych na dzień 31 grudnia 2014 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 10) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane opinia bankowa załączona do oferty w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił, że ratio *legis* tego przepisu ma na celu potwierdzenie, że nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert wykonawca ma określoną zdolność finansową.

Odwołujący podkreślał, że dokument załączony do oferty, nie potwierdza zdolności kredytowej na dzień 14.04.2015. Na ten dzień bank PKO BP SA nie przeprowadził pełnej oceny zdolności kredytowej, ponieważ nie był w posiadaniu aktualnych dokumentów finansowych spółki NDI SA.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień podczas gdy z treści wykazu osób nie wynika, czy któryś z konsorcjantów dysponuje wskazanymi tam osobami, biorąc pod uwagę, że konsorcjum nie posiada osobowości prawnej w związku z czym nie może zatrudniać pracowników na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący wskazał, że na stronach 80-81 oferty Konsorcjum NDI w kolumnie „podstawa do dysponowania osobami” wskazano jedynie „umowa o pracę” bez uszczegółowienia jednego z konsorcjantów. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający (biorąc pod uwagę, że konsorcjum nie posiada odrębnej osobowości prawnej) powinien był wyjaśnić, który z wykonawców wspólnie biorących udział w postępowaniu zatrudnia bądź dysponuje wykazywanymi

osobami. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum NDI nie wykazało warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1) Ustawy poprzez bezpodstawne poprawienie treści oferty Konsorcjum NDI, podczas gdy Zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do wyjaśnień treści złożonej oferty, bez zastosowania procedury wynikającej z art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zawiadomił Konsorcjum NDI o poprawie oczywistych omyłek pisarskich, w tym o poprawieniu w złożonej ofercie na str. 91 w pozycji PRODUCENT z NEXUS na INFIMED Sp. z o. o.

W opinii Odwołującego powyższa zmiana nie mogła stanowić poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ Zamawiający nie mógł posiadać z urzędu wiedzy na temat producenta zaoferowanego przez Konsorcjum NDI zestawu lamp operacyjnych na salę operacyjną ortopedyczną. Powyższej zmianie brak przymiotu oczywistości, ponieważ zaoferowane lampy mogły zostać wyprodukowane przez inny niż Infimed Sp. z o.o. podmiot.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum NDI do wyjaśnień treści złożonej oferty i dopiero w sytuacji uzyskania odpowiednich informacji, w zależności od ich treści, poprawić oczywistą omyłkę pisarską bądź odrzucić ofertę Konsorcjum NDI jako niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający nie wytłumaczył skąd posiadał wiedzę uprawniającą

go do dokonania poprawienia omyłki, na dzień swojej czynności, a jego działanie wprost dowodzi naruszenia art. 7 Ustawy. Ponadto Zamawiający po dokonaniu poprawy, w jego opinii, oczywistej omyłki pisarskiej, przyznał Konsorcjum NDI w zakresie lampy producenta NEXUS o 4 punktów więcej niż powinien, zakładając, że zestaw lamp operacyjnych, o których mowa na stronie 91 oferty Konsorcjum NDI został wyprodukowany przez Infimed Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI i Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie parametru Ra w zestawach lamp z uwagi na akceptowanie sytuacji w której te same lampy mają w ofertach tych wykonawców wpisane różne parametry Ra, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, tj. zaniechanie poprawienia omyłkowo podanego parametru Ra (95 zamiast 96) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie naruszenia art. 7 ust 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia ww. omyłki jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1

9

Ustawy w zw. z naruszeniem art. 91 ust 1 Ustawy poprzez zaniechanie przyznania takiej samej ilości punktów ofercie Konsorcjum NDI i Odwołującego, tj. zaniechanie przyznania Odwołującemu 30 punktów według kryterium jakości.

Konsorcjum NDI oraz Odwołujący w treści ofert (w zestawieniu parametrów technicznych i funkcjonalnych) zaoferowali: jako zestaw lamp na salę operacyjną ortopedyczną lampy operacyjne Nexus OL-01 oraz OL-02 (strony 91-95 oferty Konsorcjum NDI) i (strony 33 - 38 oferty Odwołującego), jako zestaw lamp operacyjnych na salę operacyjną ortopedyczną, chirurgiczną, laryngologiczną, chirurgiczną, chirurgiczną lampy operacyjne Infimed Nexus OL-01 oraz OL-02 (strony 96-100 oferty Konsorcjum NDI) i (strony 39 - 43 oferty Odwołującego).

Parametry oferowanych sprzętów były odpowiednio punktowane przez Zamawiającego: 1 punkt otrzyma wykonawca za odtworzenie barwy światła słonecznego Ra >95 i <96, oraz 5 punktów za Ra >96.

W poz. 5 tabeli na stronie 92 oferty Konsorcjum NDI - odtworzenie barwy światła słonecznego oraz w poz. 5 tabeli na stronie 97 oferty Konsorcjum NDI - odtworzenie barwy światła słonecznego w kolumnie parametry oferowane, Konsorcjum NDI wskazało na odtworzenie barwy światła słonecznego Ra: 96. Zgodnie z punktacją taki parametr powinien otrzymać 5 punktów.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na bierność Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, zwrócił się o wyjaśnienie do producenta w przedmiotowym zakresie i otrzymał informację, że w sposób indywidualny można uzyskać na lampach o takiej konfiguracji parametr Ra=96. W treści odwołania Odwołujący przyznał, że wcześniej producent nie poinformował Odwołującego o takiej możliwości. Jak wskazał Odwołujący, w rezultacie w ofercie popełniona została oczywista omyłka pisarska, polegająca na omyłkowym wskazaniu parametru Ra jako 95, podczas gdy w rzeczywistości parametr ten wynosi 96.

