

Sygn. akt: KIO 1412/18

WYROK

z dnia 30 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2018 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Althea Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze 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**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę serwisową tomografu komputerowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 lipca 2018 roku wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lipca 2018 r.

Zaskarżonej czynności odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie („przystępujący) mimo zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie okoliczności mających wpływ na treść złożonej oferty, a w konsekwencji zastosowaną przez wykonawców kalkulację cenową, co doprowadziło do złożenia ofert nieporównywalnych,

2. art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, mimo zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści oferty, przez co naruszona została zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską, bez uprzedniego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji złożonej oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, a zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego

ewentualnie

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p.- postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia z uwagi na treść zapisów opisu przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) po modyfikacji z dnia 26 i 28 czerwca 2018 r., które zamawiający opisał w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, po

upływie terminu składania zapytań do s.i.w.z. oraz bez uwzględnienia czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian w ofertach, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, że wykonawcy złożyli oferty nieporównywalne,

5. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 83 ust. 1 i 1a lub art. 29 ust 3 w związku z art. 30 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie w postępowaniu złożenia oferty wariantowej lub równoważnej mimo braku stosownych postanowień w s.i.w.z. lub braku sprecyzowania minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, co doprowadziło do złożenia przez wykonawców ofert nieporównywalnych.

oraz wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. Nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego,
3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
4. z ostrożności procesowej – ewentualnie o unieważnienie postępowania z przyczyn o których mowa w treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że spełnia wszystkie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., a zwłaszcza legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku wskazanych naruszeń. Stwierdził, że zamawiający, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego przy jednoczesnym zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., pozbawił odwołującego szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, czego następstwem jest szkoda w majątku odwołującego w postaci nieuzyskania wskazanego zamówienia i utraty przewidywanych korzyści o wartości odpowiadającej złożonej ofercie. Podkreślił, że posiada realną szansę na uzyskanie zamówienia na skutek uwzględnienia odwołania, co uprawdopodobnia fakt, iż do zamawiającego wpłynęły tylko dwie oferty w tym jedna od odwołującego, którą sklasyfikowano na drugiej pozycji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, mimo zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie okoliczności mających wpływ na treść złożonej oferty, a w konsekwencji zastosowaną przez wykonawców kalkulację cenową, co doprowadziło do złożenia ofert nieporównywalnych, przez co naruszona została zasada zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości, odwołujący wskazał, co następuje:

Na gruncie przedmiotowej sprawy, wobec niejednoznacznych zapisów zmienionej s.i.w.z, istotną dla zamawiającego kwestią winno być ustalenie z jakich przyczyn przystępujący uznał, że *upgrade* dwóch stacji opisowych nie jest niezbędny. Ocena oferty wykonawcy i jej zgodności z s.i.w.z. winna się więc opierać na ustaleniu przyczyn uwzględnienia w treści oferty *upgrade'u* lub jego braku po uzyskaniu stosownych wyjaśnień wykonawców dokonanych na wezwanie o których mowa w art. 87 ust 1 ustawy P.z.p. Pomimo fakultatywności żądania wyjaśnień wynikającej z językowej wykładni przepisu art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., orzecznictwo przy aprobacie doktryny uformowało spójną linię wykładni wskazującą na obowiązek żądania wyjaśnień przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, wskutek nieprawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, spowodował iż wykonawcy nie posiadali informacji niezbędnych do sporządzenia porównywalnych ofert. Następnie zaś zamawiający nie wezwał wykonawców do wyjaśnienia na jakiej podstawie dokonali konkretnych ustaleń faktycznych - tj. konieczności *upgrade'u*. Powyższe prowadzi dalej do tego, że wykonawcy, którzy w swojej ofercie szczegółowo wyjaśnili składniki swojej oferty, zostali postawieni w pozycji mniej korzystnej od przystępującego, która nie uwzględniła w cenie oferty *upgrade'u* i nawet nie musiała tej okoliczności wyjaśniać. Przeczy to zasadzie równoprawnego traktowania wykonawców oraz innym zasad zacytowanym we wstępie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską, bez uprzedniego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji złożonej oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, a zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego, odwołujący podniósł, że działania zamawiającego, polegające na nieprawidłowym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia doprowadziły do sytuacji, w której w postępowaniu złożono oferty skrajnie nieporównywalne. Jak można wnioskować z treści złożonych ofert, przedstawione oferty różnił koszt wymiany komputerów tomografu oraz zakupu oprogramowania niezbędnego do ich należytego funkcjonowania (*upgrade*).

Koszt wykonania *upgrade'u*, zgodnie z zaleceniami, stanowi kwotę około 200 000 zł. W ocenie producenta, na koszt świadczenia tejże usługi, składać się będzie koszt nabycia dwóch nowych komputerów za kwotę ok 160 000 zł, a pozostałe 40 000 zł stanowi koszt niezbędnego oprogramowania.

