

Sygn. akt: KIO 601/19

**WYROK**  
**z dnia 15 kwietnia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 kwietnia 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 kwietnia 2019 roku** przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu z siedzibą w Elblągu**

przy udziale wykonawcy **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Odwołującego GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu z siedzibą w Elblągu** kwotę w wysokości **4 101 zł 48 gr** (słownie:

czterech tysięcy stu jeden złotych 48/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 3 kwietnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 6 i art. 179 ust.1 w związku z art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018, poz. 1986) (dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę kompleksowego serwisowania Tomografu Komputerowego Bright Speed Elite dla Szpitala Miejskiego św. Jana Pawła II w Elblągu prowadzi Zamawiający: Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu z siedzibą w Elblągu. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie zamówień publicznych pod numerem 519292 - N-2019 z dnia 2019-02-28 r.

Odwołanie złożono od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej dnia 29 marca 2019 r. oraz od czynności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (dalej „Althea”).

Ponadto Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. zaniechanie czynności odrzucenia oferty Althea na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U.2019.175 t.j. z dnia 2019.01.3) wobec faktu, iż oferta jest niezgodna z ustawą;
2. zaniechanie czynności odrzucenia oferty Althea na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) z uwagi na okoliczność, iż Althea nie wykazała że dysponuje zdolnościami technicznymi niezbędnymi do należytej realizacji zamówienia;  
ewentualnie
3. zaniechanie czynności odrzucenia oferty Althea na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz legalizmu, poprzez wybór oferty wykonawcy Althea mimo jej niezgodności z ustawą lub SIWZ, a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skutkujący wyborem jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy, nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wnosil o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości;
2. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 29 marca 2019 r.;
3. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Althea;
4. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu;
5. Ewentualnie unieważnienie postępowania z uwagi na brak złożonych ofert;
6. Przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w dalszej części odwołania;
7. Zasądzenie kosztów postępowania, w tym opłaty od udzielonych pełnomocnictw, kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie rachunku, przedłożonego do akt sprawy.

Odwołujący podkreślił, że spełnia wszystkie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku wskazanych naruszeń.

Zamawiający poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Althea, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, czym doprowadził do zaistnienia szkody w majątku Odwołującego i utraty przewidywanych korzyści o wartości odpowiadającej złożonej ofercie. Do Zamawiającego wpłynęły tylko dwie oferty, w tym jedna od Odwołującego, która była również ofertą najkorzystniejszą pod względem kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od dnia 29 marca 2019 r., kiedy Odwołujący został poinformowany o wyniku postępowania drogą e - mail. Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu podniesiono, że zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu. Zgodnie zaś z wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Norma ta znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W prowadzonym postępowaniu to oferta Odwołującego uzyskała przewagę punktową, niemniej jednak nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził dogłębnej analizy i oceny ofert, albo udzielił zamówienia podmiotowi, który skalkulował swoją ofertę w sposób nie pokrywający kosztów

wykonania zamówienia, oraz przed uzyskaniem formalnej oferty od producenta urządzeń, które ma serwisować.

Cel, jaki przyświecał Zamawiającemu w postępowaniu został w ocenie Odwołującego wyartykułowany w odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 8 marca 2019 r.: *„Zamawiający może wymagać, aby serwis gwarancyjny był realizowany przez producenta urządzenia lub autoryzowany serwis producenta, o ile jest to uzasadnione jego rzeczywistymi obiektywnymi potrzebami, a przy tym nie ogranicza to uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria zostały opracowane przez zamawiającego w taki sposób, aby spełniały jego rzeczywiste, obiektywne i uzasadnione potrzeby oraz jednocześnie stały w zgodzie z ustawowymi regulacjami. Przygotowanie postępowania ma zagwarantować zamawiającemu otrzymanie takiego świadczenia, jakiego oczekuje, jest bowiem jego uprawnieniem i posiada on w powyższym zakresie dużą swobodę, ograniczoną przez dyspozycję art. 29 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 91 ust 2 pkt 5 przepisów ustawy Pzp, kryterium oceny ofert może być m.in.: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zwrócić jednak należy uwagę, iż ustawodawca dopuszcza możliwość stosowania niniejszego kryterium w sytuacji, gdy faktycznie kwalifikacje, czy doświadczenie tych osób w sposób znaczący może wpłynąć na jakość wykonania zamówienia. Dlatego też przy określaniu tego typu kryteriów zwrócić należy uwagę, czy ze względu na specyfikę zamówienia udział osoby o określonym poziomie kwalifikacji, czy doświadczenia jest rzeczywiście istotny, czy przyczyni się do zapewnienia zamawiającemu konkretnych korzyści i czy wpłynie na sposób wykonania zamówienia.*