Odwołujący podniósł także okoliczność, że Zamawiającego z niewytłumaczalnych powodów nie zainteresowało to, że wykonawcy oferujący ten sam sprzęt w kryterium wskazali dla niego różną wysokość parametru Ra i nie wezwał żadnego z nich do wyjaśnienia tej okoliczności, w konsekwencji przyznał różną ilość punktów. Na etapie badania ofert nie próbował także wyjaśniać tej kwestii z producentem, godząc się na nierówne potraktowanie wykonawców w przyznanej punktacji.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego jest niewytłumaczalne, bowiem w ramach obliczania punktacji w kryterium jakości za taki sam sprzęt przyznał Konsorcjum NDI oraz Odwołującemu różną ilość punktów. W wyniku działań Zamawiającego Konsorcjum NDI uzyskało o 8 punktów więcej niż Odwołujący za parametr odtworzenie barwy światła słonecznego, co przełożyło się na 2 punkty więcej w ramach kryterium jakości. W tym

10

zakresie Zamawiający powinien przynajmniej zwrócić się do Konsorcjum NDI i Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, o wyjaśnienie treści oferty (zdaniem Odwołującego jedynie wiarygodne byłoby zadanie pytania producentowi lamp), a następnie stosownie skorygować treść ofert.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia ww. omyłki w ofercie Odwołującego jako innej i omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, Odwołujący wyjaśnił, że niezgodność ta polega na podaniu w ofercie parametru Ra niezgodnie z rzeczywistością, jeśli producent

potwierdziłby Zamawiającemu że parametr ten faktycznie wynosi $Ra=96$. Jest oczywiste, że w Zestawieniu parametrów technicznych i funkcjonalnych, sporządzonym według wzoru stanowiący Załącznik 13 do SIWZ, należało podać rzeczywiste parametry oferowanego sprzętu, w tym rzeczywistą wielkość parametru Ra. Podanie parametrów innych niż rzeczywiste stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący argumentował, że ponieważ parametr Ra w przypadku zestawów lamp zaoferowanych przez Odwołującego wynosi w rzeczywistości 96 (kierując się treścią oferty Konsorcjum NDI), a nie jak podano w ofercie 95, to w tym zakresie i z tego względu oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem została sporządzana niezgodnie z nakazami SIWZ w zakresie podania rzeczywistego parametru. Powyższa niezgodność nadaje się do usunięcia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, gdyż jej poprawienie nie spowoduje nie tylko istotnych ale wręcz żadnych zmian w treści oferty Odwołującego. Treść oferty będzie odpowiadać intencjom Odwołującego, który tak samo jak Konsorcjum NDI chciał zaoferować Zamawiającemu zestawy lamp o parametrze Ra 96.

Daniem Odwołującego, obaj konkurencyjni wykonawcy powinni uzyskać taką samą ilość punktów i żadne dodatkowe zabiegi Konsorcjum NDI lub producenta, nie mogą wpływać na zamawiającego, który obowiązany jest do niedyskryminacyjnego prowadzenia postępowania i wyjaśnienia absolutnie wszystkich wątpliwości, tak aby doprowadzić do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie przyznania takiej samej ilości punktów ofercie Konsorcjum NDI i Odwołującego, tj. zaniechanie przyznania ofercie Konsorcjum ND1112 punktów oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust 2 pkt 1 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Konsorcjum NDI oczywistej omyłki pisarskiej, tj. zaniechanie poprawienia omyłkowo podanego parametru Ra (96 zamiast 95) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie

11

poprawienia ww. omyłki jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że powyższy zarzut stawia z ostrożności procesowej, tj. wyłącznie na wypadek uznania, że omyłka w ofercie Odwołującego nie stanowi ani oczywistej omyłki pisarskiej nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, ani tzw. innej omyłki nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

W ocenie Odwołującego nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji jest sytuacja, w której Zamawiający w kryterium jakości w ramach oceny parametru odtworzenie barwy światła słonecznego, przyznaje różną ilość punktów wykonawcom, którzy zaoferowali dokładnie ten sam zestaw lamp. Jeżeli przyjąć nawet, że nie jest możliwe poprawienie oferty Odwołującego w żaden przewidziany ustawą sposób i że Zamawiający do oceny oferty Odwołującego powinien przyjąć omyłkowo podany parametr Ra w wysokości 95, to taką samą wysokość parametru Ra Zamawiający winien przyjąć w przypadku oferty Konsorcjum NDI.

Odwołujący wskazał także, że „gdyby wskutek złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum NDI okazało się, że na etapie przygotowania ofert Konsorcjum NDI nie zwróciło się do producenta z prośbą o wyjaśnienie możliwości podwyższenia parametru Ra i nie uzyskało zapewnienia, że parametr ten zostanie podwyższony, Zamawiający winien poprawić w ofercie Konsorcjum NDI oczywistą omyłkę pisarską, tj. omyłkowo podany parametr Ra (96 zamiast 95) dla lamp operacyjnych Nexus OL-01 oraz OL-02, względnie poprawić ww.

omyłkę jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Jest bowiem oczywiste, że bez stosownego zapewnienia ze strony producenta Konsorcjum NDI nie mogło wskazać w swojej ofercie, że oferuje ww. lampy o parametrze Ra 96, a jeżeli tak uczyniło, to oświadczenie to należy odpowiednio skorygować i do oceny ofert przyjąć parametr Ra w wysokości faktycznie zaoferowanej przez Konsorcjum NDI, tj. 95.”

Odwołujący sformułował także w treści odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez bezpodstawne przyznanie ofercie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Block sp. z o.o. i Block a.s. 10 punktów za funkcje negatoskopu, mimo nie spełniania wymagań Zamawiającego. W piśmie procesowym wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej przed otwarciem posiedzenia i rozprawy Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty odwołania dotyczące oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BLOCK Block sp. z o.o. i Block a.s..

12

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 24b ust. 3 PZP (lista podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o.) i zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 3 PZP (oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia NDI Sp. z o.o.)

