

WYROK
z dnia 21 lutego 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Renata Tubisz

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny w Częstochowie, ul. Bialska 104/118**, protestu z dnia 14 stycznia 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **ADO-MED. Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Bytomska 38b** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu poniesionego wpisu
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i uruchomienie wraz z przystosowaniem pomieszczeń Zakładu Diagnostyki Obrazowej dla potrzeb funkcjonowania nowoczesnej aparatury medycznej :
Pakiet I – aparatu RTG naczyniowego z ramieniem C – szt. 1 Kod CPV 33111000-1
Pakiet II – tomografu komputerowego – szt. 1 Kod CPV 33115000-9
Pakiet III - cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego – szt. 1 Kod CPV 33111000-1
Pakiet IV – przewoźnego aparatu RTG z ramieniem C – szt. 1 Kod CPV 33111000-1
zostało wszczęte przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny w Częstochowie, ul. Bialska 104/118, zwany dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji WE w dniu 20 listopada 2007r. za numerem 2007/S 223-271970.
W dniu 8 stycznia 2008r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, a w dniu 9 stycznia 2008r. przesłał tę informację m. in. TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84, zwanemu dalej Odwołującym.

Z tej informacji Odwołujący powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty w pakietach I i II z powodu zastosowania niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług – 7% - na usługi pomocnicze – przystosowanie pomieszczeń wymienionych aparatów medycznych, podczas

gdy prawidłowo powinna być zastosowana stawka w wysokości 22%. Taki błąd jest błędem nie podlegającym poprawieniu w trybie art. 88 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) – zwanej dalej ustawą. Nadto w rozdziale IX ust. 3 pkt. 3.15 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali numery katalogowe, a Odwołujący wypełniając tabelę takich numerów katalogowych nie podał. Ponadto Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający w obu pakietach wybrał jako najkorzystniejszą ofertę ADO-MED. Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Bytomska 38b, zwaną dalej Przystępującym.

W dniu 14 stycznia 2008r. Odwołujący wniósł na powyższe czynności Zamawiającego protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy i art. 82 ust. 3 ustawy. Naruszenie tych przepisów polegało, zdaniem Odwołującego, na błędnej interpretacji przepisów art. 29 i 41 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 353 ze zm.), co w konsekwencji doprowadziło do uznania, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny nie podlegający naprawieniu w trybie art. 88 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazuje, że w przypadku świadczeń złożonych o zasadach opodatkowania usług pomocniczych, a takim jest adaptacja pomieszczeń decyduje zawsze charakter usługi zasadniczej. W tym postępowaniu usługą zasadniczą jest dostawa aparatury medycznej, która jest opodatkowana preferencyjną stawką podatku VAT 7%. Na dowód prawdziwości swoich wywodów powołuje się na opinię Instytutu Studiów Podatkowych Modzelewski i Wspólnicy dotyczącą zasad stosowania stawek VAT w przypadku świadczeń złożonych (kompleksowych). Ponadto Odwołujący wskazuje, że nie mógł wypełnić wymogu Zamawiającego odnośnie wskazania numerów katalogowych, gdyż producent – firma Toshiba posługuje się jedynie nazwami i symbolami systemów, a nie numerami katalogowymi, a skoro tak to nie można od Odwołującego wymagać by taki numer podał, zatem treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ i nie powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Nadto Przystępujący także w swojej ofercie nie podał numerów katalogowych, a nawet nazw handlowych urządzeń stanowiących wymagane wyposażenie dodatkowe, a mimo to jego oferta nie została odrzucona z postępowania co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Wskazał także, iż oferta Przystępującego w pakiecie II nie spełnia warunków granicznych przewidzianych w tym pakiecie. Zgodnie z załącznikiem nr 1 pakiet II do SIWZ część „Modernizacja i rozbudowa istniejącego systemu do zarządzania i składowania danych z cyfrowych urządzeń diagnostycznych PACS/RIS” pkt. II (Serwer i wymagania techniczne) pp.

