Sygn. akt KIO 2677/23

WYROK

z dnia 25 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez odwołującego SIEMENS HEALTHCARE Spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie,

przy udziale wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnośc z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – Uniwersyteckiemu Centrum Klinicznemu Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie:
   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES Spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.
   1.2. Odrzucenie oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.
   1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę SIEMENS HEALTHCARE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
   w 3/5 części oraz uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES Spółk z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
   w 2/5 części i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego kwotę 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego na wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2677/23

Uzasadnienie

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę aparatu PET dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”*. Numer referencyjny tego zamówienia to DZPUCK.262.137.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 21 lipca 2023 r., pod numerem 2023/S 139-445249.

W dniu 11 września 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca SIEMENS HEALTHCAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym" lub „wykonawcą SIEMENS HEALTHCARE", wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES Spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES"),

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES pomimo błędów
w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT, ewentualnie zaś zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zastosowanej stawki preferencyjnej podatku VAT,

3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ"), a złożone przez tego wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają niezgodność z treścią oferty i oferta jest niezgodna z ustawą PZP przy braku możliwości ich uzupełnienia.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIE pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie przedstawionym w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaś art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES w zakresie zastosowanej preferencyjnej stawki podatku VAT – zarzut nr 1,

2) art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z treścią SWZ a złożor przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia przedstawiciela producenta UNITED IMAGING HEALTHCAR POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością potwierdza niezgodność z treścią oferty, przez co oferta jest niezgodna
z przepisami ustawy (oferta wewnętrznie sprzeczna / złożenie dwóch ofert w postępowaniu) – zarzut nr 2,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES w związku ze złożeniem wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego podstaw punktacji w kryterium oceny ofert, który nie potwierdza zgodności parametrów oferowanego wyrobu przy braku podstaw do jego uzupełnienia – zarzut nr 3,

4) art. 107 ust. 3 oraz 4 ustawy PZP poprzez uznanie za dopuszczalne wyjaśnienie przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego kryterium oceny ofert, prowadzącego
w konsekwencji do jego zmiany pomimo, że zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP niedopuszczalne jest uzupełnianie przedmiotowego środka dowodowego, który został złożony wraz z ofertą i był kompletny a zawierał błędy, przy czym ustawa PZP nie przewiduje poprawiania omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy PZP w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych, a ponadto zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy PZP wprost zakazane jest uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących punktacji
w kryteriach oceny ofert – zarzut nr 4,

5) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – zarzut nr 5.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania
oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2) powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i:

− odrzucenie oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES z powodu błędu w obliczeniu ceny, ewentualnie dokonani czynności wezwania wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresi zastosowanej stawki podatku VAT,

− odrzucenie oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES z powodu niezgodności z SWZ oraz przepisami ustawy PZP, przy braku możliwości uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdza niezgodność oferowanego asortymentu z treścią oferty tego wykonawcy, wobec niedopuszczalności poprawiania rzekomych omyłek w treści przedmiotowego środka dowodowego, przy jednoczesnym braku możliwości uzupełniania przedmiotowych środków

dowodowych dotyczących kryteriów oceny ofert.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania dotyczącego błędu w obliczeniu ceny wykonawca SIEMENS HEALTHCARE podał, ż w świetle zapisów dokumentacji postępowania (rozdział XI SWZ, § 2 projektowanych postanowień umowy, odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 19) Zamawiający nie narzucił wykonawcom w SWZ stawki podatku VAT, a zatem do obowiązków wykonawców należało zastosowanie właściwej stawki podatku przy szacowaniu ceny oferty. Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy wymagał od wykonawców podania ceny łącznej netto oraz brutto, gdzie wskazana cena została ustalona na podstawie kalkulacji szczegółowej zawartej w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1.1 do SWZ. Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Formularza cenowego, zgodnie z którym oczekiwał od wykonawców wyspecyfikowania wycen takich elementów cenotwórczych jak: 1) zakup aparatu PET, 2) Dostawa, montaż i zainstalowanie aparatu PET, uruchomienie, szkolenie personelu
w zakresie obsługi sprzętu, serwisowanie zakupionego aparatu, demontaż i utylizacja istniejącego urządzenia (systemu) PET/CT, 3) dostosowanie infrastruktury – opracowanie dokumentacji niezbędnej do instalacji aparatu, adaptacja pomieszczeń istniejącej pracowni PET/CT. Odwołujący podkreślił, że SWZ wymagała od wykonawców wyodrębnienia i wskazania zarówno wartości netto poszczególnych świadczeń częściowych, stawki podatku VAT jak i cen brutto w rozbiciu na wymienione elementy składowe. Zakres rzeczowy zamówienia obejmuje świadczenia objęte różnymi stawkami podatku VAT i obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie jest zastosowanie właściwej dla poszczególnych świadczeń stawki podatku VAT.

Odwołujący wskazał, że wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES złożył wraz z ofertą wymagany Formularz cenow dokonując wyliczenia ceny i wskazał na zastosowanie następujących stawek podatku VAT:

1) w odniesieniu do poz. 1) zakup aparatu PET i poz. 2) Dostawa, montaż i zainstalowanie aparatu PET, uruchomienie, szkolenie personelu w zakresie obsługi sprzętu, serwisowanie zakupionego aparatu, demontaż i utylizacja istniejącego urządzenia (systemu) PET/CT – stawka podatku VAT 8 % i 23 %,

2) w odniesieniu do poz. 3) dostosowanie infrastruktury – opracowanie dokumentacji niezbędnej do instalacji aparatu, adaptacja pomieszczeń istniejącej pracowni PET/CT – stawka podatku VAT 23 %.