W ocenie odwołującego, powyższe oznacza, że przystępujący uznał, że:

1. Nie ma konieczności aby dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego wykonać *upgrade* dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4,4 do

wersji AW 4,7 i wobec powyższego w ogóle nie wkalkulował jego wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w treści oferty. Powyższe oznacza, że przystępujący, przy współdziałaniu Zamawiającego, przychyłającego się do takiego działania, naraża zdrowie i życie pacjentów poprzez wykonywanie badań tomograficznych wyeksploatowanym sprzętem, niezgodnie z zaleceniami producenta, albo

2. Wkalkulował tylko niektóre części zamienne niezbędne przy świadczeniu usługi serwisowej nie wskazując poziomu ryzyka, jakie przyjmuje dla ustalenia ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, mimo znaczących różnic w ofertach wykonawców, zaniechał wezwania przystępującego do wyjaśnienia istotnych elementów kalkulacji ceny ofertowej. Wezwanie to do złożenia wyjaśnień winno dotyczyć wszystkich elementów cenotwórczych- przy uwzględnieniu okoliczności iż jest to cena ryczałtowa, o których mowa w § 3 ust. 3 projektu umowy stanowiącego załącznik do s.i.w.z., a mianowicie - wynagrodzenie przystępującego obejmujące wszystkie koszty, jakie poniesie przystępujący z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji umowy, a w szczególności wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym:

- Koszty dojazdu do i z siedziby zamawiającego
- Prac serwisowych,
- Wszystkich części zamiennych,
- Przeglądów, napraw,
- Koszty cła i podatków, jeśli takie występują,
- Koszty koniecznych szkoleń,
- Koszty transportu, opakowania i ubezpieczenia aparatu w przypadku realizacji naprawy poza siedzibą zamawiającego,
- Koszty wydania orzeczeń technicznych kwalifikujących aparaty do wycofania z eksploatacji, jak również wszelkie inne koszty związane z należyтым wykonaniem wszystkich czynności serwisowych.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego, zasadnym jest wezwanie przystępującego do wyjaśnienia wszystkich wyżej wymienionych składników cenotwórczych oferty. Obowiązkowi temu nie sprostał zamawiający.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że postępowanie obarczone jest wadę niemożliwą do usunięcia z uwagi na treść zapisów opisu przedmiotu zamówienia oraz s.i.w.z. po zmianie po modyfikacji

z dnia 26 i 28 czerwca 2018 r., które zamawiający opisał w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, po upływie terminu składania zapytań do s.i.w.z. oraz bez uwzględnienia czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian w ofertach, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, że wykonawcy złożyli oferty nieporównywalne.

Ewentualnie – w ocenie odwołującego – istnieją przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy P.z.p., jest obligatoryjne. Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego, z treści złożonych ofert wynika, iż przystępujący w odmienny sposób interpretowali zmodyfikowane zapisy s.i.w.z., a w szczególności treść zmodyfikowanego postanowienia umownego: Jeżeli wykonawca, stoi na stanowisku iż dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego konieczna jest upgrade, co doprowadziło do złożenia ofert nieporównywalnych.

Odwołujący stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy kluczowe znaczenie ma okoliczność iż zamawiający już kwietniu 2016 r. posiadał wiedzę iż z dniem 31 grudnia 2016 r. kończy się okres eksploatacji AW 4.1 to 4.4 (with HP hardware version x4000 or xw8000 or xw8200). O tym fakcie zamawiający został powiadomiony pismem producenta z dnia 18 kwietnia 2016 r.

Odwołujący stwierdził, że od kwietnia 2016 r. zamawiający miał zatem możliwość przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, w sposób wyczerpujący przesłanki art. 29 ustawy P.z.p. W szczególności zamawiający wiedział, iż nie może pozostawić kwestii upgrade'u do decyzji wykonawców, co uczynił w tym postępowaniu, lecz winien był wskazać, jakie czynności serwisowe winien przeprowadzić wykonawca, aby należycie wykonać czynności serwisowe. Przede wszystkim winien był powiadomić wszystkich wykonawców o fakcie upływu okresu eksploatacji urządzenia. Posiadając tę wiedzę wszyscy wykonawcy mieliby możliwość ustalenia, że niezbędny upgrade stacji polegać będzie w praktyce na wymianie części komputerów tomografu wraz z nowym oprogramowaniem i nie jest możliwe dokonanie tych czynności w normalnym toku czynności serwisowych.

Tymczasem zamawiający, modyfikując s.i.w.z., nie wprowadził odniesień zapewniających porównywalność złożonych ofert poprzez brak wprowadzenia podstaw do oceny tychże ofert w zakresie konieczności lub braku konieczności wprowadzenia upgrade'u.

Odwołujący stwierdził, że odpowiedzi zamawiającego na pytania do s.i.w.z. z dnia 26 czerwca 2018 r. są niezgodne z prawdą. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 6 do s.i.w.z.: Czy wszystkie części zamienne mają być w pełni zgodne z zaleceniami wytwórcy wyrobu medycznego? - Zgodnie z SiWZ. zamawiający wymaga aby obsługa serwisowa była realizowana zgodnie z zaleceniami producenta. Świadczenie usługi serwisowej bez upgrade'u jest niezgodne z zaleceniami producenta i jako takie nie powinno być prowadzone.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonując zmiany postanowienia § 2 ust. 10 umowy stanowiącej załącznik do s.i.w.z. w obecnym brzmieniu:

Jeżeli wykonawca stoi na stanowisku iż dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego konieczny jest upgrade dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4,4 do wersji AW 4,7 wykona go w ramach wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1" Zamawiający przekazuje w załączeniu zmieniony Załącznik nr 4.

nie wprowadził postanowień umożliwiających badanie oferty wykonawcy pod kątem podstaw rezygnacji z upgrade dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4,4 do wersji AW 4,7, co uniemożliwiło złożenie porównywalnych ofert. Tym samym zamawiający nawet dokonując wezwania do wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawców ofert, nie ma podstaw do ustalenia czy uwzględnienie lub brak uwzględnienia upgrade'u w cenie ofertowej jest uzasadnione.