Izba ustaliła, że Wykonawca Konsorcjum NDI na stronie 25 oferty załączył pełnomocnictwo z dnia 22 czerwca 2015 r. udzielone NDI SA przez NDI Sp. z o.o. Jest to pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 ust. 2 PZP. Z treści pełnomocnictwa wynika, że umocowuje ono „do występowania w imieniu i na rzecz NDI S.A. oraz NDI Sp. z o.o. jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w stosunku do Zamawiającego oraz w stosunku do wszelkich osób trzecich w ramach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację Projektu”.

Zgodnie z treścią pełnomocnictwa, NDI SA jest umocowana do „podpisania i złożenia Zamawiającemu w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia oferty oraz wszelkich dokumentów, formularzy i oświadczeń niezbędnych do sporządzenia i złożenia Zamawiającemu ww. oferty na wykonanie Projektu w tym oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Skoro pełnomocnik Konsorcjum NDI uprawniony był do złożenia w imieniu i na rzecz każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wszelkich dokumentów, formularzy i oświadczeń niezbędnych do złożenia oferty w postępowaniu, to pełnomocnik posiadał prawidłowe umocowanie, w zakresie którego uprawniony był do złożenia w imieniu konsorcjanta -spółki NDI Sp. z o.o. listy podmiotów należących do tej

13

samej grupy kapitałowej. Należy także zwrócić uwagę, że zakres czynności wskazanych w dalszej treści pełnomocnictwa stanowi katalog otwarty, o czym świadczy sformułowanie „w szczególności”.

Wbrew zatem twierdzeniu Odwołującego, przedmiotowe pełnomocnictwo uprawniało NDI

S.A. do podpisywania w imieniu NDI Sp. z o.o. oświadczeń dotyczących również tylko NDI Sp. z o.o., w związku z czym nie można zgodzić się z argumentem Odwołującego, że lista podmiotów należących do grupy kapitałowej NDI Sp. z o.o., która została uzupełniona na wezwanie Zamawiającego, została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Należy więc uznać, że Zamawiający nie był zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum NDI, z powodu nieprawidłowego złożenia w imieniu wykonawcy NDI Sp. z o.o. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Z treści pełnomocnictwa wynika, że firma NDI SA jest umocowana do „podpisania i złożenia Zamawiającemu w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia oferty oraz wszelkich dokumentów, formularzy i oświadczeń niezbędnych do sporządzenia i złożenia Zamawiającemu ww. oferty na wykonanie Projektu, w tym oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że także pełnomocnictwo dla Pani B. A. udzielone przez NDI SA w imieniu NDI SA i NDI Sp. z o.o. umocowuje do „składania i podpisywania w imieniu i na rzecz NDI SA i NDI Sp. z o.o. oświadczeń, w tym oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Powyższe oznacza, że –wbrew twierdzeniom Odwołującego - NDI SA oraz Pani B. A. byli umocowani do podpisania tylko w imieniu NDI sp. z o.o. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Wynika to bowiem wprost z treści pełnomocnictw.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP

Przedmiotem zamówienia jest budowa bloku operacyjnego (roboty budowlane) oraz dostawa wyposażenia medycznego. Zamawiający wymagał, aby wykonawca przeszkolił personel Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyposażenia medycznego będącego przedmiotem dostawy. W pkt 3.2 SIWZ Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie nazwy i kodów wg Wspólnego Słownika Zamówień, nie wskazał nazw i kodów dotyczących usług szkoleniowych.

W pkt. 2.2, 3.2, 4.2, 5.2, 6.2, 7.2 formularza cenowego stanowiącego Załącznik 2b do SIWZ Zamawiający wymagał określenia ceny za szkolenie personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych: zestawu lamp operacyjnych, kolumny anesteziologicznej, kolumny chirurgicznej, kolumny na salę wybudzeń, aparatu do znieczulania.

14

Przedmiotem sporu w tej części odwołania jest kwestia czy wykonawca, tj. Konsorcjum NDI, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, w sposób prawidłowy zastosował do usług szkolenia personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych objętych dostawą, stawkę preferencyjną podatku VAT 8%, zamiast stawki 23%, która zdaniem Odwołującego powinna zostać zastosowana w odniesieniu do tej usługi.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ, jaką stawką podatku od towarów i usług (VAT) należy opodatkować roboty budowlane oraz dostawy wyrobów medycznych wraz ze szkoleniami w zakresie obsługi i użytkowania tych wyrobów.

Zamawiający dokonał wyboru oferty, w której stawka podatku VAT w odniesieniu do usług szkolenia personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych została określona w wysokości 8%, uznając, iż zastosowanie stawki preferencyjnej dla usługi pomocniczej - szkoleniowej w stosunku do świadczenia głównego, tj. dostawy wyrobów medycznych, objęte jest stawką preferencyjną 8%.

Zamawiający ocenił, że dostawę wyrobów medycznych wraz ze szkoleniem w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych objętych dostawą, należy uznać za świadczenie kompleksowe (złożone), do którego należy zastosować jednolitą stawkę podatku VAT, właściwą dla świadczenia głównego, tj. dostawy wyrobów medycznych.

Zamawiający podkreślił także okoliczność, że nawet zastosowanie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, stawki podstawowej zamiast preferencyjnej stawki 8% dla usługi szkoleniowej w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych objętych dostawą, nie wpłynęłoby na ranking oceny ofert w niniejszym postępowaniu i oferta Konsorcjum NDI w dalszym ciągu byłaby najkorzystniejsza.

W ocenie Izby, podnoszony przez Odwołującego zarzut nieprawidłowej oceny

Zamawiającego w tym zakresie jest bezzasadny.