Odwołujący podniósł, że zakres rzeczowy świadczeń zawartych w poz. 2 Formularza cenowego wyklucza możliwość zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%, bowiem podstawa zastosowania stawki VAT 8% dotyczy zgodnie z regulacją ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług wyłącznie dostaw wyrobów medycznych. Odwołujący podkreślił, że dostawy takie są objęte wyłącznie pozycją nr 1 Formularza cenowego i wyłącznie w tej pozycji dopuszczalne było zastosowanie stawki VAT 8%. W tej sytuacji zastosowanie przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES stawki 8% dla usług objętych poz. 2 Formularza stanowi błąd w obliczeniu ceny ofert obligujący Zamawiającego do odrzucenia jej w trybie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Wykonawca SIEMENS HEALTHCARE wskazał, że zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obniżona stawka w wysokości 8%, odnosi się do towarów i usług wyszczególnionych w Załączniku nr 3 do ustawy. W pozycji 105 Załącznika nr 3 wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU − „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika". Definicja legalna wyrobu medycznego zawarta w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych, nie obejmuje usług towarzyszących. Także wobec treści art. 98 ust. 2 i 3 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej stawki obniżone mają zastosowanie wyłącznie do dostaw towarów i świadczenia usług, których kategorie są określone w załączniku nr 3. Załącznik wskazuje wyłącznie sprzęt medyczny. Tym samym zastosowanie stawki preferencyjnej dla usług, które nie są wymienione w załączniku nr 3 do ustawy jest bezpodstawne. Wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES w swojej ofercie potraktował opisane w poz. 2 Formularza cenowego usługi jako element wyrobu medycznego, skoro wycenił je łącznie z aparatem uwzględniając preferencyjną stawkę VAT. Zdaniem Odwołującego realizacja usług opisanych w poz. 2 Formularza cenowego stanowi czynność samoistną, która występuje niezależnie od dostawy wyrobu medycznego i nie można rozszerzać katalogu usług ze stawką preferencyjną na tego typu usługi. Odwołujący powołał się przy tym na poglądy wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawach
o sygn. akt KIO 2113/19 i KIO 2123/19. Przywołał również krajowe i europejskie orzecznictwo
z zakresu prawa podatkowego, w którym podkreśla się wyjątkowy charakter teorii świadczeń powiązanych, co musi skutkować koniecznością interpretacji ścisłej i nierozszerzającej jako wyjątku od zasady (np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 czerwca 2011 r.
w sprawie o sygn. akt I FSK 869/10, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2011 r. w sprawie o sygn. akt I FSK 958/10). Także z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie o sygn. akt C-251/05

(Talacre Beach Caravan Sales Ltd pko Commissioners of Customs & Excise) wynika, że każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być interpretowane ściśle. Nierozerwalny (niezależny) byt świadczeń w ramach oceny, czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, ze względu zasadę nierozszerzania zwolnień podatkowych służącej stabilności systemu podatkowego, przewidywalności prawa podatkowego oraz zharmonizowania opodatkowania podatkiem VAT w celu zapobiegania zakłóceniom konkurencji w tym zakresie musi mieć charakter obiektywny, tj. niezależny od indywidualnych założeń podmiotu zamawiającego oraz założeń biznesowych leżących po stronie podatnika (wykonawcy będącego dostawcą towarów i usług). Z orzecznictwa Trybunału wynika, że tylko ścisłe podejście do regulacji związanych z preferencyjnymi stawkami podatku od towarów i usług jest gwarantem zachowania zasad konkurencji na rynku UE i w tym zakresie organy krajowe (zarówno organy podatkowe, jak również sądowe i pozasądowe organy orzekające) są zobligowane do takiego, tj. ścisłego stosowania tych regulacji. W przeciwnym wypadku, jak w przedmiotowej sprawie, może dojść do nieporównywalności ofert i zaniżenia wynagrodzenia przez jednego z wykonawców na skutek nieprawidłowego zastosowania preferencyjnych stawek podatku VAT. Odwołujący podsumował, że zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu – a nieprawidłowe podanie stawki podatku VAT należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny oferty, co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy PZP. Na potwierdzenie tezy, że nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w świetle przepisów ustawy PZP Odwołujący przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z 21 października 2011 r. w sprawie o sygn. akt. III CZP 52/11 i III CZP 53/11, w których stwierdzono, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny oferty powodujący obowiązek jej odrzucenia. Dodał równocześnie, że w tym zakresie jednolite jest także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 9 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 728/19, wyrok
z dnia 21 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 880/18). Odwołujący podkreślił, iż zastosowanie nieuprawnionej, w dodatku obniżonej w stosunku do właściwej stawki podatku VAT, skutkuje nieuprawnionym obniżeniem ceny oferty i powoduje nieporównywalność ofert oraz samodzielnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie z ostrożności – przed czynnością odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy PZP – Odwołujący wskazał na powinność wezwania wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. ustawy PZP tak, aby wykonawca miał możliwość skonkretyzować zakres przedmiotowy świadczeń objętych w ramach poz. 2 Formularza cenowego stawką preferencyjną VAT w wysokości 8%.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES z powodu niezgodności z SWZ i niezgodności z przepisami ustawy PZP, braku podstaw uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych i niedopuszczalności poprawienia omyłek w treści złożonych i kompletnych przedmiotowych środków dowodowych Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 2 do SWZ – Formularz parametrów technicznych, który zawierał identyfikację oferowanego wyrobu medycznego, jak również identyfikował parametry techniczne tego produktu stanowiąc treść oferty sensu stricte. Dodatkowo Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (rozdział VII ust. 1 SWZ), gdzie w rozdziale VII ust. 3 SWZ Zamawiający określił, że wymaga aby złożone przez wykonawcę wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe łącznie potwierdzały wszystkie wskazane przez wykonawcę w Formularzu parametrów technicznych (Załącznik nr 2) parametry oceniane. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w świetle rozdziału VII ust. 2 jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowego środka dowodowego w zakresie ust. 1 pkt. 1 lub złożony przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny, Zamawiający wezwie do jego złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie stosownie do treści art. 107 ust. 2. Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Ponadto w myśl rozdziału VII ust. 3 SWZ Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego w zakresie ust. 1 pkt 1.