*Zamawiający nie określił jako warunku wykluczającego brak autoryzowanego serwisu producenta.*

*Według zamawiającego naprawa przedmiotu zamówienia przez nieautoryzowany serwis może się wiązać ze znacznymi niedogodnościami dla zamawiającego np. ryzykiem przedłużenia wyłączenia urządzenia z eksploatacji, co się może wiązać z niedogodnościami dla pacjentów oraz z utratą świadczeń za niezrealizowane usługi medyczne.*

*Zamawiający uważa, że niedopuszczalne jest nakazywanie zamawiającemu przez wykonawców takiego określania warunków, w tym przypadku kryteriów oceny, aby uzyskać jak najwyższą ocenę własnej oferty, nie biorąc pod uwagę potrzeb zamawiającego uwarunkowanymi specyfiką jego działalności. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach.”*

Zamawiający zidentyfikował pewne ryzyka związane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu podmiotów nieautoryzowanych, niemniej jednak działając wbrew własnemu

interesowi podjął decyzję o wyborze oferty podmiotu nieautoryzowanego, mimo braku spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. W tym względzie Odwołujący wskazywał na ewidentną niekonsekwencję Zamawiającego w okolicznościach, w których z jednej strony wynika, że naprawa przedmiotu zamówienia przez nieautoryzowany serwis może wiązać się z ryzykiem przedłużenia wyłączenia urządzenia z eksploatacji, a z drugiej strony dokonaniem wyboru wykonawcy - podmiotu nieautoryzowanego, kiedy tenże podmiot nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że cel postępowania wyrażony w przywołanej odpowiedzi na zapytanie powinien Zamawiającemu przyświecać w ciągu całego jego toku.

#### Zarzut niezgodności oferty z SIWZ i ustawą

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy Althea winna zostać odrzucona ze względu na to, że nie spełnia warunków wskazanych w Rozdziale VI pkt 1 ppkt. 4 SIWZ 4) w brzmieniu ustalonym przez Zamawiającego wskutek odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 8 marca 2019 r. oraz jednocześnie nie spełnia warunków, o których mowa w przepisach art. 90 ustawy o wyrobach medycznych.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający wskazał, że: *„Zamawiający w Rozdziale VI pkt. 1 ppkt. 4 SIWZ, od Wykonawcy nie będącym serwisem autoryzowanym wymaga dołączenia do oferty oświadczenia o nabyciu licencji na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare. Zamawiający nie wymaga od wykonawcy posiadania na dzień składania ofert umowy licencyjnej. Jeżeli wykonawca ma wiedzę dotyczącą faktu, że instrukcje serwisowe są ogólnodostępne na stronie producenta GE, to w oświadczeniu tym powinien zawrzeć również tę informację w zakresie pozyskania instrukcji serwisowych. Zamawiający doprecyzowuje zapis w Rozdziale VI pkt. 1 ppkt. 4 SIWZ 4), który powinien brzmieć: „Oświadczenie, że nabędzie licencję na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare (w tym także instrukcji serwisowych) po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - wymagane dla serwisów nieautoryzowanych”*

Zamawiający wymagał zatem od Wykonawcy, który nie jest autoryzowanym serwisem wytwórcy, oświadczenia o nabyciu licencji na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare, w tym także instrukcji serwisowych.