Należy podkreślić, że żadne przepisy, w tym przepisy prawa polskiego, nie zawierają definicji świadczenia złożonego. W szczególności brak jest takiej definicji na gruncie przepisów prawa podatkowego. Brak również szczególnych uregulowań dotyczących przesłanek uznawania danego zespołu świadczeń za świadczenie złożone. Ocena, w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy traktować jako świadczenia jednolite, kształtowana jest na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz polskich sądów administracyjnych, przy czym zastrzec należy, że i tak każdorazowo rozstrzygnięcie w tym przedmiocie musi uwzględniać specyfikę konkretnego stanu faktycznego w danej sprawie.

Świadczenie ma charakter kompleksowy (złożony z kilku lub więcej różnych czynności, które łącznie składają się na jedną całość), jeżeli z ekonomicznego punktu widzenia oraz z

15

perspektywy oczekiwań nabywcy, określone czynności (świadczenia) wchodzi w skład jednej złożonej usługi i w takim przypadku dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług nie należy sztucznie rozdzielać poszczególnych czynności.

W ocenie Izby, podstawowe znaczenie przy ocenie, czy w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługą kompleksową, ma ustalenie okoliczności, czy rozdzielenie czynności (usług) miałyby sztuczny charakter. Istotne jest zatem ustalenie, czy bez spełnienia jednej usługi, świadczenie drugiej ma jakiegokolwiek znaczenie dla odbiorcy usługi, a zatem stwierdzenie, czy usługa stanowi cel sam w sobie, czy też jest środkiem do zrealizowania usługi zasadniczej.

W pierwszej kolejności z całą stanowczością należy podkreślić, że dla określenia wysokości stawki podatku VAT bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający wyodrębnił (wpisał w oddzielnym wierszu tabeli cenowej) usługi dotyczące szkolenia personelu w zakresie funkcjonowania dostarczanych urządzeń medycznych. Dla rozliczenia stawki podatku VAT nie może mieć znaczenia sposób zapisania usługi. Przy przyjęciu stanowiska odmiennego, mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której w zależności od sposobu zapisania, funkcjonują dla poszczególnych usług różne stawki podatku VAT. Z faktu zatem, że Zamawiający wyodrębnił w formularzu cenowym usługi dotyczące szkolenia personelu w zakresie funkcjonowania dostarczanych urządzeń medycznych nie oznacza automatycznie, że stawka 23% podatku VAT jest stawką prawidłową i że nie było możliwe zastosowanie 8% stawki podatku VAT.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że bezsporna pomiędzy stronami jest okoliczność, że pojęcie „szkolenie” użyte przez Zamawiającego w pozycji formularza cenowego, oznacza instruktorz stanowiskowy, instrukcję w zakresie funkcjonowania dostarczanych urządzeń medycznych.

Nie jest to zatem szkolenie, które miałyby podwyższyć kwalifikacje i wiedzę np. personelu medycznego w zakresie medycyny. Jest to okoliczność istotna, gdyż instrukcja personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych jest immanentnie związana z dostawą urządzeń medycznych. Instrukcja personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych – jest świadczeniem pomocniczym, nie stanowi celu samego w sobie. Jest niezbędna do prawidłowego i zgodnego z przeznaczeniem działania dostarczanej aparatury. W przedmiotowej sprawie, dostawa aparatury medycznej bez umiejętności jej obsługi i użytkowania, czyniłaby nabytą aparaturę bezużyteczną dla nabywcy, natomiast nabywanie umiejętności obsługi i użytkowania urządzeń bez ich nabycia, byłoby bezcelowe. Nie sposób zatem przyjąć, że wykonanie szkoleń nie jest tak ściśle związane z wykonaną uprzednio dostawą wyrobów medycznych, że nie tworzy obiektywnie jednego niepodzielnego świadczenia gospodarczego, którego rozdzielenie miałyby charakter sztuczny. Szkolenie bez uprzedniej dostawy aparatury, jest elementem

16

całkowicie zbędnym dla Zamawiającego. Istnieje zatem ścisły związek pomiędzy dostawą, a usługą szkoleniową. Jedno bez drugiego traci jakikolwiek sens gospodarczy dla Zamawiającego. Fakt ten zatem potwierdza kompleksowość usługi dostawy urządzenia i instrukcji w zakresie jego działania.

Trafnie wskazał Zamawiający, że zgodnie z art. 546 § 2 zd. 3 Kodeksu cywilnego, jeżeli jest to potrzebne do należytego korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem, sprzedawca

obowiązany jest załączyć instrukcję i udzielić wyjaśnień dotyczących sposobu korzystania z rzeczy. Zatem jeśli wyjaśnienie sposobu obsługi i użytkowania aparatury medycznej jest obowiązkiem sprzedawcy, to rozdzielanie obowiązku dostawcy na wykonanie dostawy i usługę szkolenia jest sztuczne, nie tylko z punktu widzenia argumentów o charakterze funkcjonalnym, ale także argumentów o charakterze prawnym. Fakt, iż rynek zbytu wielu zaawansowanych technicznie produktów specjalizuje się na tyle, iż produkcja, sprzedaż ostatecznemu użytkownikowi i serwis wykonywane są przez różne podmioty, nie zmienia faktu, iż za instruktora użytkownika prawnie odpowiedzialny jest sprzedawca.

Nietrafione w ocenie Izby są argumenty Odwołującego, że oferowany sprzęt jest prosty w obsłudze, a do urządzeń zostanie dołączona instrukcja obsługi, która mogłaby służyć w miejscu przeprowadzonego szkolenia. Należy podkreślić, że Zamawiający związał obowiązek dostawy urządzeń medycznych z zapoznaniem przez Wykonawcę personelu z wymaganiami dotyczącymi poprawnego funkcjonowania sprzętu. Tym samym, w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wykazał, że do prawidłowego zrealizowania czynności dostawy sprzętu medycznego, niezbędne jest wykonanie zaznajomienia pracowników Zamawiającego z dostarczaną aparaturą. Bez znaczenia pozostają okoliczności, czy urządzenia są łatwe w obsłudze, czy wymagają szerszej wiedzy.