Odwołujący podał, że z korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcą HEALTH TECHNOLOGIES wynika, że w Formularzu parametrów technicznych (Załącznik nr 2) wykonawca ten zaoferował wyrób o parametrach:

- w parametrze C.14: 2,96 mm,
- w parametrze C.15: 3,04 mm,
- w parametrze C.16: 2,79 mm,
- w parametrze C.17: 3,24 mm.

Równocześnie wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES złożył wymagany przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia przedstawiciela producenta UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, które zawiera potwierdzenie parametrów technicznych urządzenia zaoferowanego przez

wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES. Oświadczenie to jest oświadczeniem wiedzy adresowanym wprost d przedmiotowego przetargu i dotyczy parametrów oferowanego w nich wyrobu i potwierdzono w nim następujące wartości:

- w parametrze C.14: 2.79 mm,
- w parametrze C.15: 3.24 mm,
- w parametrze C.16: 2.96 mm,
- w parametrze C.17: 3.04 mm.

Odwołujący zauważył, że oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta stanowi przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu ustawy PZP i wymagań SWZ. Dokument ten został złożony i jest kompletny, co oznacza, że pomimo przewidzenia przez Zamawiającego w SWZ procedury uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych procedura ta zgodnie z regulacją art. 107 ust. 2 ustawy PZP nie dotyczy sytuacji, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego skoro przedmiotowy środek dowodowy został złożony i jest kompletny, ale potwierdza niezgodność parametrów urządzenia z treścią oferty, to zgodnie z ustawą PZP tryb uzupełniania go jest niedozwolony. Poza tym art. 107 ust. 2 ustawy PZP nie przewiduje uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych zawierających błędy. Brak jest zatem jakiegokolwiek trybu zgodnego z ustawą PZP dla możliwości uzupełnienia wadliwego czy też zawierającego błędy przedmiotowego środka dowodowego. Co więcej, Odwołujący zauważył, że chodzi tu nie o wadliwość jednostkową, tylko o podanie wadliwych i sprzecznych w stosunku do treści oferty i parametrów sprzętu zaoferowanego przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES v postępowaniu w odniesieniu do 4 różnych pozycji parametrów technicznych. Złożona przez tego wykonawcę oferta jest wewnętrznie sprzeczna, ponieważ z jednej strony oferuje on urządzenie posiadające parametry techniczne jak wynikające ze specyfikacji technicznej złożonej wraz z ofertą, z drugiej zaś strony złożony wraz z nią przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdza, że wartości te są w rzeczywistości inne niż te, jakie posiada produkt będący przedmiotem oferty, co – według Odwołującego – świadczy też o niezgodności oferty z przepisami ustawy i powinno stanowić podstawę jej odrzucenia zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP (zgodnie z art. 218 ust. 1 ustawy PZP wykonawca składa jedną ofertę). Ponadto Odwołujący podniósł, że brak jest trybu uzupełniania wadliwego przedmiotowego środka dowodowego (o ile faktycznie wada dotyczy oświadczenia przedstawiciela producenta a nie samego wykonawcy), albowiem tryb art. 107 ust 2 ustawy PZP nie dopuszcza uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, które zawierają błędy, a w konsekwencji w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy oferta wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES powinna podlega odrzuceniu także w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Odwołujący podniósł również, iż z przebiegu postępowania wynika, że Zamawiający samodzielnie ustalił powyższe niezgodności i w dniu 24 sierpnia 2023 r. wezwał wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES w trybie art. 107 ust 4 ustaw PZP do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym przedmiotowego środka dowodowego odnoszącego się do kryterium oceny ofert. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a treścią przedmiotowego środka dowodowego, wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES oświadczył, że *„Przywołana rozbieżność jest wynikiem omyłki popełnionej przez pracownika autoryzowanego przedstawiciela producenta – UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Sp. z o.o. (potwierdzenie błędu w załączeniu). Rzeczywiste wartości parametrów są zgodne treścią oferty wykonawcy (formularz parametrów technicznych – zał. nr 2) i wynoszą odpowiednio: 1. parametr C.14: 2.96 mm; 2. parametr C.15: 3.04 mm; 3. parametr C.16: 2.79 mm; 4. parametr C.17: 3.24 mm”.* Przedstawiciel producenta UNITED IMAGING HEALTHCAR POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożył oświadczenie, zgodnie z którym: *„Jako autoryzowany przedstawiciel producenta niniejszym oświadczamy, że w naszym oświadczeniu przedłożonym w wyżej wymienionym postępowaniu, a potwierdzającym parametry oceniane systemu uMI780 doszło do omyłki w zakresie pkt. C.14 – C.17 tj. C.14 – jest wartość 2,79mm, winno być „2,96mm”, C.15 – jest wartość 3,24mm, winno być „3,04mm”, C.16 – jest wartość 2,96mm, winno być „2,79mm”, C.17 – jest wartość 3,04mm, winno być „3,24mm”. Jednocześnie potwierdzamy wszystkie pozostałe parametry oceniane przedstawione w przedmiotowym oświadczeniu”.* W opinii Odwołującego potwierdza to wprost, że złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia przedstawiciela producenta w zakresie parametrów ocenianych w kryterium oceny ofert zawiera błędy, co zgodnie z ustawą PZP wyklucza dopuszczalność uzupełnienia go w trybie art. 107 ust 2 ustawy PZP. Natomiast tryb wyjaśnień przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w art. 107 ust 4 ustawy PZP, nie może prowadzić do ominięcia ustawowego zakazu