Odwołujący podniósł, że mimo zaistnienia podstaw do wyodrębnienia części zamówienia: odrębnie serwisu i upgrade'u zamawiający nie dokonał takiego podziału i nie wskazał uzasadnienia zaniechania podziału na części w protokole. Wskazał, że artykuł 96 ust. 1 pkt 11 Prawa zamówień publicznych tworzy obowiązek zawarcia uzasadnienia zaniechania podziału zamówienia na części w protokole (przy czym nie ma podstaw; aby wyłączyć możliwość zawarcia szczególnie szerokiego uzasadnienia w załączniku do protokołu - podlegającego udostępnieniu na tych samych zasadach co sam protokół postępowania). Zasadność tego zaniechania pozostaje odrębną kwestią, która może być rozpatrywana w świetle naruszenia art. 29 ust 2 w zw.z art. 7 ust 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Sam artykuł 96 ust. 1 pkt 11 Prawa zamówień publicznych konstytuuje jedynie obowiązek podania przez zamawiającego uzasadnienia zaniechania podziału zamówienia na części, (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2017 r. KIO 1910/17).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, rozważając możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, winien wziąć/wziął pod uwagę możliwość wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie zasadności lub braku uwzględnienia w cenie ofertowej upgrade'u. Niemniej jednak zamawiający nie wskazał w s.i.w.z. podstaw do oceny ofert, nawet uwzględniając ewentualne wyjaśnienia wykonawców.

Zamawiający nie może więc dokonać skutecznego usunięcia zaistniałej wady postępowania i z tych przyczyn postępowanie winno zostać unieważnione.

W zakresie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 83 ust. 1 i 1a lub art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie w postępowaniu złożenia oferty wariantowej lub równoważnej mimo braku stosownych postanowień w s.i.w.z. lub braku sprecyzowania minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, co doprowadziło do złożenia przez wykonawców ofert nieporównywalnych, odwołujący stwierdził, że zamawiający poprzez modyfikację s.i.w.z. dopuścił w niniejszym postępowaniu zastosowanie rozwiązań wariantowych, lub równoważnych - czego nie da się jednoznacznie zidentyfikować wobec niejednoznaczne zapisy s.i.w.z.

Odwołujący podniósł, że bez względu jednak na to, czy w postępowaniu wymagano złożenia ofert równoważnych czy też wariantowych zamawiający nie dopełnił obowiązku wskazania minimalnych warunków, jakim oferty muszą odpowiadać, aby spełnić warunek wariantowości lub równoważności, co stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że jeżeli natomiast dopuszczenie różnych rozwiązań w zakresie upgrade'u uznać należy za dopuszczenie rozwiązań równoważnych, to zamawiający nie dochował obowiązku ustalenia, co rozumie przez dopuszczenie rozwiązań równoważnych i w jaki sposób będzie oceniał rozwiązania równoważne zaproponowane przez wykonawców. Obowiązek ustalania kryteriów równoważności w Opisie Przedmiotu Zamówienia jest już utrwalony w doktrynie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lipca 2018 roku zamawiający wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawartych w treści odpowiedzi na odwołanie,
2. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

W zakresie zarzutów 1 i 2 odwołania zamawiający stwierdził, że nie wie, na jakiej postawie odwołujący sformułował te zarzuty. Każdy z wykonawców startujących w postępowaniu przetargowym złożył wraz z ofertą formularz ofertowy i cenowy wypełniony zgodnie z wzorami umieszczonymi w si.w.z. Formularze te zawierały wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje. W przypadku odwołującego formularze zawierały również dodatkową, nie wymaganą przez zamawiającego informację co składa się na cenę ofertową brutto tj. cena za serwis wynosząca 293.746,14 zł brutto oraz cena za dostawę dwóch stacji 215.871,48 zł brutto. Zamawiający nie miał więc obowiązku wzywać do wyjaśnienia treści złożonej oferty któregośkolwiek z wykonawców. Jednakże z ostrożności zamawiający pismem z dnia 09.07.2018r. zwrócił się (stosownie do art. 87 ust. 1 P.z.p.) do przystępującego w celu „szczegółowego wyjaśnienia czy w ofercie uwzględniono upgrade stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7, czy Wykonawca uznał, że jest on zbędny dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego i jego prawidłowej obsługi serwisowej.” Przystępujący w odpowiedzi wyjaśnił, iż posiada magazyn z częściami zamiennymi do posiadanych przez zamawiającego stacji opisowych, w związku z powyższym nie było konieczności uwzględniania upgrade'u ww. stacji w swojej ofercie. Przystępujący podał w formularzu ofertowym i cenowym cenę brutto obejmującą wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego korzystając z możliwości nie dokonywania upgrade'u, jeśli nie jest to konieczne, natomiast odwołujący skorzystał z dopuszczonej możliwości dokonania upgrade'u ww. stacji.