2 Zamawiający oczekiwał zaoferowania komputera do serwera wyposażonego w procesor czterordzeniowy prędkości 1,8 GHz. Komputer oferowany nie spełnia tego warunku, gdyż wartość zaoferowana wynosi 1,6 GHz.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakietach I i II, powtórzenie czynności oceny ofert w pakietach I i II z udziałem oferty TMS sp. z o.o., a wyniku tej oceny odrzucenie oferty Przystępującego w pakiecie II oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w tych pakietach.

W dniu 15 stycznia 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu. W dniu 17 stycznia 2008r. do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpił Przystępujący wnosząc o oddalenie protestu. Ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego podniósł, że jego oferta w pakiecie II spełnia wymóg graniczny postawiony przez Zamawiającego na karcie 189 Przystępujący zaoferował procesor Xeon DP E5310 charakteryzujący się możliwością wyboru ustawienia prędkości taktowania zegara również 1,8 GHz. Taką możliwość Przystępujący potwierdził wpisując „TAK” w kolumnie parametr oferowany i dodatkowo Przystępujący zapewnił możliwość dostarczenia ewentualnie nowszego modelu spełniającego warunki SIWZ. Przystępujący wskazuje, że Zamawiający dokonał wyraźnego rozróżnienia w ramach umowy na dostawę – dostawa aparatury medycznej i świadczenie usług – usługi budowlane prace adaptacyjne. Świadczy o tym treść i kształt tabeli pkt. IX.3.15 SIWZ oraz formularz cenowy karta 0005 – 0006 oferty TMS, a także rozróżnienie wymagań gwarancyjnych (§ 9 umowy) i samo określenie przedmiotu zamówienia. Skoro tak to nie mamy do czynienia z jednolitością świadczeń i nie może być stosowana jednolita stawka. Na poparcie swojego stanowiska przywołuje wyrok WSA w Warszawie z 6 grudnia 2005r. oraz wyrok ZA z 25 września 2006r. UZP/ZO/0-2499/06. Obowiązek podatkowy oraz wysokości stawek określa ustawa, a nie opinia firmy doradczej.

Postępowanie Odwołującego jest niekonsekwentne, gdyż w poz. Nr 2 formularza cenowego w pozycji dotyczącej modernizacji i rozbudowy systemu zarządzania i składowania danych stosuje dwie stawki VAT 7% i 22%. W pakiecie II cena netto i brutto zaoferowana przez Odwołującego jest wyższa niż ceny pozostałych oferentów. Odnosząc nazwy katalogowych, to wymóg Zamawiającego w tym zakresie był znany Odwołującemu od momentu zapoznania się z treścią SIWZ, jeśli uważał wymóg za błędny, ograniczający konkurencję lub niejasny, to mógł wykorzystać przewidziane przez prawo środki, a na obecnym etapie postępowania nie może już takich zarzutów podnosić, bo wyraził zgodę na warunki przewidziane przez Zamawiającego. Przystępujący wypełnił wymogi Zamawiającego, gdyż podał nazwy handlowe i katalogowe zgodnie z tymi, które będą używane na fakturach. Z faktu, że Przystępujący dokonał wyszczególnienia i podał nazwy wyposażenia dodatkowego, czyli zrobił więcej niż wymagał Zamawiający nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla

Przystępującego. Ponadto Odwołujący nie przedstawił właściwych certyfikatów na oferowane modele urządzeń w obu pakietach i z tego względu również jego oferta powinna ulec odrzuceniu.

W dniu 21 stycznia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest uznając go za nieuzasadniony w zakresie pakietu nr I i za uwzględniony w zakresie pakietu II. Rozstrzygnięcie nie zawiera uzasadnienia prawnego i faktycznego.

