

**WYROK**  
**z dnia 27 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Mariusz Gontarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15 i 21 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2016 r. przez wykonawcę: **Schiller Poland Sp. z o.o., ul. Rolna 157, 02-727 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ, ul. Rycerska 10, 60-346 Poznań**

przy udziale wykonawcy: **Physio-Control Poland Sales sp. z o.o., ul. Plac Joachima Lelewela 2, 01-624 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Schiller Poland Sp. z o.o., ul. Rolna 157, 02-727 Warszawa, 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: Schiller Poland Sp. z o.o., ul. Rolna 157, 02-727 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od wykonawcy: Schiller Poland Sp. z o.o., ul. Rolna 157, 02-727 Warszawa na rzecz zamawiającego: Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ, ul. Rycerska 10, 60-346 Poznań kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**Zamawiający** – Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ z siedzibą w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*dostawę urządzeń przenośnych do mechanicznej kompresji klatki piersiowej*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10.11.2016 r., nr 341146-2016.

**Odwołujący** – Schiller Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechania) Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty Physio-Control Sales Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „Physio-Control”;
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego będącym także wynikiem bezpodstawnego zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia instrukcji obsługi w języku polskim.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, co doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażenia go na szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany przychód z tytułu wykonania przyszłej umowy, gdyż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny, a nie została wybrana na skutek bezzasadnego jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem ewentualnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia instrukcji obsługi w języku polskim.

Informacja o wynikach postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 25 listopada 2016 r., termin do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie odwołania.

I. Wprowadzenie. Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń przenośnych do mechanicznej kompresji klatki piersiowej. Opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 6 do SIWZ. Zgodnie z punktem 3.1 oraz 3.3 SIWZ do oferty należało załączyć „Dokumenty zezwalające na obrót wyrobem medycznym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej” oraz „Instrukcję obsługi w języku polskim - na płycie CD lub pendrive”.

Do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty. W świetle przyjętych kryteriów oceny, oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i jakości (parametrów).

Pismami z dnia 23 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyczerpujące wyjaśnienia otrzymał za pismem z dnia 25.11.2016 r. Tego samego dnia Zamawiający rozstrzygnął przetarg przez odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Physio Control. Ofertę Odwołującego uznano za nieodpowiadającą treści SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę.

Z takim wynikiem postępowania Odwołujący nie zgodził się. Omawiając kolejno przesłanki odrzucenia oferty, Odwołujący zacytował uzasadnienie faktyczne Zamawiającego, a pod cytatami przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Odwzorowanie podstaw odrzucenia stanowi wierną kopię pisma z wynikiem postępowania, za wyjątkiem kwestii związanych z rażąco niską ceną, gdzie Odwołujący pominął fragment zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.

II. Zarzuty Zamawiającego (podstawy odrzucenia).

A. „Możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO”

1. W pkt 1 tiret 6 formularza ofertowego - „Możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO” Oferent deklaruje „TAK”. Natomiast w Podręczniku użytkownika w rozdziale 3.1.2 (Str. 17) widnieje informacja: „nie należy zmieniać zasilania podczas użytkowania (RKO). Podłączenie lub odłączenie zasilania sieciowego w trakcie użytkowania może spowodować błąd i konieczność ponownego uruchomienia urządzenia. Po wnikliwym przeanalizowaniu wyjaśnienia, oferta nie spełnia powyższego wymagania specyfikacji albowiem chodzi o możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO bez konieczności rozłączenia układu, ładowarka jest oddzielnym urządzeniem i istnieje przy wymianie akumulatora konieczność wyłączenia urządzenia zgodnie z instrukcją obsługi 3.1 Uwaga str. 16, 3.1.2. str. 17.