Odwołujący posiada wiedzę, iż Wykonawca Althea zwrócił się do producenta urządzenia o ofertę dostępu do instalacji i kalibracji lampy (kodów serwisowych) CT BrightSpeed Elite - zapytanie o cenę na licencję: TubelInstallFlex. Niemniej jednak wniosek o ofertę nie obejmował wszystkich dokumentów i licencji niezbędnych do wykonywania serwisu w sposób należyty, a które to urządzenia i licencje wykonawca jako podmiot profesjonalnie świadczący usługi serwisowe winien posiadać lub co najmniej posiadać wiedzę jakie są niezbędne do wykonywania usługi serwisowej.

Niezależnie od powyższego w treści Załącznika Nr 7 do oferty Wykonawcy Althea wskazano, że nabędzie on licencję na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare - co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Niemniej jednak niezgodne z wymaganiami Zamawiającego jest drugie zdanie złożonego oświadczenia: *„Instrukcje serwisowe są bezpłatne i ogólnodostępne na stronie internetowej producenta GE, w związku z tym, na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym nie jest konieczne zawarcie umowy licencyjnej na dysponowanie instrukcją serwisową Tomografu Komputerowego Bright Speed Elite.”*

W ocenie Odwołującego skoro Wykonawca Althea twierdzi, że instrukcje serwisowe są dostępne dla każdego na stronach internetowych, w tym dla celów korzystania z niej do wykonywania czynności serwisowych (zarobkowo), winien ten fakt udowodnić, czego nie uczynił. Natomiast Zamawiający badając ofertę wykonawców winien zweryfikować, czy takie oświadczenie jest prawdziwe, np. poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, o których mowa w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, mając na uwadze odpowiedzi na pytanie do SIWZ i swoje wątpliwości co do zdolności nieautoryzowanych podmiotów do wykonywania czynności serwisowych.

O ile można zgodzić się ze stwierdzeniem, że na stronach internetowych istnieją dostępne Instrukcje, między innymi serwisowe (w większości w języku angielskim), o tyle nie jest jednoznaczne ze „ściągnięciem” dokumentu ze strony internetowej, prawo do korzystania z niego dla celów wykonywania usługi serwisowej, oraz jednocześnie wykazanie się zdolnością przez wykonawcę do wykonywania usługi serwisowej.

Objętość jak i treść instrukcji dostępnych na stronach internetowych prowadzi do wniosku, że samo „ściągnięcie” ze strony nie gwarantuje należytego wykonywania usługi. Przykładowo, w zakresie osobowym sama instrukcja serwisowa wskazuje, że nabywca sprzętu GE powinien wykorzystywać odpowiednio wykwalifikowanego personelu, np. inżynierów obszarowych, personelu podmiotów trzecich w zakresie usług serwisowych, posiadających stosowne przeszkolenie lub licencjonowanych elektryków, do wykonywania usług serwisowych sprzętu.

Zamawiający w postępowaniu nie wymagał jedynie biernej znajomości instrukcji, ale umiejętności jej stosowania w konkretnym urządzeniu oraz posiadania niezbędnych licencji i kodów serwisowych do wykonania szczegółowo określonych w opisie przedmiotu zamówienia czynności, w tym w szczególności: sprawdzenia kodów systemowych pod względem błędów krytycznych, sprawdzenia poprawności oraz jakości obrazów, wykonania testów specjalistycznych tomografu komputerowego, przeprowadzenia testów akceptacyjnych i specjalistycznych lampy RTG.

Brak jest podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca Althea zmierza do nabycia tego typu urządzeń.

### Zarzuty zaofierowania ceny rażąco niskiej

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę rażąco niską. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga więc ustalenia, czy Zamawiający był uprawniony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która budzi wątpliwości w zakresie tego, czy cena oferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

Wątpliwości Zamawiającego winny powstać już na gruncie znaczącej różnicy w cenie oferty autoryzowanego serwisu i serwisu nieautoryzowanego, w okolicznościach, w których serwis nieautoryzowany został zobowiązany do nabycia określonych licencji i oprogramowania.

Zamawiający za prawidłowe uznał, sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego twierdzenie, iż nawet jeśli podmiot nieautoryzowany musi ponieść koszt nabycia oprogramowania, licencji i kodów, ponieść koszty nabycia lampy (pkt II 1.3. SIWZ), zatrudnić odpowiednio wykwalifikowany personel, lub pozyskać podwykonawców, zapoznać się z instrukcją serwisową o objętości ponad 1000 stron, to jest w stanie zaofierować cenę korzystniejszą niż cena autoryzowanego producenta.