W dniu 25 stycznia 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty i wnioski w części to jest w zakresie pakietu nr I. W całości podtrzymał także argumentację zawartą w proteście.

W dniu 4 lutego 2007r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie żądając oddalenia odwołania oraz zasądzenia stosownych kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Podniósł, że warunkiem SIWZ było podanie numerów katalogowych, co ma znaczenie dla eksploatacji urządzeń po okresie gwarancyjnym, dla poszukiwania części zamiennych, a Odwołujący nie udowodnił, że firma Toshiba nie stosuje numerów katalogowych. Odnosząc stawki VAT, to jest ona zaniżona i nieprawdziwa i ma wpływ na wysokość oferowanej ceny. Na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny prawidłowości zastosowania stawki, co uczynił. Nadto zniżenie w ten sposób ceny może być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Błąd w stawce VAT jest błędem w obliczeniu ceny, a nie omyłką rachunkową i nie można go poprawić w trybie art. 88 pzp. Zarzut jest nieudowodniony, gdyż nie wskazano jakie przepisy Zamawiający naruszył. Ponadto postępowanie Odwołującego jest niekonsekwentne, gdyż w poz. Nr 2 formularza cenowego w pozycji dotyczącej modernizacji i rozbudowy systemu zarządzania i składowania danych stosuje dwie stawki VAT 7% i 22%. Oferta Przystępującego jest prawidłowa i spełnia wszystkie warunki zawarte w SIWZ.

Izba dopuściła jako dowód specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Przystępującego i Odwołującego się, treść wyjaśnień udzielonych wykonawcom w toku postępowania oraz protokół postępowania wraz z załącznikami na okoliczność udowodnienia faktu, jakie wymogi Zamawiający stawiał wykonawcom, czy oferty Przystępującego i Odwołującego odpowiadały wymogom SIWZ oraz czy Odwołujący posiadał w pakiecie I interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Dokonując analizy wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego należy stwierdzić, iż żaden z wykonawców nie zadał pytania dotyczącego obowiązku zamieszczania numerów katalogowych zgodnie z rozdziałem IX pkt. 3.15. SIWZ (dowód : wyjaśnienia Zamawiającego z okresu 27.11.2007 – 20.12.2007r.). Obowiązek podawania numerów katalogowych wynika z rozdziału IX pkt. 3.15 trzecia kolumna tabeli „Nazwa handlowa i nr kat. zgodnie z nazwami używanymi w wystawianych fakturach”. Ze spójnika „i” należy wywieść, że Zamawiający oczekiwał podania zarówno nazwy handlowej jak i numeru katalogowego jednakże wskazując w jakim zakresie oczekuje podania tych informacji. Zamawiający chciał podania nazw handlowych i numerów katalogowych zgodnie z nazwami używanymi na wystawianych fakturach. A contrario należy z tego zapisu wywieść, że o ile nazwy i numery katalogowe nie są używane w wystawianych fakturach, to nie ma obowiązku ich podawania. Odwołujący