Zdaniem Odwołującego, powyższy parametr należy czytać łącznie z innymi punktami opisu przedmiotu zamówienia, tworzących określoną funkcjonalność urządzenia. Jego literalna wykładnia prowadziłaby do wewnętrznej sprzeczności SIWZ. Otóż urządzenie jako takie, nie może być ładowane. Naładować można co najwyżej baterię, która zasila urządzenie nie podłączone do gniazda sieciowego. Wydaje się to być oczywiste z punktu

widzenia doświadczenia życiowego oraz w zestawieniu z pozostałymi parametrami, takimi jak - wskaźnik naładowania baterii (a nie urządzenia), czy też omawianego w dalszej kolejności punktu dotyczącego ładowarki akumulatora (a nie urządzenia) zintegrowanej z urządzeniem. Innymi słowy, można mówić o ładowaniu lub naładowaniu baterii (którego poziom opisuje odpowiedni wskaźnik), a nie urządzenia. Ładowarka zaś ma umożliwiać naładowanie akumulatora (baterii), a nie urządzenia.

Mając na uwadze powyższe, parametr „*Możliwość ładowania urządzenia w trakcie czynności RKO*” sprowadza się do: (a) możliwości pracy urządzenia na zasilaniu 12V DC czy 220-240 V AC; (b) możliwości ładowania akumulatora w trakcie pracy (czynności RKO). Odwołujący kategorycznie potwierdził, że zaoferowane przez niego urządzenie Easy Pulse produkcji renomowanej szwajcarskiej firmy Schiller AG spełnia każdy z tych postulatów, a tym samym parametr „*Możliwość ładowania urządzenia w trakcie czynności RKO*”.

Zamawiający odrzucając ofertę wyraźnie odniósł jej treść do wymagań nie wynikających z SIWZ. Stwierdził, że chodziło mu o ładowanie urządzenia w trakcie RKO bez konieczności rozłączenia układu, podczas gdy parametr nie miał takiego brzmienia. Niemniej tego rodzaju wzmianka świadczy o tym, że intencją Zamawiającego było posiadanie urządzenia dającego możliwość nieprzerwanej pracy nawet w przypadku wyczerpania akumulatora. Patrząc z tej perspektywy aparat Easy Pulse jest w pełni funkcjonalny.

Przytoczone fragmenty instrukcji obsługi zostały błędnie zinterpretowane przez Zamawiającego, jako zakazujące zasilania w trakcie RKO. Tymczasem taki zakaz z instrukcji nie wynika. Sformułowanie, które powołuje Zamawiający ma charakter wyłącznie ostrzegawczy. Podłączenie zasilania w trakcie RKO najczęściej następuje w warunkach niewiedzy ratownika o stanie instalacji elektrycznej. Ze względu na jej różną jakość wytwórca ostrzega przed możliwymi skutkami takiej operacji, aby operator był na to przygotowany. Zasadniczo mamy do czynienia z urządzeniem bezprzewodowym wykorzystywanym nierzadko w miejscach z brakiem dostępu prądu. Dlatego właśnie Schiller AG postawił na rozwiązanie z ładowarką i dwoma akumulatorami, tak aby jeden mógł być w każdej chwili wymieniony, a w tym czasie drugi ładowany np. w karetce pogotowia czy śmigłowcu, oddalonych od miejsca prowadzenia akcji RKO w odległości uniemożliwiającej bezpośrednio podłączenie do gniazda zasilającego (ale również w miejscu prowadzenia akcji jeśli taka możliwość istnieje).

Niemniej, w przypadku wyczerpywania się akumulatora (informacja dźwiękowa i sygnalizacja świetlna) urządzenie może być podłączone do zewnętrznego źródła i automatycznie przechodzi na pracę z zasilania tego typu. W tym czasie można bez przerywania pracy urządzenia wymienić akumulator będący dodatkowym zapasowym akumulatorem, a wyczerpany akumulator włożyć do ładowarki będącej integralną częścią urządzenia, co stanowi ewidentny walor tego rozwiązania (kumulatywnie

dochodzi do znacznego wydłużenia okresu pracy zwłaszcza w skrajnie trudnych warunkach). Doładowywanie możliwe jest z różnych źródeł, co jest niedostępne w konkurencyjnym aparacie. Dodatkowo - szybki czas ładowania akumulatora w rozwiązaniu firmy Schiller to 45 minut zaś w konkurencyjnym - 2 godziny. Daje to firmie Schiller znaczną przewagę w zapewnieniu ciągłej, nieprzerwanej pracy, co jak sam przyznaje Zamawiający było istotą parametru.