uzupełniania przedmiotowego środka dowodowego w przypadku, gdy został on złożony wraz z ofertą i jest kompletny a potwierdza niezgodność parametrów zaoferowanego urządzenia z treścią oferty wykonawcy złożoną w postępowaniu. Odwołujący przywołał treść rozdziału VII ust. 2 SWZ oraz art. 107 ust. 3 ustawy PZP, który wprost zakazuje uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych stanowiących podstawę punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący podkreślił również, że wobec niedopuszczalności uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych zawierających błędy ustawa PZP nie dopuszcza także stosowania wobec tego rodzaju dokumentu procedury poprawiania omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy PZP, która dotyczy wyłącznie treści oferty. W opinii Odwołującego doszło w postępowaniu do nieuprawnionego skutku zastosowania trybu art. 107 ust. 4 ustawy PZP poprzez uznanie za dopuszczalne wyjaśnienie i de facto uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego prowadzące w konsekwencji do jego zmiany, pomimo że zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP niedopuszczalne jest uzupełnianie przedmiotowego środka dowodowego, który został złożony wraz z ofertą i był kompletny, a w dodatku dotyczy ocenianego kryterium oceny ofert, przy czym ustawa PZP nie przewiduje poprawiania omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy PZP w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wskazał również, że przedstawiciel producenta oferowanego przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES aparatu deklaruje dla tego samego urządzenia – uMI780, ro produkcji 2023, w tym samym czasie (na przestrzeni ostatnich 2 miesięcy) całkowicie losowe wartości parametrów, których dotyczą zarzuty odwołania, np. w postępowaniu na *„Zakup cyfrowego systemu PET/CT dla Zakładu Medycyny Nuklearnej w Wielkopolskim Centrum Onkologii wraz z dostawą, instalacją, uruchomieniem i przeszkoleniem użytkowników oraz adaptacja pomieszczeń (nr postępowania 35/2023)”* przedstawiciel producenta UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością potwierdził jeszcze inne wartości parametrów aniże w przedmiotowym postępowaniu. Tego rodzaju oświadczenia i ich zmienność, w zależności od wymagań lub punktacji konkretnej SWZ, pomimo faktu zaoferowania tego samego urządzenia podważają wiarygodność oświadczeń, jak również profesjonalizm przedstawiciela producenta i poddają w wątpliwość jakie faktycznie parametry techniczne posiada oferowany aparat.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w złożonych pismach oraz w trakcie rozprawy w dniu 20 września 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES, gdyż zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej prze przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 września 2023 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego piśmie – sprzeciwie z dnia 19 września 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z:

- Opinii prywatnej z dnia 19 września 2023 r. zatytułowanej „Kwalifikacja w zakresie właściwej stawki podatku VAT dla czynności polegających na instalacji i montażu dostarczanego wyrobu medycznego”,

-Opracowania własnego uczestnika postępowania odwoławczego pod nazwą „Różnice w wartościach rozdzielczości przestrzennej w dokumentach przetargowych wynikają z różnych sformułowań wymagań Zamawiających”,

-Oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES nr 1/03/2023/JB z dnia 6 marca 2023 r.,

-Umowy nr 1/7/3/2023/102/501 na realizację Narodowej Strategii Onkologicznej, w zakresie zadania pn. „Doposażenie zakładów medycyny nuklearnej” – wymiana aparatów PET,

-Oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES złożonej Wielkopolskiemu Centrum Onkologii w ramach zamówien na „Zakup cyfrowego systemu PET/CT dla Zakładu Medycyny Nuklearnej w Wielkopolskim Centrum Onkologi wraz z dostawą, instalacją, uruchomieniem i przeszkoleniem użytkowników oraz adaptacją pomieszczeń”.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę aparatu PET dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”.*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2023 r., pod numerem 2023/S 139-445249.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa aparatu PET z wyposażeniem oraz demontaż i utylizacja istniejącego urządzenia (systemu) PET/CT, modernizacja pomieszczeń, instalacja, uruchomienie oraz przeszkolenie użytkowników, a także opracowanie dokumentacji niezbędnej do instalacji tego Systemu u Zamawiającego. Według rozdziału III ust. 2 SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik 2 do SWZ – Formularz parametrów technicznych. W myśl rozdziału III ust. 3 SWZ oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia musi być wprowadzony do obrotu i stosowania na terenie Polski zgodnie z przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG,rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UEoraz ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych. Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego udostępni niezwłocznie dokumenty (deklaracja zgodności UE o spełnieniu wymagań zasadniczych oraz certyfikat CE / certyfikat CE IVD jednostki notyfikowanej, potwierdzające wprowadzenie oferowanego przedmiotu zamówienia do obrotu i stosowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z obowiązującym prawem oraz w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie krótszym niż 5 dni roboczych, zarówno w trakcie trwania postępowania jak i po jego zakończeniu.