podał, że firma Toshiba nie wprowadziła numerów katalogowych dla produktów medycznych. Zamawiający uzasadniał żądanie podania numerów katalogowych potrzebą zakupu części zamiennych lub dokonywania napraw po okresie gwarancyjnym. Numery katalogowe nie są numerami seryjnymi urządzenia, a to właśnie na podstawie numerów seryjnych określa się dla danego produktu części zamienne, czy sposoby naprawy. Numery katalogowe są to wewnętrzne numery nadawane przez firmę i nie ma obowiązku ich nadawania, służą one najczęściej do potrzeb magazynowych, analizy stanu magazynu, kontroli obrotu oraz archiwizowania danych, jednakże sam fakt nadania danemu rodzajowi urządzeń numeru katalogowego nie przesądza o trwałym przypisaniu tego numeru do danego urządzenia. Tak dzieje się natomiast w przypadku nadania numeru seryjnego. Praktyka i doświadczenie życiowe wskazuje, że po dłuższym okresie od zakupu danego produktu pod tym samym numerem katalogowym tej samej firmy występuje zupełnie inny produkt, co nie ma miejsca w przypadku numeru seryjnego. W tej sytuacji należy uznać, że wskazanie numeru katalogowego było obowiązkiem wykonawcy jedynie w przypadku, gdy taki numer wpisuje on na wystawianej fakturze obok nazwy handlowej. Nadto takie rozumienie zapisu SIWZ prezentuje wykonawca wybrany, który jedynie w odniesieniu do głównych przedmiotów dostaw wskazał nazwy handlowe i numery katalogowe, a w przypadku wyposażenia dodatkowego wskazał jedynie rodzaj tego wyposażenia bez nazwy handlowej i numeru katalogowego. Takie stanowisko zaprezentował także podczas rozprawy. Tym samym treść zapisu SIWZ była jednoznaczna dla wykonawców ubiegających się o zamówienie. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy to jest zasadę równego traktowania wykonawców. Skoro w ofercie wybranej nie było dla wszystkich produktów nazw handlowych i numerów katalogowych, a w tabeli rozdziału IX pkt. 3.15 SIWZ Zamawiający nie wskazał, że te dane mają się odnosić tylko do produktów podstawowych, to postępując jednakowo wobec każdego z wykonawców i ofertę Przystępującego powinien był

odrzuć. Gdyby jednak tak jak w tym postępowaniu uznał, że wymóg nie jest restrykcyjny i odnosi się w rzeczywistości tylko do tożsamości wskazań tabeli z danymi na fakturze, to równo traktując wykonawców powinien był uznać, że oferta Odwołującego swoją treścią spełnia wymogi SIWZ. W konsekwencji tego naruszenia Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie i wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego ze wskazanej powyższej podstawy.

Zgodnie z zapisami str. 24 SIWZ wykonawca w ramach przystosowania pomieszczeń do montażu aparatu RTG naczyniowego z ramieniem C miał wykonać :

- projekt technologiczny usytuowania aparatu,
- projekt budowlany uwzględniający wymiany wykładziny na prądotrzewodzącą,
- drzwi RTG z wmontowanymi zamkami na kartę magnetyczną z pomieszczeniami przylegającymi,
- opracowanie projektów branżowych.

Ponadto wykonanie prac – założenie wykładziny na 350 m².

Na planie technicznym opisanym w SIWZ wskazuje się m.in. na przesunięcie do innego pomieszczenia łazienek, a także związane z nim prace hydrauliczne i ogólnobudowlane. Doprecyzowanie dalszych prac Zamawiający wskazuje w wyjaśnieniach z dnia 12.12.2007r., 13.12.2007r. i 20.12.2007r. i są to :

- obrzeże drzwi na ścianach uzupełnić płytkami w kolorze zbliżonym do obecnego – odpowiedź na pytanie 4 z 12.12.2007r.
- wymiana wykładziny to 350 m² i dotyczy tylko dwóch korytarzy przyległych do pracowni od strony północnej i południowej – odpowiedź na pytanie 10 z 12.12.2007r.
- wymiana grzejników – odpowiedź na pytanie 13 z 13.12.2007r.
- dostosowanie pomieszczeń lub drzwi jeśli nie odpowiadają normom dla pracowni – odpowiedź na pytanie 14 z 13.12.2007r.,
- malowanie ścian i sufitu korytarzy – odpowiedź na pytanie 20 z 13.12.2007r.,
- dopuszcza możliwość zmian architektonicznych pod warunkiem zgodności z obowiązującymi przepisami – odpowiedź na pytanie 2 z 20.12.2007r.,
- wymiana wszystkich drzwi w pracowniach – odpowiedź na pytanie 4 z 20.12.2007r.
- wymiana klimatyzacji chłodzącej jeśli zachodzi konieczność – odpowiedź na pytanie 6 z 20.12.2007r.