W ocenie Odwołującego rozsądny wykonawca przystępując do kalkulacji ceny ofertowej tego typu zamówienia wzięłyby pod uwagę co najmniej koszty pracy wykonawcy.

Według cennika Wykonawcy Althea ujawnionego w innym postępowaniu, naprawa tomografu komputerowego w dni powszednie to koszt 290 zł netto, a w dni świąteczne 420 zł netto za roboczogodzinę. W tym postępowaniu Zamawiający nie przewiduje żadnych limitów czasowych wykonywania usługi, a mając na uwadze wiek sprzętu (rok produkcji: 2010) istnieje uzasadnione przypuszczenie, że naprawy urządzenia i wymiana części zamiennych będzie miała miejsce bardzo często.

Standardowy czas wykonywania jednego serwisu wynosi ok 4 godzin. Do tego wskazać trzeba, że w ramach kosztu pracy inżynierów serwisowych należy uwzględnić również dojazd. Odległość od Mikołowa - siedziby wykonawcy Althea do Szpitala wynosi wg google maps 644 km, a czas przejazdu do 7 godzin 7 min. Oznacza, to, że koszt pracy inżynierów Wykonawcy należałoby liczyć w następujący sposób:

$[(7 \text{ godzin dojazdu w jedną stronę} \times 2 \text{ czas dojazdu w 2 strony}) + 4 \text{ godziny pracy}] \times 340 \text{ zł koszt pracy netto wg cennika za jedną godzinę} \times 12 \text{ przeglądów w okresie obowiązywania umowy} = 73\,440 \text{ zł netto} \times 1,23 = 90\,331,2 \text{ zł}.$

Do obliczeń przyjęto korzystniejszą dla wykonawcy Althea stawkę tj. za pracę w dni powszednie, a nie w święta.



Dodatkowo powyższy koszt nie obejmuje tzw. kilometrówki czyli kosztu przejazdu serwisanta, który można obliczyć zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U.2002.27.271) i wynosi ona:

644 km trasa Mikołów - Elbląg x 2 przejazdy w 2 strony x 12 serwisów w okresie obowiązywania umowy x 0,8358 kilometrówka z rozporządzenia = 12 918,12 zł.

Jednocześnie do kosztów wskazanych powyżej należy dodać również koszty szkolenia, zapoznania się z instrukcją serwisową, wyżywienia, noclegu i delegacji pracownika.

Powyższe oznacza, że koszty pracownicze samego wykonania serwisu wynoszą już ponad 100 tys. zł.

Natomiast poza pobytem serwisanta na miejscu, wykonawca Althea winien był również uwzględnić koszt nielimitowanych konsultacji telefonicznych w godzinach od 8.00 do 20.00, przy założeniu, że Althea przestrzega przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wynagrodzenie godzinowe powinno być w tym wypadku nie niższe niż 14 zł 70 gr za godzinę pracy.

Istotnym kosztem wykonania usługi jest koszt nabycia lampy rtg, który szacuje się na ok. 500 000 zł.

Nadto dodatkowym kosztem jest koszt nabycia licencji i oprogramowania, zgodnie z ofertą producenta.

Powyższe w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Althea nie pokrywa nawet kosztów świadczenia usługi.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnoszą i wywodzą jak w petitum odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy znajdującego się w klasyfikacji przed ofertą Odwołującego oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Althea Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie. Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał wykonana 12 przeglądów tomografu w czasie trwania umowy, jeden przegląd na 4 miesiące. Obowiązkiem wykonawcy było dokonanie także wymiany części zamiennych tomografu oraz akcesoriów zużywalnych w przypadku ich uszkodzenia, łącznie z lampą RTG do dwóch dni roboczych od zdiagnozowania uszkodzenia. Zakres wymagań obejmował również zdalne zdiagnozowanie uszkodzeń, Nielimitowane konsultacje telefoniczne w godzinach 8-20, pracę inżynierów serwisowych, dojazdy należało uwzględnić w cenie.