Odwołujący podkreślił, że jeśli jest w aparacie akumulator i następuje podłączenie zewnętrznego źródła zasilania (sieć czy zasilanie pokładowe), aparat nie przerywa pracy, podaje krótki sygnał dźwiękowy i bez zakłóceń pracuje nadal, sygnalizując diodą na panelu sterowania, że pracuje z sieci. Wybiera więc „silniejsze” źródło zasilania, „oszczędzając” akumulator. W drugą stronę działa to tak samo: po odłączeniu sieci lub zasilania pokładowego, następuje krótki sygnał dźwiękowy, praca jest bez zakłóceń kontynuowana z akumulatora (świeci też dioda sygnalizująca jako źródło zasilania akumulator). Przywołany przez Zamawiający punkt 3.1.2 nie wskazuje takiej kombinacji, jest tylko opisem zachowań z zasilaniem innym niż akumulator.

Powyższe stanowisko Odwołujący opiera nie tylko na wiedzy własnej, ale przede wszystkim na zapewnieniach producenta. Odwołujący uzyskał informację, że instrukcja obsługi, którą załączył do oferty nie była aktualna m.in. w zakresie „Pracy z zasilaniem sieciowym i baterijnym”. Wytwórca wydał nową wersję. Odwołujący nie zdążył się na nią powołać, bo Zamawiający w ekspresowym tempie odrzucił jego ofertę. Konsultując zarzuty w kontekście podstaw odrzucenia, Odwołującemu została przekazana aktualna instrukcja, opisująca pracę przy zewnętrznym lub baterijnym zasilaniu w taki sposób, jak to było wiadome Odwołującemu i jak zawsze przedstawiał to producent (m.in. w filmach instruktażowych publikowanych na stronie internetowej). Skoro natomiast Zamawiający oczekiwał potwierdzenia zaoferowanych parametrów w instrukcji obsługi (z tego dokumentu wywiódł niezgodność oferty z SIWZ, wydaje się więc, że taki nadał mu walor), to ustalwszy, że wspomniana instrukcja takiego potwierdzenia nie zawiera, powinien był wezwać Odwołującego do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Więc pierwsza przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego jest bezpodstawna. Abstrahuje od istoty parametru, oświadczeń wykonawcy i oparta jest na nieaktualnej wersji instrukcji obsługi. Ponadto, co Odwołujący podkreślił z ostrożności, nie uwzględnia prawa wykonawcy do powoływania się na rozwiązania równoważne, o parametrach nie gorszych. Opisany sposób pracy i zasilania urządzenia nie pozostawia natomiast wątpliwości, że Easy Pulse ma w tym aspekcie znacznie lepsze właściwości niż graniczny próg SIWZ.

#### B. „Ładowarka akumulatora zintegrowana z urządzeniem”

2. W pkt 1 tiret 7 formularza ofertowego - „Ładowarka akumulatora zintegrowana z urządzeniem”.

Oferent deklaruje „TAK”. Natomiast w Podręczniku użytkownika w rozdziale 6.1 (Str. 36) widnieje Informacja: „Akumulator można ładować w następujący sposób: I. Szybkie ładowanie w gnieździe 1 przez ok. 50 min. II. Normalne ładowanie dwóch akumulatorów jednocześnie w gniazdach 1 i 2 przez ok. 2 godz. III. Wkładanie akumulatora”. Po wnikliwym przeanalizowaniu wyjaśnienia oferta nie spełnia powyższego wymagania specyfikacji. Możliwość doładowania akumulatorów w urządzeniu w trakcie pracy dla zapewnienia ciągłości kompresji musi odbywać się bez konieczności korzystania z urządzeń zewnętrznych. Zgodnie z wytycznymi RKO ERC 2015 przerwy w uciskaniu klatki piersiowej muszą być minimalizowane.