Zakres prac adaptacyjnych obejmuje zatem nie tylko prace bezpośrednio związane z instalacją angiografu, ale także prace zmierzające do modernizacji całej pracowni RTG.

Art. 29 i 41 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług może być interpretowany w sposób przedstawiony przez Odwołującego, ale tylko, o ile dane usługi czy dostawy są konieczne, niezbędne dla zrealizowania świadczenia głównego. Nie można tej

kwalifikacji odnosić do wszystkich czynności związanych choć pośrednio ze świadczeniem głównym. Konieczne niezbędne usługi czy dostawy to tylko te, bez których zrealizowanie świadczenia głównego byłoby niemożliwe. W doktrynie, w tym również w przywoływanym przez Odwołującego wyroku ETS – C 41/04, wskazuje się, że aby mówić o jednolitości świadczenia ścisłość związania dwóch lub więcej świadczeń (czynności) musi być tak silne, aby tworzyły one obiektywnie w aspekcie gospodarczym jedną całość i gdy ich rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie obejmuje przedmiotem zamówienia wyłącznie prac związanych z montażem angiografu, ale także szereg prac, które mają na celu jedynie odnowienie pomieszczeń i nie są ściśle związane z zakupem urządzenia. Co więcej ilość i zakres rzeczowy prac sensu stricte modernizacyjnych jest większy niż prac związanych bezpośrednio z montażem urządzenia. Rację należy przyznać Przystępującemu do postępowania w takim zakresie w jakim podnosi on literalną wykładnię przepisu prawa podatkowego, w szczególności w zakresie stosowania preferencyjnych stawek VAT. Stawki preferencyjne wprowadzone są, ze względu na specyficzny charakter towaru lub usługi, którego obrót jest konieczny dla zaspokojenia potrzeb interesu publicznego (w tym ochrony zdrowia) lub bezpieczeństwa państwa. Stawki preferencyjne stanowią zatem odstępstwo od reguły obowiązywania stawki VAT w wysokości 22%. W tej sytuacji należy stosować regułę interpretacyjną, że ujednolicenie stawek w ramach czynności złożonej nie może prowadzić do obejścia przepisów o stawce podstawowej. W podobnym duchu wypowiedział się, dokonując interpretacji prawa wspólnotowego, ETS wyrok C-251/05 „Trybunał wielokrotnie podkreślał, przepisy szóstej dyrektywy ustanawiające odstępstwa od ogólnej zasady, zgodnie z którą podatek VAT jest pobierany od każdej odpłatnej dostawy towarów lub odpłatnego świadczenia usług, podlegają wykładni zawężającej (zob. w tym kierunku wyroki z dnia 22 października 1998 r. w sprawach połączonych C-308/96 i C-94/97 Madgett et Baldwin, Rec. str. I-6229, pkt 34; z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-384/01 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-4395, pkt 28; z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawach połączonych C-394/04 i C-395/04 Ygeia, Zb.Orz. str. I-10373, pkt 15 i 16, jak również wyrok z dnia 8 grudnia 2005 r. w sprawie C-280/04 Jyske Finans, Zb.Orz. str. I-10683, pkt 21). Z tego też powodu także zwolnienia dające prawo do zwrotu zapłaconego podatku przewidziane w art. 28 ust. 2 lit. a) szóstej dyrektywy nie powinny być rozciągane na towary, które w dniu 1 stycznia 1991 r. były wyłączone spod takiego zwolnienia przez ustawodawcę krajowego. Jedna dostawa co do zasady podlega jednej stawce podatku VAT, to jednak nie sprzeciwia się ono oddzielnemu opodatkowaniu określonych składników tej dostawy, o ile tylko takie opodatkowanie będzie zgodne z warunkami, od których art. 28 ust. 2 lit. a) szóstej dyrektywy uzależnia zastosowanie zwolnień dających prawo do zwrotu zapłaconego podatku. ” Mając to na uwadze oraz przeprowadzoną wcześniej analizę przedmiotu postępowania, należy stwierdzić, że przyjęta