Podobnie za nietrafny można uznać argument Odwołującego, że czynności związane ze szkoleniem może dokonać inny wykonawca niż ten, który dokonuje dostawy urządzenia. W ocenie Izby, nie ma żadnego znaczenia, czy instruktor można zrealizować samodzielnie, przy udziale własnych pracowników, czy też przy udziale podwykonawcy. Podobnie można by podnieść argument że dostarczenie aparatury może wykonać jeden wykonawca, a inny przeprowadzić jej konfigurację, czy uruchomienie. Sztuczne jednak rozdzielanie tych czynności nie powinno mieć miejsca. Tak jak nie ma znaczenia dla Zamawiającego samo dostarczenie urządzenia bez jego konfiguracji, uruchomienia, tak nie ma znaczenia sama dostawa urządzenia bez zaznajomienia personelu Zamawiającego z dostarczonymi urządzeniami. W ocenie Izby zatem faktycznie można stwierdzić, że usługi szkoleniowe zawsze można wykonać odrębnie jako świadczenie niezależne. Jednakże dokonując kwalifikacji na potrzeby opodatkowania podatkiem VAT usług szkoleniowych towarzyszących równocześnie innym świadczeniom, nie można abstrahować od konkretnego stanu

17

faktycznego sprawy i sztucznie rozdzielać świadczeń tylko dla wykazania, że można te świadczenia wykonać odrębnie. Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie podkreślał, że kwestia opodatkowania usług kompleksowych powinna być każdorazowo poprzedzona dokładną analizą konkretnego stanu faktycznego. Nie ma zatem, zdaniem Izby, żadnego znaczenia fakt, że urządzenie medyczne może być dostarczone przez różne inne niż producent podmioty i nie ma znaczenia fakt, że obiektywnie można z takiego świadczenia wyodrębnić dwa różne elementy (świadczenia), które mogą być przedmiotem dwóch różnych czynności prawnych, tj. dostawy urządzenia i instruktora obsługi. Podział taki, choć możliwy w formularzu cenowym, nie powinien decydować o sztucznym dzieleniu usługi, z pominięciem celu gospodarczego, dla którego usługa jest nabywana i faktu służebnego charakteru usługi instruktora w zakresie obsługi aparatury, w stosunku do samej usługi dostawy aparatury.

Zamawiający w trakcie rozprawy podnosił okoliczność, że Wykonawcy (którzy z całą pewnością są doświadczeni i mieli do czynienia z dostawami urządzeń medycznych) w udzielonych wyjaśnieniach wskazywali, że nie byli pewni, jaką stawkę podatku VAT należy zastosować i stawkę podstawową tego podatku stosowali z ostrożnością. W ocenie Izby, okoliczność ta świadczy także o tym, że co do zasady usługi instrukcji obsługi urządzenia funkcjonują łącznie i są związane immanentnie z usługą dostawy urządzenia, zatem powszechnie ujmowane są w cenie dostawy urządzenia. Gdyby było inaczej, zatem gdyby usługi instrukcji obsługi urządzenia były powszechnie realizowane odrębnie od dostawy urządzeń medycznych, wówczas zastosowanie stawki VAT dla szkolenia personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i użytkowania wyrobów medycznych nie byłoby sporne (bowiem powszechnie znane i stosowane), a tym samym Odwołujący nie miałby żadnej trudności w wykazaniu prawidłowej stawki VAT, zaś pozostali Wykonawcy nie mieliby żadnych wątpliwości, jaką stawkę podatku VAT należy podać.

W ocenie Izby, przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci zapytania ofertowego (z dnia 15 maja 2015 roku, skierowanego przez Odwołującego do firmy Dräger Polska sp. z

o.o., dotyczącego próśby o złożenie oferty na podstawie dokumentacji w niniejszym postępowaniu przetargowym) wraz z wyceną dokonaną przez firmę Dräger Polska sp. z o.o. (z dnia 15 czerwca 2015 roku) nie jest dowodem, który potwierdza, że dla usługi instruktarsza należało zastosować stawkę podatku VAT 23%. Firma Dräger Polska sp. z o.o. jest tylko jednym z podmiotów objętych koniecznością dokonywania rozliczenia podatkowego, zatem można stwierdzić, że przedstawiona wycena dokonana przez tę firmę stanowi jedynie jej sposób wyceny i oceny, nie zaś obiektywny dowód na okoliczność prawidłowo zastosowanej stawki podatku VAT.

W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu walor dowodowy mogłaby mieć interpretacja podatkowa dokonana przez Ministra Finansów lub działającego z jego upoważnienia

18

dyrektora izby skarbowej, którzy są podmiotami uprawnionymi do dokonywania interpretacji prawa podatkowego, przy czym Minister Finansów uprawniony jest do dokonywania zarówno ogólnych interpretacji podatkowych, jak i indywidualnych interpretacji podatkowych. Taka interpretacja (ani ogólna, ani indywidualna) nie została przedstawiona. Odwołujący nie dowiódł zatem zasadności podnoszonego przez niego zarzutu.

Na marginesie Izba zauważa, że zgodnie z załącznikiem do ustawy o podatku od towarów i usług, usługi w zakresie edukacji objęte są 0% stawką podatku VAT. Gdyby zatem uznać, że nie zastosowano prawidłowej stawki podatku VAT, to Wykonawca Konsorcjum NDI zaferował znacznie wyższą stawkę dla usługi szkolenia, niż powinien.