W ocenie Odwołującego, w kontekście powyższych argumentów również odrzucenie z powodu nie spełnienia parametru, „ładowarka akumulatora zintegrowane z urządzeniem” nie może zostać zaakceptowane. Zaoferowane przez Odwołującego urządzenie Easy Pulse posiada wymienną baterię, które składa się w zestawie na ten wyrób (stanowi jego integralną część), znajduje się druga bateria oraz ładowarka. Na gruncie SIWZ nie sposób uznać, że Zamawiający dopuścił wyłącznie aparaty ze stałą, wbudowaną baterią, a *de facto* taką właściwość egzekwuje obecnie Zamawiający od Odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający argumentuje, że „Możliwość doładowania akumulatorów w urządzeniu w trakcie pracy dla zapewnienia ciągłości kompresji musi odbywać się bez konieczności korzystania z urządzeń zewnętrznych.” Po raz kolejny Zamawiający wskazuje na intencje stojące za konkretnym parametrem, odbiegając od jego literalnego brzmienia. Zamawiający zdaje się sprowadzać wymóg SIWZ do konieczności posiadania wbudowanej ładowarki akumulatora, co nie ma uzasadnienia w treści SIWZ. Nie wynika z niej także obowiązek zapewnienia możliwości „doładowywania akumulatorów w urządzeniu w trakcie pracy”.

Bateria do aparatu Easy Pulse może być cały czas ładowana podczas pracy urządzenia, a dodatkowo również wymieniana. W związku z tym, przerwy w uciskaniu klatki nie występują. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w SIWZ jest mowa o „ładowarce” i „integracji”. Jeśli Zamawiający oczekiwałby możliwości ładowania akumulatora w urządzeniu (a tak to aktualnie przedstawia), to nie odróżniałby ładowarki od urządzenia. Ponadto, „zintegrowany” zgodnie ze słownikiem oznacza tyle co „połączony w całość lub będący częścią całości”. Dwa lub więcej elementów może być na stałe fizycznie połączonych (tworząc *de facto* jeden produkt) lub stanowić zestaw kompatybilnych części składających się na jeden wyrób medyczny. Ładowarka, której nie dostarcza wytwórca w zestawie Easy Pulse nie będzie stanowić jego integralnej części, ale już przeznaczona wyłącznie do wykorzystywania w ramach tego zestawu będzie jego integralną częścią.

Mając na uwadze powyższe, Easy Pulse zaoferowany przez Odwołującego spełnia obydwie zarzucane parametry, a z punktu widzenia przeznaczenia tego urządzenia, tak silnie podkreślanego w uzasadnieniu odrzucenia, jest wyrobem dużo lepszym, gdyż w znacznie większym stopniu uniezależnia pracę od zasilania zewnętrznego. Zamawiający analizował właściwości Easy Pulse z perspektywy doświadczeń jakie ma z konkurencyjnym produktem, który ze względu na wbudowaną ładowarkę musi być w razie długotrwałej resuscytacji podłączony do zasilania. Tyle, że jeśli ratownik znajduje się miejscu, w którym urządzenie może korzystać z zewnętrznego źródła energii kwestia jego ładowania pozostaje bez znaczenia. Krytyczne są momenty, gdy dostępu do gniazda zasilającego nie ma, a akumulator jest na wyczerpaniu. Wówczas ujawniają się zalety zaoferowanego przez Odwołującego aparatu Easy Pulse, który pozwala zachować ciągłość uciskania praktycznie bez przerwy, korzystając z dodatkowej baterii i możliwości jej ładowania. Tak jak zaznaczono w poprzednim punkcie przewaga zaoferowanego przez Schiller rozwiązania wynika dodatkowo z szybszego czasu ładowania akumulatora.

W związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego z ww. powodów jest bezpodstawne, bo aparat Easy Pulse spełnia SIWZ, a gdyby nawet dostrzec literalne odstępstwa wynikające ze sposobu zredagowania parametrów to jego właściwości należy ocenić jako lepsze w stosunku do opisanych w SIWZ.

#### C. Rażąco niska cena

*„3. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są mało przekonujące. Złożona oferta znacznie obiega cenowo od oferty złożonej przez Physio-Control Poland Sales Sp. z o.o. jak również od oferty Medline Spółka z o.o. Sumarycznie łączna kwota kosztu zakupu urządzenia EASY PULSE od producenta jest słabo udokumentowana.*

*(...) a według niżej przedstawionych faktur urządzenia kalkulowane są:*

*1) FS 592/11/2016 sprzedaż urządzenia EASY PULSE 35.000,00 zł netto, 2) Faktura FS 517/10/2016 sprzedaż urządzenia 40.156,26 zł netto; 3) FS 612/11/2016 sprzedaż urządzenia 36.000,00 zł netto, 4) Dostawa urządzenia dla Pogotowia wynosi 26.000,00 zł netto. Analiza powyższa budzi nasze wątpliwości. Dlatego też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oferta zostaje odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny.”*

Odwołujący wskazał, że złożył obszerne i szczegółowe wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Przedstawił kalkulację wszystkich podstawowych kosztów, które musi ponieść w związku z realizacją zamówienia. Na potwierdzenie swoich wyjaśnień załączył dowody z dokumentów. Z materiału wynika niezbicie, że realizując zadanie osiągnie godziwy zysk. Zamawiający nie podjął żadnej realnej polemiki z tym stanowiskiem. Ograniczył się do zarzucenia, że koszt zakupu od producenta jest „słabo udokumentowany” oraz, że analiza wzbudza jego wątpliwości. Źródłem tych wątpliwości mają być natomiast ceny, za jakie wcześniej Odwołujący sprzedał takie same produkty.



Odnosząc się do takiej krytyki nie sposób nie dostrzec, że jest praktycznie gołosłowna. Faktura dokumentująca sprzedaż jest w obrocie gospodarczym dowodem wykonania usługi lub dostawy towaru, w sytuacji gdy żadna ze stron (sprzedawca/kupujący) nie kwestionuje jej zasadności. Zamawiający pozostawił na wyjaśnienia ceny niecałe dwa dni. W tak krótkim czasie Odwołujący nie miał możliwości uzyskania szczegółowych oświadczeń od producenta. Mógł przedstawić tylko dostępne mu na tamten czas materiały. Co jednak ciekawe, Zamawiający z jednej strony mówi o słabym udokumentowaniu kosztu zakupu, ale następnie powołuje się na ww. fakturę producenta w kontekście cen oferowanych przez Odwołującego w tym postępowaniu oraz dla innych klientów. Pomija jednak w tej analizie, że inne dostawy opiewały na pojedyncze sztuki. W takiej sytuacji nie tylko marże są wyższe, ale przede wszystkim koszty logistyki kumulują się na jednej sztuce. W związku z tym incydentalna sprzedaż tych samych produktów po wyższej cenie wcale nie oznacza, że w tym konkretnym postępowaniu mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Celem, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy unormowania w zakresie rażąco niskiej ceny, było wyeliminowanie z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tych wykonawców, którzy oferują ceny nierealistyczne i nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia. W każdym przypadku Zamawiający wyjaśniając, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska, powinien odpowiedzieć na pytanie: czy za daną kwotę Wykonawca jest w stanie spełnić świadczenie. W procesie oceny oferty, pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny odpowiedź na tak zadane pytanie ma kluczowe znaczenie. W wyroku z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1483/10, Izba orzekła, że nie jest wystarczający do uznania za rażąco niską cenę fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz od cen ofert pozostałych, złożonych w postępowaniu. W ocenie KIO musi to być zatem cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sąd Okręgowy w Katowicach, w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, stwierdził że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy byłoby nieopłacalne dla wykonawcy. Zatem rażąco niska cena, jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, np. oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Nawet pobieżna analiza wyjaśnień z dnia 24.11.2016 r. nie powinna pozostawiać wątpliwości co do tego, że Odwołujący skalkulował cenę rzetelnie, uwzględniając w niej koszty jakie będzie musiał ponieść aby należycie wywiązać się ze swoich zobowiązań. Przyporządkował wydatki do każdej jednostki urządzenia, choć część z nich będzie ponoszona jednorazowo, a nie ośmiokrotnie. Nie wolno również zapominać, że nie mamy do czynienia z umową długookresową generującą stałe koszty i obarczoną niedającymi się w pełni zidentyfikować ryzykami. Zamówienie musi być wykonane w ciągu 15 dni. Umowa