Zgodnie z rozdziałem XI ust. 1 SWZ dla potrzeb przedmiotowego postępowania wykonawca, na Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ zobowiązany jest podać łączną cenę ofertową netto, kwotę podatku VAT oraz cenę z podatkiem VAT oferowanego przedmiotu zamówienia. W cenie oferty wykonawca zobowiązany jest ująć wszystkie przewidywane koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia, w tym podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ.

W Załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający ustalił projektowanego postanowienia umowy, w tym w § 2 ust. 1 przewidział regulację dotyczącą wynagrodzenia następującej treści:

„Za wykonanie całości przedmiotu niniejszej Umowy Strony ustaliły wynagrodzenie w kwocie …… zł netto (słownie złotych: ……..), z podatkiem VAT: …….. zł brutto (słownie złotych: ……), obejmujące:

1)wartość aparatu PET:

…… zł netto (słownie: …..)

…….. zł brutto (słownie: ….)

2)wartość dostawy, montażu i zainstalowania aparatu PET, uruchomienia, szkolenia personelu w zakresie obsługi sprzętu, serwisowania zakupionego aparatu, demontażu i utylizacji istniejącego urządzenia PET/CT:

…… zł netto (słownie: …..)

…….. zł brutto (słownie: ….)

3)wartość dostosowanie infrastruktury, opracowanie dokumentacji niezbędnej do instalacji aparatu, adaptacja pomieszczeń istniejącej pracowni PET/CT:

…… zł netto (słownie: …..)

…….. zł brutto (słownie: ….)".

Na pytanie nr 19 dotyczące treści SWZ w zakresie Załącznika nr 1.1 do SWZ brzmiące następująco:*„W związku z faktem, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawy sprzętu i usługi, które są opodatkowane różnej wysokości stawkami VAT, prosimy o potwierdzenie, iż wykonawca będzie miał możliwość modyfikacji tabeli cenowej i dokonania podziału pozycji w niej zawartych poprzez wyszczególnienie różnych stawek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa"* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację tabeli cenowej i jednocześnie informuje, że w przypadku zastosowania różnych stawek VAT należy podać je w kolumnie Stawka VAT po przecinku, np.: „8% i 23%".".*

Wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1.1 do SWZ wskaz następujące wartości podatku VAT:

- poz. 1 – zakup aparatu PET: 8% i 23%,

- poz. 2 – dostawa, montaż i zainstalowanie aparatu PET, uruchomienie, szkolenie personelu w zakresie obsługi sprzętu, serwisowanie zakupionego aparatu, demontaż i utylizacja istniejącego urządzenia (systemu) PET/CT: 8% i 23%,

- poz. 3 – dostosowanie infrastruktury – opracowanie dokumentacji niezbędnej do instalacji aparatu, adaptacja pomieszczeń istniejącej pracowni PET/CT: 23%.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 3 SWZ Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy w zakresie parametrów ocenianych określonych w Formularzu parametrów technicznych, stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą: kartę katalogową (folder, ulotka, wyciąg z katalogu) producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta lub instrukcję obsługi lub inny dokument producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta. W przypadku gdy ww. dokumenty nie potwierdzają wskazanych parametrów ocenianych, wykonawca składa oświadczenie producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzające spełnianie przez oferowane urządzenia parametrów ocenianych zawartych w Formularzu parametrów technicznych (Załącznik 2 do SWZ). Oświadczenie wykonawcy niebędącego producentem / autoryzowanym przedstawicielem producenta nie będzie uznane za wystarczające. Jednocześnie Zamawiający wymaga, aby:

- złożone przez wykonawcę wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe łącznie potwierdzały wszystkie wskazane przez wykonawcę w Formularzu parametrów technicznych (Załącznik 2) parametry oceniane,

- we wszystkich przedmiotowych środkach dowodowych dotyczących oferowanego urządzenia wyraźnie zaznaczyć potwierdzenie spełniania parametru / wymagania określonego w Załączniku 2, np. poprzez określenie numerem liczby porządkowej z tabeli.

Ponadto zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 SWZ jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowego środka dowodowego w zakresie ust. 1 pkt 1 lub złożony przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny, Zamawiający wezwie do jego złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie stosownie do treści art. 107 ust. 2. Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Natomiast zgodnie z rozdziałem VII ust. 3 SWZ Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego w zakresie ust. 1 pkt 1.

W Formularzu Parametrów Technicznych stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ Zamawiający przewidział m. in. następujące dodatkowo punktowane w ramach kryteriów oceny ofert parametry urządzenia:

1) Parametr C.14 – Rozdzielczość przestrzenna – osiowa po rekonstrukcji iteracyjnej – FWHM @ 1 cm [mm]

wymagane ≤ 4 mm, gdzie > 3.0 mm – 0 pkt, natomiast ≤ 3.0 mm – 3 pkt,

2) Parametr C.15 – Rozdzielczość przestrzenna – osiowa po rekonstrukcji iteracyjnej – FWHM @ 10 cm [mm], wymagane ≤ 5 mm, gdzie > 3.5 mm – 0 pkt, natomiast ≤ 3.5 mm – 3 pkt,

3) Parametr C.16 – Rozdzielczość przestrzenna – poprzeczna po rekonstrukcji iteracyjnej – FWHM @ 1 cm [mm], wymagane ≤ 4 mm, gdzie > 3.0 mm – 0 pkt, natomiast ≤ 3.0 mm – 3 pkt,

4) Parametr C.17 – Rozdzielczość przestrzenna – poprzeczna po rekonstrukcji iteracyjnej – FWHM @ 10 cm [mm] wymagane ≤ 5 mm, gdzie > 3.5 mm – 0 pkt, natomiast ≤ 3.5 mm – 3 pkt.