Zamawiający nie ustanowił warunku szczegółowego w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Z ofertą należało złożyć oświadczenie w zakresie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że oferowana usługa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający wyznaczył następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena – 60%
- 2) Czas reakcji serwisu – 30%
- 3) Autoryzowany serwis – 10%

W ramach odpowiedzi na pytania Zamawiający zaznaczył, że wymaga od Wykonawcy, który nie jest autoryzowanym serwisem wytwórcy, oświadczenia, że wykonawca nabędzie licencję na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare, w tym także instrukcji serwisowych po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał w tym zakresie stosowanej zmiany SIWZ.

Odpowiadając na kolejne pytania Zamawiający podkreślił, że nie wymaga od wykonawcy posiadania na dzień składania oferty umowy licencyjnej. Jeżeli wykonawca ma wiedzę dotyczącą faktu, że instrukcje serwisowe są ogólnodostępne na stronie producenta GE,

to w oświadczeniu należy zawrzeć również tę informację w zakresie pozyskania tych instrukcji.

Zamawiający nie zgodził się na wnioskowaną w pytaniach przez jednego z wykonawców zmianę kryteriów oceny ofert i podniesienie kryterium oceny „autoryzowany serwis” do 40%. Jednocześnie w pytaniach wykonawcy zwracali uwagę, że kryteria oceny ofert mogą odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia, nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, za taką cechę należy uznać posiadanie autoryzacji producenta. Zamawiający stwierdził, że może wymagać, aby serwis gwarancyjny był realizowany przez producenta lub autoryzowany serwis, o ile jest to uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego i nie ogranicza uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp kryteria oceny ofert mogą dotyczyć organizacji, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie określił warunku wykluczającego brak autoryzowanego serwisu producenta ale naprawa przez serwis nieautoryzowany może wiązać się ze znacznymi niedogodnościami, ryzykiem przedłużenia wyłączenia urządzenia, stąd kryterium „autoryzowanego serwisu” jako odnoszące się do kwalifikacji zawodowych wykonawcy jest istotne dla Zamawiającego.

W terminie złożono Zamawiającemu 2 oferty:

- 1) GE Medical Systems – cena brutto – 586 449,24 zł;
- 2) Althea Polska - cena brutto – 470 322,48 zł.

Wykonawca Althea w ofercie złożył oświadczenie, że nabędzie licencję na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oświadczone, że instrukcje serwisowe są bezpłatnie ogólnodostępne na stronie internetowej producenta GE w związku z tym, na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym nie jest konieczne zawarcie umowy licencyjnej na dysponowanie instrukcją serwisową tomografu komputerowego Bright Speed Elite.

**Na rozprawie Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty odwołania, zaś Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania w całości.**

**Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, złożone oświadczenia oraz poczynione samodzielnie ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.**

#### Zarzuty niezgodności oferty z SIWZ i ustawą

Odwołujący wskazywał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 90 ustawy o wyrobach medycznych.

W tym zakresie przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący w żaden sposób owego naruszenia, którego hipotetycznie dopuścił się Zamawiający, lub które stwierdzić należało w ofercie Przystępującego, nie opisał. W odwołaniu ograniczono się jedynie do przywołania, nawet nie treści konkretnego zapisu ustawy o wyrobach medycznych, ale samego wskazania ogólnie na art. 90 tej ustawy. Takie ogólne wskazywanie na naruszenie przepisu nie jest prawidłowym opisaniem, sformułowaniem zarzutu. Przepis art. 90 ustawy o wyrobach medycznych jest regulacją o szerokim spectrum przedmiotowym, zawiera także odesłanie podmiotowe do wydania aktów wykonawczych niższej rangi, które z pewnością nie odnosi się do działalności Zamawiającego. Przy czym Izba wskazuje, że o prawidłowości zarzutu nie decyduje podanie dokładnej podstawy prawnej, innymi słowy – wskazanie konkretnego przepisu, ale niezbędne jest szczegółowe opisanie naruszenia, by ową czynność lub zaniechanie można było właśnie do konkretnej jednostki redakcyjnej danej regulacji prawnej przypisać. Tymczasem w odwołaniu próżno takiego opisu poszukiwać. Żaden fragment odwołania nie precyzuje na czym owo naruszenie ustawy o wyrobach medycznych miałyby polegać. Podkreślić należy, iż Izba wydaje orzeczenie w odniesieniu do ram zakreślonych zarzutami odwołania. Te zaś ograniczały się do ogólnie wskazanej podstawy prawnej, bez jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej strony Odwołującej. Tak ogólnikowo sformułowany zarzut podlegał więc oddaleniu.