przez Odwołującego stawka 7% VAT dla świadczeń – prac adaptacyjnych nie może być przez lzbę uznana za prawidłową i nie zawierającą błędów w obliczeniu ceny. Na podstawie zapisów SIWZ oraz wyjaśnień Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie sposób podzielić tezy Odwołującego, że prace adaptacyjne służyły wyłącznie montażowi i uruchomieniu aparatu RTG naczyniowego z ramieniem C. Nadto w toku postępowania Odwołujący nie wyjaśnił z jakich przyczyn stosuje stawkę 22% dla Osprzętu – osłony ołowiowej i fartucha z gumy ołowiowej, choć przecież, idąc jego tokiem rozumowania można by próbować wykazać, że bez tego typu wyposażenia urządzenie stanowi zagrożenie dla personelu obsługującego pracownię oraz dla samego pacjenta, nie jest więc bez tego wyposażenia możliwa praca w sposób prawidłowy, co pośrednio przemawia za dowolnością interpretacji podatkowych dokonanych przez Odwołującego. Przywołane przez Odwołującego interpretacje Urzędów Skarbowych, aczkolwiek dotyczące świadczeń kompleksowych nie odnoszą się do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Nadto zarówno z tych interpretacji, jak i orzeczeń wynika, że właściwy symbol PKWiU będzie decydował o potraktowaniu czynności jako sprzedaży towarów czy świadczenia usług. W rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) Dz.U.04.89.844 ze zm., usługi instalowania

sprzętu i aparatury medycznej i chirurgicznej mają symbol PKWiU 33.10.91, aparaty rentgenowskie i aparaty wykorzystujące promieniowanie alfa, beta lub gamma, włącznie z aparaturą do radiografii lub radioterapii symbol 33.10.11, zaś usługi budowlane znajdują się w dziale nr 45 i noszą symbole 45.10.00 do 45.50.00.

Izba przy powyższej analizie uwzględniła dowody przedstawione przez Przystępującego w postaci wcześniej zawieranych umów o zamówienie publiczne, jedynie w takim zakresie w jakim stanowią one dowód tego, że w innych postępowaniach związanych z dostawą sprzętu medycznego i modernizacją pomieszczeń Przystępujący stosował takie, jak w złożonej przez siebie ofercie stawki VAT. Izba nie uwzględniła interpretacji Urzędu Skarbowego w Chorzowie jako nie dotyczącej stanu faktycznego związanego z niniejszym postępowaniem. Odwołujący, w ocenie Izby, nie przedstawił wiarygodnego dowodu na poparcie swojej argumentacji uprawdopodobniającej choćby jego tezę np. interpretację z właściwego dla siebie Urzędu Skarbowego w tej sprawie. Nie można także podzielić argumentacji Odwołującego, że ustalenie właściwej stawki podatkowej jest wyłącznie obowiązkiem Odwołującego jako zbywcy i nie może być kontrolowane przez Zamawiającego. Takie rozumowanie jest słuszne w kontekście odpowiedzialności podatkowej podatnika, ale nie na gruncie ustawy PZP. Wadliwa stawka podatku zastosowana przez Odwołującego jest w rzeczywistości błędem w obliczeniu ceny i jako taki błąd podlega kontroli Zamawiającego przy ocenie ofert w celu zbadania istnienia lub nie istnienia przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Gdyby podzielić argumentację Odwołującego, dopuszczając prawo wyboru stawki