W związku z powyższym Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu możliwe było zastosowanie stawki podatku VAT 8% dla dostawy „Wyposażenia medycznego” wraz ze szkoleniem personelu. Dostawa wyposażenia stanowi bowiem świadczenie główne, a szkolenie personelu - jako świadczenie pomocnicze - nie stanowi celu samego w sobie, lecz jest niezbędne do prawidłowego i zgodnego z przeznaczeniem działania dostarczanej aparatury. Opisując przedmiot zamówienia, sam Zamawiający związał obowiązek dostawy urządzeń z przeszkoleniem w zakresie działania tych urządzeń. Korzystanie z przedmiotowego wyposażenia medycznego bez przeprowadzenia tego szkolenia nie jest zatem z punktu widzenia przedmiotu niniejszego zamówienia możliwe. Korzystanie z urządzeń medycznych objętych dostawą, nie jest możliwe bez znajomości zasad obsługi tych urządzeń oraz zasad ich użytkowania.

Za bardzo trafne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że oferty pozostałych wykonawców, którzy zastosowali do usług szkoleniowych stawkę VAT podstawową, nie podlegają odrzuceniu w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako oferty posiadające błędy w sposobie obliczenia ceny. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości podatnika, czy w konkretnym wypadku zastosować stawkę VAT podstawową, czy też uprawnione jest zastosowanie preferencyjnej (niższej) stawki tego podatku lub zwolnienia z podatku, zastosowanie stawki podstawowej nigdy nie może być uznane za niezgodne z prawem, gdyż uzasadnione skorzystanie z preferencji jest prawem, a nie obowiązkiem podatnika. Należy w tym miejscu podkreślić, że każdy Wykonawca jest zobowiązany do właściwego i zgodnego z przepisami zastosowania stawki podatku VAT i rozliczenia tego podatku. Wskazywanie stawki podatku VAT w formularzu cenowym ma jedynie walor informacyjny.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 3 PZP (opinia bankowa)

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. 5.2.4 lit. a) SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo

19

zamówień publicznych spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 6.500.000,00 zł.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający zgodnie z pkt. 6.2 ppkt 6 SIWZ wymagał złożenia wraz z ofertą informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w kwocie potwierdzającej spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonego w pkt. 5.2.4. lit. a)

SIWZ

Wykonawca Konsorcjum NDI złożył w ofercie informację banku PKO BP S.A., wystawioną w dniu 14.04.2015r., potwierdzającą zdolność kredytową wykonawcy do kwoty 220 000 000,00 zł.

Zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zatem dokument dotyczący wysokości zdolności kredytowej powinien być wystawiony nie wcześniej niż przed upływem 3 miesięcy przed upływem składania ofert. Z treści rozporządzenia wynika więc, że kluczowa dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności kredytowej jest data wystawienia dokumentu, który tę zdolność potwierdza. W niniejszym postępowaniu termin składania ofert upływał 25 czerwca 2015r. Zatem dokument wystawiony 14 kwietnia 2015 roku jest dokumentem zgodnym z wymaganiami rozporządzenia.

Należy zauważyć, że przepis rozporządzenia nie przesądza, na podstawie jakich dokumentów bank zobowiązany jest wydać informację o wysokości zdolności kredytowej. Trafnie wskazał Zamawiający, że z postanowień art. 70 Prawa bankowego wynika, że banki posiadają pełną swobodę decyzji przy ustalaniu zdolności kredytowej. Powyższe oznacza, że bank dokonał oceny na dzień 14 kwietnia 2015 roku, a więc w terminie zgodnym z rozporządzeniem. Bank ocenił, że w tym dniu wykonawca posiadał zdolność kredytową. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, na podstawie jakich dokumentów dokonał tej oceny. W związku z powyższym, brak jest podstaw, aby twierdzić, iż ocena zdolności kredytowej, zawarta w dokumencie wystawionym przez bank PKO BP S.A. stanowiła weryfikację zdolności kredytowej wykonawcy na jakikolwiek inny dzień, niż dzień wydania opinii przez

20

bank. Ponadto z treści samego dokumentu wynika, iż bank dokonał „oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno finansowej”, w wyniku której wydał opinię, iż konsorcjant spółka NDI S.A. posiada „bieżącą zdolność kredytową”. Skoro – jak wynika z treści wystawionego przez bank dokumentu – ocena miała charakter bieżący, to oznacza to, że ocena ta była aktualna w dacie wystawienia dokumentu.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie uznał złożoną opinię bankową jako dokument potwierdzający zdolność kredytową Konsorcjum NDI, a w związku z tym brak było podstaw do wzywania Konsorcjum NDI na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 4 PZP

Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia. W przygotowanej przez Zamawiającego tabeli należało wskazać imię i nazwisko osoby, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, zakres wykonywanych czynności oraz podstawę do dysponowania osobami.

Wykonawca Konsorcjum NDI złożył wykaz osób, w którym zostały wymienione trzy osoby. W kolumnie „podstawa do dysponowania osobami” wpisano w przypadku każdej z trzech osób „umowa o pracę”.

W ocenie Izby zarzut podnoszony przez Odwołującego jest bezzasadny. Skoro ofertę składa dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (NDI SA i NDI Sp. z o.o.), a w wykazie osób jako podstawę dysponowania osobami wskazano „umowa o pracę”, to oczywistym jest, że umowa ta łączy daną osobę co najmniej z jednym z tych wykonawców. W przeciwnym wypadku - gdyby osoby wskazane w wykazie nie były pracownikami NDI SA lub NDI Sp. z o.o. - treść pola „Podstawa do dysponowania osobami” byłaby inna - np. „zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału osobowego”. W żaden zatem sposób niewskazanie w rubryce „Podstawa do dysponowania osobami” jednego z konsorcjantów NDI, nie powoduje, że Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, ani w obowiązujących przepisach prawa, ani w treści SIWZ nie ma wymogu

wskazywania w tego typu przypadkach, który z konsorcjantów jest stroną stosunku pracy z daną osobą wskazaną w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia. Dla dokonania oceny przez Zamawiającego istotny jest sposób zatrudnienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 PZP

W ramach przedmiotu zamówienia w zakresie dostawy wyposażenia medycznego, Zamawiający wymagał w Załączniku nr 13 do SIWZ „zestawienie parametrów technicznych i funkcjonalnych” dostawy m.in. a) zestawu lamp operacyjnych na salę operacyjną

21

ortopedyczną - 1 szt. oraz b) zestawu lamp operacyjnych na salę operacyjną ortopedyczną, neurochirurgiczną, laryngologiczną, chirurgiczną - 5szt.