Przechodząc do analizy zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w postępowaniu, Odwołujący przywołał zapisy Rozdziału VI ust. 1 pkt 4 SIWZ oraz udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania odnośnie obowiązku złożenia oświadczeń dotyczących dysponowania umowami licencyjnymi i instrukcjami serwisowymi.

Odwołujący w odwołaniu szeroko rozpiswał się o celu, jaki jego zdaniem przyświecał Zamawiającemu w postępowaniu, a który to wyrażony miał zostać we wspomnianych odpowiedziach na pytania i SIWZ. Tymczasem z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania i zmodyfikowanych zapisów SIWZ klarownie i jasno wynikało, że obowiązkiem wykonawcy, który nie jest serwisem autoryzowanym było złożenie „*Oświadczenia, że **nabędzie licencję** na korzystanie z oprogramowania serwisowego do tomografu produkcji GE Healthcare (w tym także instrukcji serwisowych) po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - wymagane dla serwisów nieautoryzowanych*”. Pomijając całkowicie okoliczność, że w ocenie składu orzekającego Izby, postanowienia SIWZ nie wymagają zastosowania jakiegokolwiek innego rodzaju wykładni, poza literalną, bowiem przywołanych zapisów oświadczenia nie można zinterpretować w żaden inny sposób, jak odnosząc je do przyszłości i momentu podpisania umowy o udzielenie zamówienia w zakresie dysponowania prawami licencyjnymi, to oświadczenie, o treści odpowiadającej zapisom i wymogom SIWZ zostało przez Przystępującego złożone wraz

z ofertą. Przystępujący wprost oświadczył, że nabędzie licencję na korzystanie z oprogramowania serwisowego i że nie jest konieczna umowa licencyjna w zakresie instrukcji serwisowych, ponieważ te są ogólnodostępne na stronach internetowych producenta urządzenia. Co więcej, sam Odwołujący w odwołaniu przyznał, że Przystępujący wystąpił do producenta z wnioskiem o warunki licencyjne. Ponadto Odwołujący na rozprawie złożył ofertę handlową, którą w odpowiedzi na takie zapytanie otrzymał Przystępujący od producenta urządzenia. Przystępujący uczynił więc zadość wykazaniu, że podjął niezbędne kroki celem wywiązania się z obowiązku dysponowania po podpisaniu umowy niezbędnymi dokumentami. Faktu zaś dostępności na stronach internetowych instrukcji serwisowych, Odwołujący, tak w odwołaniu, jak na rozprawie, nie kwestionował. Specyfikacja nie zawierała natomiast wymagania, by ową dostępność wykazać inaczej niż przez złożenie oświadczenia, na przykład choćby przez załączenie odpowiednich dokumentów (wydruków). Nie jest zatem Izbie możliwym do ustalenia w jakim zakresie treść oferty Przystępującego może być niezgodna z treścią zapisów SIWZ, skoro wymogi SIWZ zostały wprost w ofercie wykonawcy odzwierciedlone.

Nie można oprzeć się wrażeniu, że zarzuty odwołania bazują na ogólnych twierdzeniach Zamawiającego wyrażonych w odpowiedziach na pytania, jakie to niebezpieczeństwo może nieść ze sobą korzystanie z usług serwisu nieautoryzowanego. Niestety obawy Zamawiającego, a przede wszystkim jego szczególne wymagania i potrzeby w tym zakresie, nie zostały uzewnętrznione w opisie przedmiotu zamówienia, warunkach umownych, czy też kryteriach oceny ofert. Jeżeli zaś Odwołujący nie zgadzał się z ustalonymi regułami postępowania co do oceny ofert, czy też opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału, wymaganego poziomu doświadczenia, to takie elementy mógł zakwestionować na etapie przed terminem składania ofert, w ramach środków ochrony prawnej, nie ograniczając się do zadawania pytań Zamawiającemu.