przez wykonawców doszłoby do sytuacji, w której nie można byłoby dokonać porównania ofert w kontekście zaoferowanych cen, a tym samym prawidłowo wybrać ofertę najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu Przystępującego do postępowania naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia Odwołującego także z tego powodu, że nie przedłożył on deklaracji zgodności na oferowane urządzenie – aparat RTG Invisin –vci z płaskim detektorem. Izba ustaliła, co następuje Zamawiający wymagał zgodnie z pkt. VI.1.9 SIWZ aktualnych świadectw CE w zakresie zgodności systemu zarządzania jakością producenta z wymogami dyrektywy 93/42/EEC wraz z deklaracją zgodności urządzeń z odpowiednimi normami IEC oraz wymogami dyrektywy 93/42/EEC z podaniem klasy lub potwierdzeniem zgłoszenia do Rejestru Wyrobów Medycznych. Odwołujący stosowną deklarację zgodności (str. 145 oferty) przedłożył. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający nie określił od kogo ma pochodzić deklaracja zgodności ani też, że ma dotyczyć danego modelu. Zamawiający posłużył się pojęciem klasy. Wobec takich wymogów Zamawiającego należy uznać, że Odwołujący wypełnił zapisy SIWZ. Nadto gdyby Zamawiający miał wątpliwość czy oferowany sprzęt spełnia wymogi bezpieczeństwa, w kontekście czy firma japońska Toshiba udzieliła praw do wystawienia deklaracji zgodności firmie europejskiej Toshiba, ta wątpliwość nie powoduje bezpośrednio skutku odrzucenia oferty. Poprzedzać ją powinna czynność wyjaśnień odnośnie spełnienia warunków przedmiotowych – art. 26 ust. 4 ustawy lub wezwanie do uzupełnienia dokumentu – art. 26 ust. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy zarzut Przystępującego jest niezasadny. Nie można jednak podzielić stanowiska Odwołującego, że zarzut ten nie powinien być brany przez Izbę pod uwagę w kontekście granic zaskarżenia – art. 181 ust. 5 ustawy. Z zasady szybkości postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz treści art. 181 ust. 6 i 7 ustawy należy wywieść, że Przystępujący ma prawo podnosić własne zarzuty co do czynności Zamawiającego o ile nie pozostają one w sprzeczności ze stroną do której przystąpił. Zarzut Przystępującego jest jeden i nie pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego – oddalić odwołanie i utrzymać w mocy decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazanie dodatkowej podstawy, przemawiającej za słusznością twierdzenia Zamawiającego, nie można uznać za niedopuszczalne. Nadto ma rację Przystępujący, że gdyby wynik postępowania był dla niego niekorzystny, nie mógłby podnieść tego zarzutu na dalszym etapie postępowania, gdyż upłynąłby termin na wniesienie protestu liczony od daty powzięcia wiadomości o czynności Zamawiającego i tym samym utraciłby on legitymację prawną do zaskarżenia tego zaniechania. Należy zauważyć, że o ile Przystępujący, nie ma interesu we wnoszeniu odrębnego protestu na czynność Zamawiającego, bo jego oferta jest uznana za najkorzystniejszą, to ma interes prawny w

przystąpieniu do strony postępowania protestacyjnego i ten interes nie jest ograniczony możliwością uzyskania zamówienia. Odmowa rozpoznania zarzutu Przystępującego prowadziłaby de facto do odmowy Przystępującemu prawa do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznając istnienie przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 stwierdza, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego i z tego względu, mimo nieuwzględnienia pozostałych przesłanek odrzucenia, oddala odwołanie w zakresie zarzutu opartego na naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt.6 ustawy. Jednocześnie uznając, że Zamawiający oczekując podania numerów katalogowych jedynie w zakresie ujawnionym na fakturach, stwierdza, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba orzeka jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych. Jednocześnie też Izba uznała wniosek Zamawiającego w zakresie zasądzenia na jego rzecz zwrotu kosztów zastępstwa prawnego według norm prawem przepisanych za niezgodny z treścią § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Dz.U.07.128.886, zgodnie z którym koszty w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą mogą być zasądzone jedynie na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....