Zamawiający wymagał podania w formularzu stanowiącym załącznik nr 13 (w zakresie obu pozycji) m.in. nazwy, typu, modelu, producenta i kraju pochodzenia.

Konsorcjum NDI w zakresie zestawu lamp operacyjnych opisanych w punkcie b) zaoferowało lampy: typ OL-01 oraz OL -02; model NEXUS: producent INFIMED sp. z o.o. kraj produkcji Polska. W zakresie zestawu lamp operacyjnych opisanych w punkcie a) zaoferowało lampę: typ OL-01 oraz OL-02; model NEXUS: producent NEXUS: kraj produkcji Polska.

Jak wyjaśnił Zamawiający, potwierdzenie, iż lampy model NEXUS typ OL - 01 oraz OL - 02 kraj pochodzenia Polska, pochodzą od producenta INFIMED Sp. z o.o. znajduje się w treści oferty Konsorcjum NDI, który w ramach drugiego zestawu lamp operacyjnych zaoferował właśnie lampy operacyjne model: NEXUS typ: OL - 01 oraz OL - 02 producent: INFIMED sp. z o.o., kraj produkcji: Polska.

Izba za trafny uznała argument Zamawiającego, iż twierdzenie że zaoferowane lampy mogły zostać wyprodukowane przez inny podmiot niż INFIMED Sp. z o.o. jest nielogiczne. Jest mało prawdopodobne, aby inny producent produkował w Polsce lampy operacyjne o takiej samej nazwie modelu (NEXUS) i takim samym oznaczeniu typu urządzenia (OL - 01 oraz OL - 02), ponieważ stanowiłoby to czyn nieuczciwej konkurencji polegający na stosowaniu wprowadzającego w błąd oznaczenie towarów, wprowadzaniu klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.

W ocenie Izby stanowisko co do konieczności wyzwania Konsorcjum NDI do wyjaśnień treści złożonej oferty jest błędne. Skoro z treści oferty wynikało jasno, że nastąpiła omyłka, Zamawiający był uprawniony do poprawienia omyłki bez konieczności wzywania wykonawcy do wyjaśnień. Słusznie bowiem zauważył Zamawiający, że jeśli jakiś błędny zapis w ofercie wymagałby wyjaśnień ze strony wykonawcy, to tym samym taki zapis traci przymiot oczywistej omyłki pisarskiej, która może być zauważona bez dokonywania jakichkolwiek dodatkowych ustaleń. Skoro błędny zapis nie może być skorygowany przez Zamawiającego we własnym zakresie oznacza to, iż omyłka nie jest oczywista. Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP, art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP w zw. art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP (parametr Ra dla lamp operacyjnych - ilość przyznanych punktów, poprawienie treści oferty) i następane

22

Konsorcjum NDI wskazało w formularzu stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ poz. 5 w kolumnie parametry oferowane (str. 92 i 97 oferty) - Ra 96, za co otrzymało liczbę punktów za ten parametr, tj. po 5 punktów.

Odwolujący wskazał w formularzu stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ poz. 5 w kolumnie parametry oferowane (str. 34 i 40 oferty) - Ra 95, za co otrzymał liczbę punktów za ten parametr, tj. po 1 punkcie.

Odwolujący podnosił, iż: „Z uwagi na bierność Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący zwrócił się o wyjaśnienie do producenta w przedmiotowym zakresie i otrzymał informację, że w sposób indywidualny można uzyskać w lampach o takiej konfiguracji parametr Ra równy 96, o czym wcześniej nas nie informował.”

Z treści odwołania wynika natomiast, iż Odwołujący po zapoznaniu się z treścią SIWZ w

zakresie wymaganych parametrów technicznych wyposażenia medycznego, a przed terminem złożenia oferty, pozostał bierny w zakresie sprawdzania i ustalenia u producentów, czy może uzyskać lampy operacyjne o parametrze odtworzenia barwy światła słonecznego na poziomie wyższym niż Ra 95. Dopiero po terminie składania ofert, po uzyskaniu informacji, iż inny wykonawca zaoferował przedmiotowy parametr na innym wyższym poziomie, tj. Ra 96, Odwołujący rozpoczął dokonywanie ustaleń u producenta, czy zakupienie lampy operacyjnej z przedmiotowym parametrem na poziomie Ra 96 jest w ogóle możliwe. Już sam ten fakt świadczy o tym, że w ofercie nie ma omyłki. Z powyższego bowiem wynika, że na etapie składania oferty (a ten moment jest rozstrzygający) świadomie zaoferował lampy z odtworzeniem barwy światła słonecznego na poziomie Ra 95. Należy zatem uznać, że wolą Odwołującego było zaoferowanie takich właśnie lamp, a nie lamp z parametrem Ra 96. Tym samym zróżnicowanie ilości punktów przyznanych Odwołującemu i Przystępującym przez Zamawiającego było prawidłowe, zgodne z SIWZ oraz przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto w przedstawionym stanie faktycznym sprawy, nie można mówić o konieczności wyjaśnienia treści oferty w zakresie współczynnika Ra zaoferowanych lamp operacyjnych, skoro ten sam producent INFIMED wykonuje lampy operacyjne NEXUS OL-I/OL-2 w konfiguracji tego parametru od 93 do 96, a wśród lamp oferowanych na rynku według ustaleń Zamawiającego możliwe jest osiągnięcie tego parametru nawet na poziomie Ra 98, Odwołujący niezasadnie domaga się wezwania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie wezwanie dotyczące wartości parametru odtworzenia barwy światła słonecznego w ofercie Odwołującego prowadziłoby bowiem do niedozwolonej zmiany treści tej oferty.