W ocenie zamawiającego, zapisy s.i.w.z. były jednoznaczne i czytelne. Wykonawcy startujący w ww. przetargu zobowiązani byli do złożenia oferty na obsługę serwisową tomografu komputerowego poprzez zaoferowanie ceny ryczałtowej zawierającej koszt przeglądów, konserwacji, naprawy, części zamiennych również części specjalne łącznie z lampą RTG oraz upgrade stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7, o ile wykonawca uzna, że jest on niezbędny dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego i jego prawidłowej obsługi serwisowej, dojazdu i szkolenie. W decyzji wykonawców był wybór sposobu zapewnienia serwisu ww. stacji, upgrade czy też jego brak, nie zaś sam przedmiot przetargu. Przystępujący w ramach odpowiedzi na wyjaśnienia z dnia 09.07.2018 r. wyjaśnił powód, dla którego nie musiał uwzględniać upgrade'u stacji tj. posiadanie magazynu z częściami zamiennymi do ww. stacji. Co do odwołującego, sytuacja również była jasna co zawiera jego oferta. odwołujący uwzględnił bowiem upgrade dwóch stacji, co wyszczególnił w swoim formularzu ofertowym i cenowym.

Ponadto odwołujący sam przedstawił w piśmie dołączonym do odwołania, iż zdobycie przez niego części zamiennych do ww. stacji będzie praktycznie niemożliwe. Również w ofercie odwołującego z dnia 11.05.2018 przesłanej do zamawiającego przed wszczęciem

postępowania na obsługę serwisową widnieje informacja o braku dostępności do części zamiennych stacji opisowych. Zamawiający nie miał zatem żadnych powodów by zwracać się do odwołującego o jakiegokolwiek wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. został przez niego wykorzystany w postępowaniu. Powiązanie tegoż artykułu z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. jest dość karkołomne. Niewątpliwie wezwanie do złożenia wyjaśnień kieruje się do tych wykonawców, których oferty tego wymagają, a nie do wszystkich uczestników postępowania. Twierdzenie, że „naruszona została zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości” na tej podstawie jest nieuprawnione.

W zakresie zarzutu 3 zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy „zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, a nie wtedy, gdy wątpliwości ma konkurencyjna firma. Po uzyskaniu wyjaśnień przystępującego, zamawiający nie miał wątpliwości, że zamówienie można zrealizować za zaproponowaną w ofercie kwotę.

Zamawiający nie miał wątpliwości iż oferta przystępującego nie zwiera rażąco niskiej ceny. Świadczą o tym następujące fakty:

a) kwota jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie ww. zamówienia to 552.747,24 zł brutto, kwota ta pomniejszona o 30% daje nam wartość brutto 386.923,07 zł, jest to wartość poniżej, której zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oferta przystępującego opiewała na wartość brutto 364.999,89 zł, tj. była więc niższa od wartości przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia o jedynie 21.923,18 zł i nie zawierała upgrade'u. Z uwagi na fakt, że wartość, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, została ustalona na podstawie oferty przesłanej przez odwołującego przed wszczęciem postępowania i obejmowała upgrade stacji opisowych w wysokości 215.909,28 zł brutto oraz dostawę i instalację wraz z wdrożeniem oprogramowania do zarządzania dawką RTG, z której na etapie odpowiedzi na pytania zamawiający zrezygnował, cena ofertowa brutto przystępującego nie budziła żadnych wątpliwości, a rozbieżności pomiędzy wartościami brutto złożonych ofert nie wymagały wyjaśnienia. Nawet ze złożonej w niniejszym postępowaniu oferty odwołującego wynika z jakich przyczyn doszło do rozbieżności pomiędzy kwotami dwóch ofert tj. zaoferowany upgrade na kwotę 215.871,48 zł brutto w ofercie odwołującego.

b) średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert pomniejszona o 30% daje nam wartość brutto około 306.117 zł brutto, jest to wartość poniżej, której zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oferta przystępującego opiewała na wartość brutto 364.999,89 zł więc z uwagi na tę okoliczność zamawiający nie musiał wyjaśniać czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie zamawiającego, postępowanie nie jest obarczone wadą. Zamawiający stworzył jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który zmodyfikował w trakcie postępowania z uwagi konieczności jego modyfikacji w celu zwiększenia konkurencji w ww. postępowaniu. Każdy z wykonawców zrozumiał zapisy s.i.w.z., o czym świadczą złożone prawidłowo oferty. Każdy z wykonawców złożył ofertę na obsługę serwisową tomografu komputerowego obejmującą również serwis stacji komputerowych z tą różnicą, iż odwołujący z uwagi na brak dostępności części zamiennych zaoferował upgrade'u natomiast przystępujący posiada części zamienne do ww. stacji i tak będzie dokonywał ich serwisu.