W świetle rozdziału XII ust. 1 SWZ Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: „Cena" o randze 60%, „Ocena techniczna" o randze 30% i „Gwarancja" o randze 10%.

Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która uzyska największa liczbę punktów obliczaną wg wzoru:

P = C + O + G

gdzie:

P – liczba punktów oferty ocenianej,

C – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „Cena"

O – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „Ocena techniczna"

G – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „Gwarancja"

W kryterium „Oceny technicznej" o randze 30% Zamawiający określił, że każdej z ofert przyzna liczbę punktów obliczoną według wzoru:

$O = (O_o/O_{max}) \times 30$

gdzie:

O – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „Ocena techniczna"

O_o – łączna liczba punktów oferty ocenianej, obliczona według wzoru: $O_o = O_{01} + O_{02} + \ldots.. + O_{0n}$ wyszczególnionych w Załączniku 2 do SWZ

O_{max} – największa łączna liczba punktów możliwych do uzyskania w tym kryterium.

Zamawiający zaznaczył, że łączna liczba punktów oferty ocenianej zostanie przyznana wykonawcy po zbadaniu przez Zamawiającego Załącznika nr 2 do SWZ – Formularza Parametrów Technicznych oraz dokumentów przedmiotowych potwierdzających spełnianie kryteriów oceny ofert wskazanych przez wykonawcę w załącznikach.

Wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES w Formularzu Parametrów Technicznych załączonym do oferty podał następujące wartości:

1) dla parametru C.14 – 2,96 mm,

2) dla parametru C.15 – 3,04 mm,

3) dla parametru C.16 – 2,79 mm,

4) dla parametru C.17 – 3,24 mm.

Jednocześnie wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES załączył do swojej oferty przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta – firmy UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
w którym zostały potwierdzone następujące wartości:

1) dla parametru C.14 – 2,79 mm,

2) dla parametru C.15 – 3,24 mm,

3) dla parametru C.16 – 2,96 mm,

4) dla parametru C.17 – 3,04 mm.

W dniu 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES do wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego w związku ze stwierdzonymi rozbieżnościami pomiędzy wartościami parametrów C.14, C.15, C.16 i C.17 zadeklarowanymi przez wykonawcę, a wartościami tych parametrów wynikającymi z przedłożonego oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta urządzenia – firmy UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W odpowiedzi z dnia 29 sierpnia 2023 r. wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES oświadczył, że przywołana rozbieżnoś jest wynikiem omyłki popełnionej przez pracownika autoryzowanego przedstawiciela producenta – firmy UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością. Rzeczywiste wartości parametrów są zgodne z treścią oferty wykonawcy (Formularz Parametrów Technicznych – zał. nr 2) i wynoszą odpowiednio:
1) parametr C.14: 2,96 mm, 2) parametr C.15: 3,04 mm, 3) parametr C.16: 2,79 mm,
4) parametr C.17: 3,24 mm. Do odpowiedzi wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES zostało załączone oświadczeni autoryzowanego przedstawiciela producenta – UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczo odpowiedzialnością z dnia 28 sierpnia 2023 r.,
w którym przedsiębiorca ten oświadczył, że w jego oświadczeniu przedłożonym
w przedmiotowym postępowaniu, a potwierdzającym parametry oceniane systemu uMI780, doszło do omyłki w zakresie pkt. C.14 – C.17, tj.: C.14 – jest wartość 2,79 mm, winno być „2,96 mm", C.15 – jest wartość 3,24 mm, winno być „3,04 mm", C.16 – jest wartość 2,96 mm, winno być „2,79 mm", C.17 – jest wartość 3,04 mm, winno być „3,24 mm". Jednocześnie przedsiębiorca ten potwierdził wszystkie pozostałe parametry oceniane przedstawione
w przedmiotowym oświadczeniu.