Dywagacje, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oderwaniu od bliżej niesprecyzowanego celu postępowania o udzielenie zamówienia, na obecnym etapie tego postępowania uznać należy za spóźnione i nie podlegające merytorycznej weryfikacji Izby. Obowiązkiem każdego wykonawcy nie będącego serwisem autoryzowanym było złożenie oświadczenia, że podmiot taki nabędzie licencję na korzystanie z oprogramowania serwisowego nawet nie z momentem przystąpienia do podpisania umowy, ale już po podpisaniu umowy. Taki obowiązek strona Przystępująca wypełniła. Natomiast od Zamawiającego zależało w jaki sposób zabezpieczy on swoje interesy (przez odpowiednio skonstruowane zapisy umowy o udzielenie zamówienia publicznego), w sytuacji kiedy wybrany wykonawca takiej umowy nie przedstawi. Dostrzeżenia wymaga, iż zapisy umowy w toku prowadzonego postępowania nie były przez wykonawców kwestionowane. Odwołujący nie kwestionował zaś spełniania wyznaczonych warunków udziału

w postępowaniu przez Przystępującego, nie wykazywał i nie udowodnił, że wybrany wykonawca nie dysponuje odpowiednim doświadczeniem zawodowym i personelem zdolnym do należytego wykonania umowy.

#### Zarzuty zaoferowania ceny rażąco niskiej

Odwołujący przedmiotowy zarzut oparł między innymi na założeniu, że Przystępujący nieprawidłowo skalkulował koszty nabycia praw licencyjnych do oprogramowania serwisowego lub też nie skalkulował ich wcale. Na rozprawie to natomiast sam Odwołujący przedstawił Izbie ofertę handlową z ceną zaoferowaną Przystępującemu w granicach 77 000,00 zł za zakup odpowiednich licencji. Już tylko ta okoliczność stoi w opozycji do twierdzeń odwołania. W momencie składania oferty w postępowaniu wykonawca, który określoną ofertę handlową od producenta otrzymał, miał prawo na wynikającej z tej oferty kwocie bazować i dokonać kalkulacji ceny własnej oferty. Zamawiający ocenia prawidłowość kalkulacji na moment złożenia ofert w postępowaniu, nie zaś na bliżej niesprecyzowany moment w przyszłości, jak chciałby Odwołujący. Niejednokrotnie zdarza się, że moment złożenia i otwarcia ofert oraz moment podpisania umowy dzieli długi czas, w którym zachodzą różne zjawiska natury ekonomicznej. Wystąpienie zmiany ceny danego elementu kalkulacji po terminie złożenia oferty, nie oznacza jednak, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną takiego elementu, a taką ofertę należy odrzucić. Jeżeli podpisanie umowy na warunkach cenowych określonych w ofercie przestaje być rentowne dla danego wykonawcy, może on odmówić podpisania umowy, a dla Zamawiającego ustawa Pzp przewiduje określone możliwości wyboru kolejnego w rankingu wykonawcy. Poza tym z wysokości przedstawionej oferty handlowej wynika, że zakup licencji nie jest elementem wysoce kosztotwórczym w ramach przedmiotowej umowy.

Następnie Odwołujący wskazywał na koszt nabycia lampy rtg, który szacował się na ok. 500 000 zł. W tym wymiarze zarzutu Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających taką wysokość kosztu. Co więcej, gdyby przyjąć, że założenie to ma prawidłowy charakter, to oferta samego Odwołującego nosiłaby cechy niedoszacowania, wynosi ona bowiem 586 000,00 zł. Jak natomiast zaznaczył w piśmie procesowym Przystępujący, sam Odwołujący w innych postępowaniach ten element wyceniał znacznie poniżej kwoty określonej w odwołaniu.