Odnosząc się do zarzutu 5 odwołania, zamawiający stwierdził, że oparł się na piśmie odwołującego (który jednocześnie był wykonawcą poprzedniej umowy obejmującej serwisowanie tomografu) z dnia 18 kwietnia 2016 r „Powiadomienie o końcu okresu eksploatacji produktu/obowiązywania usługi dla AW 4.1 to 4.4 with HP hardware version or xw8000 or xw8200”, w którym zamawiający został poinformowany, że „Nie będzie jednak możliwe, abyśmy kontynuowali zapewnianie pełnych usług serwisowych w odniesieniu do wyżej opisanego sprzętu po 31/12/2016” oraz, że „Prosimy pamiętać, że od dnia 31/12/2016 firma GE Healthcare zaprzestanie wykonywania wszelkich usług serwisowych dla tego produktu (tych produktów)”. Z treści pisma zamawiający wywnioskował, że dla wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia konieczne jest wykonanie upgrade'u stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7 i dlatego w załączniku nr 4 do s.i.w.z. „Formularz cenowy” umieścił zapis „Cena ryczałtowa zawiera cenę za przeglądy, konserwacje, naprawy, części zamienne — również części specjalne łącznie z lampą RTG, upgrade stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7, instalacja i wdrożenie oprogramowania do zarządzania dawką RTG, dojazdu i szkolenie”.

Zamawiający stwierdził, że w części s.i.w.z. opisującej przedmiot zamówienia wskazał, że (pkt. 111.1 s.i.w.z.) „Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie usługi w zakresie konserwacji, przeglądów technicznych i bieżących napraw tj. utrzymania w pełnej sprawności techniczno-eksploatacyjnej tomografu komputerowego z wyposażeniem zgodnie z Załącznikiem nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)”. Podkreślił, że sprawą kluczową dla zamawiającego jest utrzymanie tomografu komputerowego w pełnej

sprawności technicznej, a sposób, w jaki ten cel zostanie osiągnięty, jest sprawą drugorzędną.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 25 lipca 2018 roku przystępujący wyjaśnił, że stacja opisowa jest urządzeniem działającym niezależnie od tomografu komputerowego, służącym do przeglądania i analizowania obrazów medycznych z różnych diagnostycznych urządzeń obrazujących. Stwierdził, że zgodnie z załączonym do odwołania pismem GE Healthcare o końcu okresu eksploatacji produktu/obowiązywania usługi dla AW 4.1 to 4.4 z dnia 18 kwietnia 2016 roku („Powiadomienie”), konieczność wykonania upgrade'u stacji opisowych podyktowana ma być nie względami technicznymi (przykładowo — awarią stacji opisowych), a jedynie brakiem możliwości dalszego świadczenia usług serwisowych przedmiotowych stacji AW przez GE Healthcare.

Przystępujący oświadczył, że z uwagi na zgromadzone przez niego części zamienne (znajdujące się w należącym do niego magazynie), będzie w stanie wykonywać serwis tomografu wraz ze stacją AW 4.4 (bez konieczności jej upgrade'u). Podniósł, że stacje diagnostyczne AW 4.4 są obecnie powszechnie używane na rynku, o czym świadczą ogłaszane przetargi na obsługę i serwisowanie aparatury medycznej wraz ze stacjami opisowymi AW 4.4. W przetargach tych biorą udział zarówno odwołujący, jak i przystępujący. W ocenie przystępującego, rzekoma konieczność upgrade'u stacji opisowych motywowana jest w istocie wolą odwołującego do dostarczenia nowego sprzętu. Potwierdza to wprost oferta odwołującego złożona w postępowaniu, w której mowa jest o „dostawie 2 stacji AW 4.7”, a nie „instalacji nowego oprogramowania (upgrade'u do posiadanych przez Zamawiającego stacji AW” . W ocenie przystępującego, tomograf będzie w pełni sprawny również bez wykonania upgrade'u stacji serwisowych, czemu dowodzą również inne postępowania prowadzone przez zamawiających w tym zakresie.

Przystępujący stwierdził, że z samej treści oferty odwołującego wynika, że uwzględnił on w swojej ofercie wykonanie upgrade'u dwóch stacji opisowych AW (ściślej — dostawę dwóch nowych stacji), podając dokładną wycenę tej pozycji. Skoro więc odwołujący wskazał w ofercie wprost, że wykona upgrade dwóch stacji opisowych (i za jaką cenę), to oczywistym jest, że zamawiający nie miał żadnych podstaw aby wzywać odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie.

Jeżeli zaś chodzi o ofertę przystępującego, to wbrew twierdzeniom odwołującego, w dniu 9 lipca 2018 roku zamawiający wezwał przystępującego do „szczegółowego wyjaśnienia czy w ofercie uwzględniono upgrade stacji opisowych”. W odpowiedzi na wezwanie,

przystępujący wskazał, że nie uwzględnił w swej ofercie upgrade'u stacji opisowych, motywując tę decyzję posiadaniem magazynu z częściami zamiennymi do stacji opisowych będących aktualnie we władaniu zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że błędne jest również twierdzenie odwołującego, jakoby ewentualne zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień treści złożonych ofert miało skutkować złożeniem przez nich ofert nieporównywalnych.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przystępujący stwierdził, że zamawiający wiedzę o tym, że przystępujący w swojej ofercie nie uwzględnił upgrade'u stacji opisowych, posiadał już w momencie udzielenia przez przystępującego odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 roku. Nie sposób jest więc twierdzić, że zamawiający powinien był wezwać z tego powodu przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, skoro wprost dopuścił w s.i.w.z. możliwość braku uwzględnienia upgrade'u stacji opisowych w cenie ofertowej (a co sam odwołujący przyznaje w odwołaniu) .