Ostatecznie Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES, której przyznał 91,26 pkt w ramach kryteriów oceny ofert, w tym 21,26 pkt w ramach kryterium „Ocena techniczna". Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z łączną liczbą 82,34 pkt.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W dniu 19 września 2023 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione
w odwołaniu złożonym przez wykonawcę SIEMENS HEALTHCARE, jednakże z uwagi na zgłoszenie sprzeciwu przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES wobec tej czynności Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza mog rozpoznać merytorycznie złożone odwołanie. Po przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP oraz zarzutu ewentualnego (względem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP) odnoszącego się do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Pozostałe zarzuty odwołania nie zostały przez Izbę uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba uznała za zasadny najdalej idący zarzut odwołania zmierzający do odrzucenia oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP (zarzut nr 3).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt 3 SWZ Zamawiający oczekiwał, aby w celu potwierdzenia spełnienia przez aparat PET Parametrów technicznych C.14, C.15, C.16 i C.17, które są przez niego dodatkowo punktowane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, wykonawcy złożyli przedmiotowy środek dowodowy, np. oświadczenie producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, potwierdzający spełnianie przez oferowane urządzenia parametrów ocenianych zawartych w Formularzu Parametrów Technicznych. Z racji tego, że taki przedmiotowy środek dowodowy miał służyć potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, gdzie za wskazanie w Formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ odpowiednich wartości parametrów C.14, C.15, C.16 i C.17 wykonawcy mieli uzyskać za każdy parametr dodatkowo po 3 pkt, to Zamawiający kierując się regulacją art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP wykluczył w rozdziale VII ust. 2 SWZ możliwość uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Nie było przez nikogo kwestionowane w postępowaniu odwoławczym, że uczestnik postępowania – wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES załączył do swojej oferty przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela roducenta – firmy UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnośc którego treść nie potwierdzała spełnienia parametrów technicznych aparatu PET zadeklarowanych przez niego w złożonym Formularzu. Firma ta z powodu pomyłki zawarła w złożonym oświadczeniu niewłaściwe wartości parametrów ocenianych, tj. wartość parametru C.14 przyporządkowała do parametru C. 16 (i na odwrót), natomiast wartość parametru C.15 przyporządkowała do parametru C.17 (i na odwrót). Do stwierdzonego uchybienia przyznała się w oświadczeniu z dnia 28 sierpnia 2023 r. załączonym do wyjaśnień uczestnika postępowania odwoławczego. W ocenie Izby wynikająca z przepisów ustawy PZP oraz postanowień SWZ niemożność uzupełnienia lub poprawienia wadliwej treści przedmiotowego środka dowodowego oznacza, że wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES nie załączył do swoje oferty wymaganego dokumentu, który potwierdzałby spełnianie pozacenowych kryteriów oceny ofert. I jak słusznie wywodzi Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, złożenie przez uczestnika postępowania odwoławczego błędnego

przedmiotowego środka dowodowego należy uznać za tożsame
z sytuacją nieprzedłożenia przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie ocenianych parametrów C.14 – C.17, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Mając powyższe na względzie Izba uznała za zasadny zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP.

Jeśli chodzi o zarzut odwołania odnoszący się do błędu popełnionego przez wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES w obliczeniu ceny (zarzut nr 1), to uwzględnieniu podlegał tylko zarzut ewentualny odwołania dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP, natomiast zarzut odwołania postawiony w pierwszej kolejności, który wskazywał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, w ocenie Izby był przedwczesny i dlatego nie mógł on zostać uwzględniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy
w obliczeniu ceny lub kosztu. W świetle art. 223 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Na wstępie należy zauważyć, że ustawa PZP nie określa definicji „błędu w obliczeniu ceny".
W literaturze prawa zamówień publicznych podnosi się, że za błędy w obliczeniu ceny należy uznać takie błędy, których nie można już naprawić w toku postępowania, co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Niewątpliwie do błędów w obliczeniu ceny trzeba zaliczyć nieprawidłowe określenie przez wykonawcę elementu cenotwórczego oferty, jakim jest stawka podatku VAT. Tego rodzaju błędy w ofercie zdarzają się m. in. w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca nie określi w dokumentacji postępowania prawidłowej stawki podatku VAT, natomiast wykonawca sam przyjmie w ofercie nieprawidłową stawkę podatku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w rozdziale XI ust. 1 SWZ zobowiązał wykonawców do ujęcia w cenie oferty m. in. podatku VAT naliczonego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES
w swoim Formularzu ofertowym (Załączniku nr 1.1 do SWZ) zarówno w odniesieniu do dostawy aparatu PET (poz. 1), jak i jego dostawy, montażu, zainstalowania i uruchomienia, szkolenia personelu w zakresie obsługi sprzętu, serwisowania zakupionego aparatu, demontażu i utylizacji istniejącego urządzenia (systemu) PET/CT (poz. 2) przyjął jednocześnie preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% i podstawową stawkę podatku VAT w wysokości 23%. W toku postępowania przetargowego Zamawiający nie badał, z czego wynikało przyjęcie przez tego wykonawcę preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8% w odniesieniu nie tylko do dostawy samego aparatu PET, ale również do usług towarzyszących dostawie, których – jak wynika z treści samego Formularza – jest wiele i mają zróżnicowany charakter. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej cytowanych w uzasadnieniu odwołania, jak również z uzasadnień licznych orzeczeń i interpretacji podatkowych właściwych organów przywołanych w złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego Opinii prywatnej z dnia 19 września 2023 r. wynika, że kwestia opodatkowania preferencyjnymi stawkami podatku VAT świadczeń powiązanych ze świadczeniem głównym nie jest jednolicie traktowana przez organy stosujące prawo. Określenie właściwej stawki podatku dla usług towarzyszących dostawie towaru może nastręczać trudności przedsiębiorcom, na co wskazuje też treść innych ofert uczestnika postępowania odwoławczego złożonych w innych postępowaniach, które do akt sprawy odwoławczej przedłożyły strony postępowania. Zatem dla ustalenia właściwej stawki podatku VAT istotne znaczenie mają okoliczności konkretnego przypadku. Stąd też Izba uznała, że Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej powinien był wyjaśnić te okoliczności wzywając wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES do wyjaśnień w zakresie zadeklarowanej preferencyjnej stawki podatku VAT.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP byłoby przedwczesne, bez uprzedniego wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia, dlaczego
w Formularzu ofertowym zawarł preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% w stosunku do usług towarzyszących dostawie aparatu PET. Dlatego też za zasadny Izba uznała zarzut ewentualny odwołania wskazujący na naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Jednakże wobec uwzględnienia przez Izbę dalej idącego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP skutkującego nakazaniem odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego uwzględnienie zarzutu ewentualnego nie ma wpływu na wynik sprawy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pozostałe zarzuty odwołania, tj. zarzuty nr 2, nr 4 i nr 5, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Po pierwsze oddaleniu podlegał zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art.