Poza tym, z opisu przedmiotu zamówienia wynika, co potwierdzono również na rozprawie, że serwisowane urządzenie nie jest objęte już gwarancją producenta, a w przypadku wymiany lampy Zamawiający wskazał jedynie, że oczekuje wymiany lampy na nową, objętą 12 miesięczną gwarancją producenta. Nie było wymogiem SIWZ oferowanie oryginalnych części zamiennych, pochodzących od producenta urządzenia, sam zaś Odwołujący użył na rozprawie sformułowania, że producent „nie zaleca” używania produktów zamiennych, co jednocześnie nie oznacza, że jest to niedopuszczalne lub zakazane.

Przechodząc do oceny wyliczonych w odwołaniu kosztów pracy, to przede wszystkim dostrzec należy, iż Odwołujący wyliczenia oparł na błędnej kwocie cennika. Odwołujący wskazał, że zgodnie z cennikiem przedstawionym w innym postępowaniu przez Przystępującego naprawa tomografu komputerowego w dni powszednie to koszt 290 zł netto. W obliczeniach natomiast Odwołujący do równania podstawiał zmienną odnoszącą się do naprawy rezonansu magnetycznego (340 zł). Nawet gdyby założyć, że Odwołujący do stawki 290 zł dodał podatek od towarów i usług (co winno jednak dawać wartość 356,70 zł), to w ostatecznym rachunku całkowita wartość kosztu została ponownie przez Odwołującego objęta podatkiem VAT. Innymi słowy, nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący zastosował właściwą stawkę z cennika, to ta sama czynność została przez Odwołującego dwukrotnie obciążona podatkiem. Trudno uznać, że taki sposób wyliczenia kosztów pracy jest wiarygodny, bez oceny czy do obliczeń mogła zostać przyjęta stawka zaoferowana w innym postępowaniu, gdzie nie wykazano, jaki był zakres przedmiotowy owego postępowania, jakie czynności mieściły się w pojęciu „serwisu urządzenia”, co także przecież może przełożyć się na wysokość stawki. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący nie musiał przedstawiać dowodów potwierdzających, że prawidłowo oszacowano koszty dojazdu i koszty pracy serwisanta. To nie Przystępujący był w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym stroną twierdzącą i to nie na nim spoczywał ciężar dowodu.

Izba podkreśla także w rozważaniach orzeczenia okoliczność, iż cena w tym postępowaniu miała charakter ryczałtowy, a wykonawcy nie byli zobowiązani do określenia stawki godzinowej, Zamawiający nie określił ani minimalnej, ani maksymalnej liczby godzin serwisowych, a także nie określono bliżej zakresu, czy też katalogu części do wymiany w ramach wykonywanych przeglądów. Wartości te były znane tylko Odwołującemu jako podmiotowi dotychczas realizującemu usługę, natomiast Przystępujący zmuszony został bazować na doświadczeniu i wiedzy zdobytym przy serwisowaniu urządzeń w ramach innych umów. Dlatego też przedstawione przez Odwołującego wydruki z logowania do systemu podczas serwisowania tomografu nie mogły przesądzić o nieprawidłowości kalkulacji Przystępującego. Dane te nie były udostępnione w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Nie wykazano natomiast, że Przystępujący przyjął nieprawidłowe założenia do kalkulacji odnośnie czasu pracy serwisanta i czasochłonności napraw.

Końcowo, ale przede wszystkim, wskazać należy, że Odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, arbitralnie stwierdzając, że Przystępujący złożył w postępowaniu ofertę z rażąco niską ceną. Tymczasem, tak doktryna, jak orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych, zgodnie twierdzą, że odrzucenie oferty jako niewiarygodnej cenowo jest możliwe po ocenie wyjaśnień kalkulacji danego wykonawcy. Jeżeli Odwołujący postawił w odwołaniu zarzut dalej idący, to jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to w takim przypadku zobowiązany był podnosić okoliczności udowodnić. Zamawiający

zobowiązany jest badać prawidłowość ceny ofertowej 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. Odwołujący natomiast nie tylko, w ocenie Izby, nie udowodnił prezentowanych w odwołaniu tez, ale nawet nie uprawdopodobnił, że można był powziąć wątpliwości co do prawidłowości ceny ofertowej Przystępującego i należało wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji ceny ofertowej. Nie zachodziły zaś obligatoryjne przesłanki ustawowe do wystosowania wezwania o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Reasumując, z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Izba nie dopatryła się w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp odnoszących się do zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....