Przystępujący stwierdził, że wykonawcom, także w postępowaniu poniżej progów unijnych, przysługują odpowiednie środki aby kwestionować opis przedmiotu zamówienia (jak również jego ewentualne modyfikacje). Możliwe jest w tym zakresie zarówno skierowanie do zamawiającego wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. w trybie art. 38 ust. 1 ustawy P.z.p., jak również wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na mocy art. 180 ust. 2 pkt 5 P.z.p. Odwołujący nie złożył w toku postępowania wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. w zakresie konieczności dokonania upgrade'u stacji opisowych. Być może przyczyną ku temu była błędna interpretacja przepisów Prawa zamówień publicznych przedstawiona w odwołaniu, zgodnie z którą zamawiający zmodyfikował OPZ „po upływie terminu składania zapytań do s.i.w.z.” (choć według najlepszej wiedzy przystępującego, przepisy P.z.p. nie zabraniają wykonawcom kierowania zapytań do treści s.i.w.z. — a zamawiającym udzielania stosownych odpowiedzi - aż do upływu terminu składania ofert). W ocenie przystępującego, odwołujący nie dochował należytej staranności i nie skorzystał z przysługujących mu środków aby kwestionować nieodpowiadający mu opis przedmiotu zamówienia. Zamiast tego, odwołujący próbuje to uczynić dopiero po wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Przystępujący zauważył, że przedmiotowy zarzut został sformułowany przez odwołującego nie jako naruszenie wymagań ustawowych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (zapewne z obawy o odrzucenie odwołania w tym zakresie jako spóźnionego, o czym mowa powyżej), a jako obarczenie z tego powodu postępowania niemożliwą do

usunięcia wadą, co miałyby prowadzić do jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Przystępujący stwierdził, iż – skoro zamawiający nie dopuścił w s.i.w.z. składania ofert wariantowych – a jednocześnie żaden z wykonawców nie złożył oferty wariantowej, to zarzut w tej kwestii jest całkowicie bezzasadny.

Przystępujący podniósł, że zamawiający nie wskazał w s.i.w.z. na żaden konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie przedmiotu zamówienia. Już tylko z tego powodu, nie może być mowy o dopuszczeniu jakichkolwiek rozwiązań równoważnych — nie istniałby dla nich bowiem żaden punkt odniesienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający opublikował s.i.w.z. do przedmiotowego postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 czerwca 2018 r.

Termin składania ofert zamawiający wyznaczył na dzień 29 czerwca 2018 roku.

Jak wynikało z pierwotnej wersji s.i.w.z., zamawiający żądał, aby cena ryczałtowa zaproponowana przez wykonawcę zawierała cenę za przeglądy, konserwacje, naprawy, części zamienne - również części specjalne łącznie z lampą RTG, upgrade stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7, instalacja i wdrożenie oprogramowania do zarządzania dawką RTG, dojazdy i szkolenie.

Zamawiający otrzymał pytanie zadane przez jednego z wykonawców w brzmieniu:

Informujemy, że stacje opisowe AW 4.4 nie wymagają upgrade, gdyż są one w pełni kompatybilne z tomografem komputerowym LightSpeed Pro 32 / mogą zostać objęte kontraktem serwisowym. Zamawiający nie musi ponosić wysokich kosztów upgrade'u. Nasza firma obecnie serwisuje wiele takich stacji w szpitalach w całej Polsce oraz dysponujemy magazynem części zamiennych.

W przypadku gdyby Zamawiający wymagał upgrade'u dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji AW 4.7, prosimy o wydzielenie tej usługi do odrębnego pakietu, gdyż jest to usługa nie związana bezpośrednio z serwisem tomografu komputerowego. Prosimy o podział przedmiotowego zamówienia na 2 lub 3 części, skoro nie jest to przedmiot niepodzielny, wyodrębnienie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia do osobnych części/pakietów zwiększy konkurencyjność, a tym samym obniży koszty dla Zamawiającego. Ponadto, według wiedzy wykonawcy na chwilę obecną sposób opisu przedmiotu zamówienia polegający na połączeniu wszystkich opisanych elementów w jedną

całość powoduje, że ofertę będzie mógł złożyć tylko jeden wykonawca - firma GE, co samo w sobie narusza zasady wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na fakt, że na rynku polskim funkcjonują minimum 4 firmy, które serwisują tomografy komputerowe firmy GE, wyodrębnienie do osobnej części/pakietu usług serwisowych tomografu komputerowego LightSpeed Pro 32 pozwoliłoby usunąć istniejące na chwilę obecną nieprawidłowości w postępowaniu i umożliwiłoby różnym wykonawcom złożenie konkurencyjnych ofert.