226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wywodzi niezgodność oferty wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES z przepisami ustawy wyłącznie z faktu iż treść przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta – firmy UNITED IMAGING HEALTHCARE POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie parametr technicznych zaoferowanego urządzenia C.14-C.17 jest inna, aniżeli wykonawca zadeklarował w Formularzu Parametrów Technicznych, oraz wyciąga z tego wniosek, że de facto doszło do złożenia dwóch ofert w postępowaniu, czym jego zdaniem naruszono art. 218 ust. 1 ustawy PZP, który zasadniczo zabrania składania więcej niż jednej oferty w postępowaniu. Tego typu rozumowanie jest nadużyciem ze strony Odwołującego, albowiem nie ma żadnych podstaw do utożsamiania złożenia przedmiotowego środka dowodowego, choćby jego treść była niespójna czy nawet sprzeczna z treścią oferty, do której został załączony, ze złożeniem nowej, kolejnej oferty w tym samym postępowaniu. W ocenie Izby złożenie przedmiotowego środka dowodowego, który nie potwierdza treści oferty, automatycznie również nie świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia rozumianymi zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy PZP. Okoliczność, że przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdza parametrów technicznych urządzenia zadeklarowanych w ofercie nie oznacza jeszcze, że zaoferowane urządzenie tych parametrów w rzeczywistości nie posiada. W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości Izby, jak również nie zostało to wprost zakwestionowane przez Odwołującego, że do oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta wkradł się błąd polegający na wadliwym przyporządkowaniu właściwych wartości do poszczególnych parametrów technicznych urządzenia. W tym przypadku wadliwość treści przedmiotowego środka dowodowego nie przesądza jednak o tym, że parametry techniczne urządzenia zadeklarowane w ofercie przez uczestnika postępowania odwoławczego są niezgodne z postanowieniami SWZ, w tym z Formularzem Parametry Techniczne. Wszak zarówno zadeklarowana wartość parametru C.14 i C.16 jest mniejsza od / równa wymaganej wartości 3.0 mm, jak i wartość parametru C.15 i C.17 jest mniejsza od / równa wymaganej wartości 3.5 mm, za co uczestnikowi postępowania odwoławczego przysługiwałyby dodatkowo po 3 pkt, gdyby jego oferta nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Po drugie oddaleniu podlegał również zarzut nr 4 odwołania dotyczący naruszenia regulacji art. 107 ust. 3 i 4 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 107 ust. 3 ustawy PZP).

Art. 107 ust. 4 ustawy PZP stanowi natomiast, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wzywał wykonawcy HEALTH TECHNOLOGIES do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego celem potwierdzenia, ż urządzenie zaoferowane przez tego wykonawcę posiada wymagane wartości w parametrach C.14 – C.17, wobec tego czynienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 107 ust. 3 ustawy PZP jest oczywiście bezzasadne. W rzeczywistości Zamawiający jedynie wezwał wykonawcę HEALTH TECHNOLOGIES w trybie art. 107 ust. 4 ustawy PZ aby ten wyjaśnił mu zauważone rozbieżności w treści Formularza Parametry Techniczne i przedmiotowego środka dowodowego. Należy zauważyć, że norma z art. 107 ust. 4 ustawy PZP upoważnia Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do treści przedmiotowego środka dowodowego w każdym przypadku, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości czy złożony dokument potwierdza w rzeczywistości, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez niego w dokumentacji postępowania wymagania, cechy lub kryteria. Samo zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie treści przedmiotowego środka dowodowego jest zatem dopuszczalne, gdy Zamawiający dąży do wyjaśnienia nieścisłości i

rozbieżności w złożonych mu dokumentach. Natomiast kwestią wtórną pozostaje czy odpowiedź udzielona przez wykonawcę prowadzi do uzupełnienia lub zmiany treści złożonego przedmiotowego środka dowodowego lub samej oferty. Choć wykonawca HEALTH TECHNOLOGIES wytłumaczył Zamawiającemu, z czego wynikła niespójność treś Formularza Parametry Techniczne w zakresie parametrów C.14-C.17 z oświadczeniem autoryzowanego przedstawiciela producenta załączonym do oferty, to
w związku z tym nie złożył on nowego przedmiotowego środka dowodowego, jak również nie doszło do formalnej korekty (sprostowania) treści uprzednio już złożonego przedmiotowego środka dowodowego przez autora oświadczenia. Zastrzeżenia należy mieć jedynie do Zamawiającego, że nie wyciągnął on należytych wniosków w kontekście możliwości zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP i dopuścił do ocenienia oferty, co do której wykonawca nie przedłożył właściwego przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferty z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na względzie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 107 ust. 3 i 4 ustawy PZP.

Po trzecie wreszcie Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 5 odwołania wskazującego na naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 16 pkt 1 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej wskazującej na naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP i art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Odwołujący ograniczył się jedynie do postawienia tzw. zarzutu wynikowego i powiązał go z wadliwym wyborem oferty konkurenta, która w jego opinii powinna zostać odrzucona. Brak jest w uzasadnieniu odwołania odniesienia do sposobu, w jaki miały zostać naruszone ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert oraz podstawowe zasady prawa zamówień publicznych.

Z tego względu zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie dwóch z pięciu zarzutów odwołania Izba zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego częściowy zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy), tj. 2/5 (słownie: dwie piąte) części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:……