Podobnie nie jest możliwe poprawienie ww. parametru jako oczywistej omyłki pisarskiej - nie są bowiem spełnione przesłanki do zastosowania instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (oczywistość, niedokładność itd.). Z żadnej części oferty

23

Odwołującego nie wynika, aby chciał on zaoferować przedmiotowe lampy z parametrem Ra 96 - wręcz przeciwnie - wyraźnie zaoferował on odtworzenie barwy światła słonecznego na poziomie Ra 95. Brak jest więc w treści oferty Odwołującego jakichkolwiek podstaw do uznania, że intencją Odwołującego faktycznie było zaoferowanie lamp z parametrem Ra 96. Poprawienie ww. danych jako innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych także należy uznać za niedopuszczalne, gdyż prowadziłoby do istotnej zmiany w treści oferty (z uwagi na idącą za tym zmianę punktacji) i tym samym naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co najmniej zdziwienie budzą wywody Odwołującego, że Zamawiający był zobowiązany wyjaśnić z producentem parametr odtworzenia barwy światła słonecznego. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, to Wykonawcy byli zobowiązani określić i wpisać oferowany parametr. Zamawiający nie jest uprawniony do prowadzenia rozmów, czy jakiegokolwiek wymiany informacji z osobami trzecimi na rzecz wykonawcy składającego ofertę. Informacja w zakresie parametru powinna zatem pochodzić od Wykonawcy, nie zaś być ustalana przez Zamawiającego z osobami trzecimi, dodatkowo po terminie składania ofert. Co należy podkreślić, parametr ten podlegał punktacji i ocenie. Tym bardziej nie były wskazane i uprawnione działania Zamawiającego zmierzające do zmiany tego parametru w treści oferty, gdyż bezpośrednio musiałyby to prowadzić do zmiany punktacji takiej oferty, a co za tym idzie – także oceny tej oferty. Wykonawca winien sformułować informację na temat parametrów oferowanych wyrobów zgodnie z tym, co rzeczywiście oferuje, nie zaś zgodnie z tym, co zostanie ustalone przez Zamawiającego na podstawie danych uzyskanych od producenta urządzeń. Podkreślenia wymaga także fakt, że sam Odwołujący w odwołaniu wskazał, że producent wyjaśnił, że w sposób indywidualny można uzyskać na lampach o takiej (oferowanej) konfiguracji parametr Ra=96. Oznacza to, że istnieje możliwość zaoferowania parametru o wartości równej także Ra 96. Odwołujący jednak nie wykazał, że taką konfigurację zaoferował.

Należy więc wskazać, że to nie Zamawiający, a Odwołujący zaniechał dokonania ustaleń u producentów lamp operacyjnych przed terminem składania ofert. Trafnie zauważył Zamawiający, że Odwołujący nie wykazał się należyłą starannością w prowadzeniu swoich spraw. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby uzyskać jak największą ilość punktów w ramach kryterium oceny ofert, jakim są parametry oferowanych

wyrobów medycznych, przed terminem składania ofert dokonuje rozpoznania rynku, aby stwierdzić, jakiego typu aparaturę medyczną jest w stanie zaoferować. W przedmiotowym zakresie, Odwołujący takiego rozpoznania zaniechał i dokonał rozpoznania rynku dopiero po otwarciu ofert, kiedy okazało się, że inni wykonawcy zaoferowali wyroby o wyższych

24

parametrach. Rozpoznanie rynku przed złożeniem oferty powinno być dla Odwołującego szczególnie istotne, skoro ten parametr był punktowany w zakresie kryterium oceny ofert.

Zamawiający oświadczył, że przed terminem ogłoszenia postępowania przetargowego zorientował się, że istnieje duża rozbieżność w zakresie ww. parametru. Na tę okoliczność przedstawił szereg dowodów. Zatem parametr ten może wahać się od 93 do 98. Fakt zatem wskazania przez dwóch oferentów innej wartości danego parametru w tym samym modelu lamp operacyjnych nie jest okolicznością, która mogłaby budzić wątpliwości Zamawiającego. Taka sytuacja oznacza po prostu, że poszczególni wykonawcy zaoferowali lampy z innym parametrem Ra, nie było zatem podstaw do wyjaśniania jakichkolwiek wątpliwości. Podana w ofercie wartość tego parametru jest jednoznaczna i na tej podstawie Zamawiający w oparciu o zapisy SIWZ przyznał poszczególnym wykonawcom odpowiednią punktację. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym za absurdalną należy uznać konieczność zwracania się Zamawiającego do każdego z wykonawców, czy w zaoferowanej konfiguracji jest możliwe uzyskanie określonego parametru, a więc o wyjaśnienie, czy aby na pewno zaoferowali to, co napisane zostało w ofercie.

W świetle zawartego w odwołaniu oświadczenia Odwołującego, że producent wyjaśnił, że w sposób indywidualny można uzyskać na lampach o zaoferowanej przez Odwołującego konfiguracji parametr Ra=96, za bezzasadne należy uznać wywody Odwołującego w trakcie rozprawy, zmierzające do ustalenia, że nie jest możliwe uzyskanie parametru Ra=96 dla zaoferowanej przez niego konfiguracji. Co więcej, Odwołujący oświadczył, że producent nie wyraził zgody na prowadzenie z nim dalszych wyjaśnień, co oznacza, że Odwołujący nie posiada żadnych dowodów na obronę twierdzenia, że zaoferowanie takiego parametru (Ra=96) nie jest możliwe i że Przystępujący nie mógł takiej konfiguracji zaoferować.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

25

.....

26