W dniu 26 czerwca 2018 r. zamawiający dokonał modyfikacji przedmiotu zamówienia, poprzez dokonanie modyfikacji Załącznika nr 4 oraz wzoru umowy: - w § 2 ust. 10 w następujący sposób

Umowa będzie obejmować również instalację i wdrożenie oprogramowania do zarządzania dawką RTG zgodnie z dyrektywą Rady Europejskiej 2013/59/EURATOM z dnia 5 grudnia 2013r. Jeżeli wykonawca stoi na stanowisku iż dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego konieczny jest upgrade dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4,4 do wersji AW 4,7 wykona go w ramach wynagrodzenia określonego w §3 ust 1 - w §2 ust.23 wykreśla całkowicie zapis dotyczący tego ustępu. Pozostałe 24 i 25 z automatu ulegają przenie numerowaniu na 23 i 24.

W dniu 28 czerwca 2018 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na kolejne zapytanie Wykonawców o treści:

1 PYTANIE Załącznik nr 6 do s.i.w.z.-wzór umowy, § 2 ust. 10 W związku z brakiem w dyrektywie Rady Europejskiej 2013/59/EURATOM z dnia 5 grudnia 2013r. konkretnych wskazań co do instalacji i wdrożenia oprogramowania do zarządzania dawką RTG, wnosimy o usunięcie tego wymogu w całości, jako nie dotyczącego obsługi serwisowej tomografu komputerowego. Informujemy, że tomografy komputerowe, w tym tomograf Light Speed Pro 32, każdorazowo po badaniu pacjenta rejestruje dawkę promieniowania RTG, które zostało skierowane na danego pacjenta.

ODPOWIEDZ: Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie tego wymogu w całości, jako nie dotyczącego obsługi/ serwisowej tomografu komputerowego. W wyniku dokonanych zmian we wzorze umowy § 2 ust. 10 otrzymuje brzmienie „ Jeżeli wykonawca stoi na stanowisku iż dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego konieczny jest upgrade dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4,4 do wersji AW 4,7 wykona go w ramach wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1. Zamawiający przekazuje w załączeniu zmieniony Załącznik nr 4.

W dniu 28 czerwca 2018 r. zamawiający dokonał zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu poprzez zmianę terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 29 czerwca 2018 r. na dzień 3 lipca 2018 r.

Zamawiający dnia 3 lipca 2018 r. dokonał czynności otwarcia ofert.

W postępowaniu złożono dwie oferty: przez odwołującego i przystępującego. Każdy z wykonawców startujących w postępowaniu przetargowym złożył wraz z ofertą formularz ofertowy i cenowy wypełniony zgodnie z wzorami umieszczonymi w si.w.z. W przypadku odwołującego formularze zawierały również dodatkową, nie wymaganą przez zamawiającego informację co składa się na cenę ofertową brutto tj. cena za serwis wynosząca 293.746,14 zł brutto oraz cena za dostawę dwóch stacji 215.871,48 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 473768,00 zł, co stanowi 109879,63 euro. Kwota, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie ww. zamówienia to 552.747,24 zł brutto. Oferta przystępującego opiewała na wartość brutto 364.999,89 zł i nie obejmowała upgrade'u. Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia z uwzględnieniem upgrade'u stacji opisowych w wysokości 215.909,28 zł brutto oraz dostawę i instalację wraz z wdrożeniem oprogramowania do zarządzania dawką RTG.

Zamawiający pismem z dnia 09.07.2018r. zwrócił się (stosownie do art. 87 ust. 1 P.z.p.) do przystępującego w celu „szczegółowego wyjaśnienia czy w ofercie uwzględniono upgrade stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7, czy Wykonawca uznał, że jest on zbędny dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego i jego prawidłowej obsługi serwisowej.” Przystępujący w odpowiedzi wyjaśnił, iż posiada magazyn z częściami zamiennymi do posiadanych przez zamawiającego stacji opisowych, w związku z powyższym nie było konieczności uwzględniania upgrade'u ww. stacji w swojej ofercie. Przystępujący podał w formularzu ofertowym i cenowym cenę brutto obejmującą wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego korzystając z możliwości nie dokonywania upgrade'u, jeśli nie jest to konieczne, natomiast odwołujący skorzystał z dopuszczonej możliwości dokonania upgrade'u ww. stacji.

W dniu 12 czerwca 2018 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, mimo zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie okoliczności mających wpływ na treść złożonej oferty, a w konsekwencji zastosowaną przez wykonawców kalkulację cenową, co doprowadziło do złożenia ofert nieporównywalnych, przez co naruszona została zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający winien był ustalić, z jakiego powodu przystępujący uznał, że *upgrade* dwóch stacji opisowych nie jest niezbędny, stwierdzić należy, że zarzut ten co do zasady jest bezprzedmiotowy z uwagi na fakt, iż zamawiający w dniach 26 i 28 czerwca br. zmodyfikował treść s.i.w.z. w taki sposób, że pozostawił wykonawcom decyzję w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia co do konieczności wykonania *upgrade'u* dwóch stacji opisowych Advantage Workstation 4,4 do wersji AW 4,7.

Odwołujący w przewidzianym ustawą terminie mógł wnieść odwołanie w kwestii dokonanej przez zamawiającego modyfikacji. W związku z tym, że odwołanie w tym przedmiocie nie zostało wniesione, dokonana przez zamawiającego modyfikacja jest ważna i obowiązująca zarówno zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W tej sytuacji bezzasadne jest stwierdzenie, że zamawiający winien żądać od przystępującego wyjaśnień, dlaczego ten uznał, że wykonanie *upgrade'u* dwóch stacji nie jest konieczne dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający tę decyzję pozostawił wykonawcom, w związku z czym sam musiał wcześniej uznać, że wykonanie przedmiotu zamówienia bez wykonywania *upgrade'u* jest możliwe. Żądanie składania wyjaśnień w tym zakresie stanowiłoby zakwestionowanie przez zamawiającego własnych czynności podjętych w postępowaniu.

Izba podkreśla wszakże, że zamawiający – wbrew okolicznościom przywołanym w odwołaniu – pismem z dnia 09.07.2018r. zwrócił się (stosownie do art. 87 ust. 1 P.z.p.) do przystępującego w celu „szczegółowego wyjaśnienia czy w ofercie uwzględniono *upgrade* stacji opisowych Advantage Workstation 4.4 do wersji 4.7, czy Wykonawca uznał, że jest on zbędny dla zapewnienia sprawności technicznej tomografu komputerowego i jego prawidłowej obsługi serwisowej.” Przystępujący w odpowiedzi wyjaśnił, iż posiada magazyn z częściami zamiennymi do posiadanych przez zamawiającego stacji opisowych, w związku z powyższym nie było konieczności uwzględnienia *upgrade'u* ww. stacji w swojej ofercie. Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu oceny dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień. Zarzuty w tym zakresie odwołujący podniósł dopiero na rozprawie

przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba zarzuty co do treści złożonych wyjaśnień uznała za nieuprawnione rozszerzenie zarzutów odwołania i pozostawiła je bez rozpoznania.

Za bezzasadny tym samym należy uznać zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnienia, na jakiej podstawie dokonali konkretnych ustaleń faktycznych - tj. konieczności upgrade'u. Wskazać należy, że zamawiający żąda od wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. jedynie w sytuacji, kiedy stwierdzi, iż pewne kwestie wymagają wyjaśnienia. Oferta odwołującego była dla zamawiającego jasna i nie budziła jego wątpliwości w kwestii jej interpretacji. Odwołujący we wniesionym odwołaniu podnosili, że zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie konieczności upgrade'u motywując zarzut koniecznością przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad przejrzystości. Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy oferta została złożona zgodnie z s.i.w.z. i przewidywała jedno z rozwiązań, które zamawiający dopuścił przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską, bez uprzedniego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji złożonej oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, a zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

W rozpoznawanym przypadku cena oferty przystępującego była znacząco niższa od wartości zamówienia oraz od ceny drugiej złożonej oferty. Niemniej jednak rozbieżność wynikała z faktu, iż przystępujący nie uwzględnił w cenie oferty kosztów upgrade'u, do czego był uprawniony zgodnie z treścią s.i.w.z., zmodyfikowanej przez zamawiającego w dniach 26 i 28 czerwca 2018 roku. Okoliczność tę przystępujący wyjaśnił w piśmie z dnia 9 lipca 2018 roku. W związku z tym, że w przedmiotowej sprawie fakt i przyczyny wystąpienia rozbieżności pomiędzy ceną przystępującego i wartością szacunkową zamówienia były oczywiste i nie wymagały składania wyjaśnień, zamawiający zasadnie odstąpił od wzywania przystępującego do ich składania w zakresie zaoferowanej ceny.

Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Jak już wyżej wskazano, zamawiający dokonał modyfikacji s.i.w.z. w dniach 26 i 28 czerwca 2018 r. W dniu 28 czerwca 2018 roku zamawiający zmienił termin składania ofert. Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania na modyfikację treści s.i.w.z. Odwołanie w tym zakresie odwołujący mógł wnieść, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p, w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób.

W analogiczny sposób Izba oceniła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 83 ust. 1 i 1a lub art. 29 ust 3 w związku z art. 30 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie w postępowaniu złożenia oferty wariantowej lub równoważnej mimo braku stosownych postanowień w s.i.w.z. lub braku sprecyzowania minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, co doprowadziło do złożenia przez wykonawców ofert nieporównywalnych. Zarzuty w tym zakresie należało podnosić w terminie liczonym od dnia dokonania modyfikacji s.i.w.z.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że w rozpoznawanym przypadku nie występuje przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Zamawiający dopuścił bowiem możliwość wyboru przez wykonawcę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (z wykonaniem upgrade'u oraz bez jego wykonania). Takie rozwiązania na gruncie ustawy P.z.p. są dopuszczalne. Zasadnie odwołujący wskazał

tutaj na analogię do oferty równoważnej lub wariantowej, co oznacza, że – co do zasady – złożenie ofert, w których możliwe jest inne niż wskazane w s.i.w.z. wykonanie przedmiotu zamówienia nie oznacza, że przygotowane w ten sposób oferty są nieporównywalne, a postępowanie dotknięte jest wadą skutkującą koniecznością jego unieważnienia. Niemniej jednak, jak to Izba wyżej wskazała, zarzuty w kwestii braku sprecyzowania minimalnych wymagań dotyczących składania ofert wariantowych lub równoważnych zostały wniesione z naruszeniem terminu określonym w art. art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....