jest lakoniczna, liczy raptem dwie strony. Zarazem wyliczona ostrożnie marża jest na tyle wysoka, że pozwala pokryć nawet nieprzewidziane wydatki, a także koszty ogólnego zarządu firmą itp.

W tych okolicznościach odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jest również bezzasadne.

#### D. Dokumenty zezwalające na obrót

*„4. W trakcie składania oferty na dzień 18.11.2016 r. firma Schiller Roland Spółka z o.o., ul. Rolna 157, 02-729 Warszawa nie posiadała wpisu do Urzędu Rejestru Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W złożonych dokumentach „Formularz dla podmiotów” zawiera potwierdzenie przyjęcia do Kancelarii Głównej ww. Urzędu z dnia 15.11.2016 r., zaś zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876, z późn. zm.) art. 58 ustawy zobowiązuje do zgłoszenia wyrobu medycznego.”*

Zdaniem Odwołującego, ostatnia przyczyna odrzucenia referuje do wymagania 3.1 SIWZ dotyczącego obowiązku złożenia dokumentów zezwalających na obrót wyrobem medycznym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Odrzucając ofertę Zamawiający nie wskazał precyzyjnie jakiego z obowiązków nie dopełnił Odwołujący. Z jednej strony zarzucił, że na dzień składania ofert Odwołujący nie posiadał wpisu do Urzędu Rejestracji Produktów (...), a z drugiej strony podniósł, że art. 58 ustawy o wyrobach medycznych zobowiązywał do zgłoszenia wyrobu medycznego.

Wyroby medyczne jakich dotyczy to postępowanie, nie podlegają wpisowi do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania. Jeśli chodzi o wprowadzanie do obrotu i używania wyrobów medycznych to kwestie te reguluje rozdział 2 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679, z późn. zm.). Przepisy określają, że wyroby wprowadzane do obrotu i wprowadzane do używania powinny być oznakowane znakiem CE, po przeprowadzeniu odpowiednich procedur oceny zgodności potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze.

Przedstawiona przez Odwołującego deklaracja zgodności oraz CE stanowią potwierdzenie wymagania, aby przedmiot oferty w niniejszym postępowaniu był dopuszczony do obrotu i stosowania na terytorium RP. Na gruncie omawianej ustawy są wystarczające, aby legalnie zaoferować Zamawiającemu wyrób medyczny. Osobnym zagadnieniem pozostaje sprawa zgłoszenia wyrobu medycznego lub powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W tym przypadku odpowiednie przepisy zawiera rozdział 7 ustawy o wyrobach medycznych, a w szczególności art. 58. W ust. 1 art. 58 przewiduje się, że wytwórca i autoryzowany przedstawiciel mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej

Polskiej dokonują zgłoszenia wyrobu do Prezesa Urzędu, co najmniej na 14 dni przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu albo przekazaniem do oceny działania. Natomiast ust. 3 stanowi, że: Dystrybutor i importer mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, którzy wprowadzili na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyrób przeznaczony do używania na tym terytorium, niezwłocznie powiadamiają o tym Prezesa Urzędu, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia wprowadzenia pierwszego wyrobu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Obie regulacje mają innych adresatów. Pierwsza dotyczy wytwórcy i autoryzowanego przedstawiciela mających siedzibę na terytorium RP. W drugim przypadku chodzi o dystrybutora i importera. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy o wyrobach medycznych dystrybutorem jest podmiot, mający miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim, który dostarcza lub udostępnia wyrób na rynku i który nie jest wytwórcą ani importerskim.

Do dystrybutora i importera ma zastosowanie również wiele innych przepisów, z których Odwołujący przytoczył art. 17 ust. 2 ww. ustawy określający ich obowiązki przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu, tj. sprawdzenie, czy: 1) wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel przeprowadzili właściwą procedurę oceny zgodności wyrobu; 2) wytwórca wyznaczył autoryzowanego przedstawiciela dla wyrobu; 3) wyrób jest oznakowany znakiem CE, a także numerem identyfikacyjnym jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie zgodności, jeżeli jest wyrobem, o którym mowa w art. 29 ust. 5; 4) informacje dostarczane przez wytwórcę spełniają wymagania zasadnicze.

Odwołujący nie ma statusu autoryzowanego przedstawiciela wytwórcy i na gruncie ustawy o wyrobach medycznych nie musiał dokonywać zgłoszenia. Powiadomienie Prezesa Urzędu, którego kopia jest załączona do oferty jest dokumentem wystarczającym, aby prowadzić obrót wyrobem medycznym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (choć będąc ściśłym - powiadomienie wcale nie warunkuje tego obrotu), a oczekiwanie przedstawienia zgłoszenia w rozumieniu przepisów o wyrobach medycznych nie ma żadnego uzasadnienia w ustawie o wyrobach medycznych. W tych okolicznościach także ostatnia przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego jest chybiona.

W postępowaniu zostały naruszone przepisy wskazane na wstępie, odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Wobec stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy), Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie – (ust. 4 wskazanego artykułu).

Odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Physio-Control Sales Poland Sp. z o.o., jako skutku eliminacji odwołującego z postępowania. Zaskarżone czynności zamawiającego są czynnościami, wobec których przysługuje odwołującemu prawo wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy).

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy, złożył ofertę, jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

**Wykonawca Physio-Control Sales Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej też „przystępującym”. Przystępujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 15 grudnia 2016 r., przedstawiające merytoryczne uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania.

Po rozpoznaniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz zgodnie z ust. 2 tego artykułu stanowiącym, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co wskazuje, że uwzględnienie odwołania i przywrócenie oferty odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia mogłoby nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdyby zostało wykazane, że odrzucenie oferty na podstawie okoliczności wskazanych w zawiadomieniu z dnia 25 listopada 2016 r. stanowiło naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp

– Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący złożył ofertę na 8 sztuk urządzeń przenośnych do mechanicznej kompresji klatki piersiowej za cenę 224 640,00 zł (cena jednostkowa netto 26 000,00 zł, wartość oferty netto 208 000,00 zł) – str. 1 formularza oferty, załącznik nr 1.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując: w pkt 1 i 2 pisma z dnia 25.11.2016 r., że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (podstawa prawna: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), w pkt 3 – wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są mało przekonujące (podstawa prawna: art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – cena oferty rażąco niska) oraz zamieszczając w pkt 4 pisma informację: „*W trakcie składania oferty na dzień 18.11.2016 r. firma Schiller Roland Spółka z o.o., ul. Rolna 157, 02-729 Warszawa nie*

*posiadała wpisu do Urzędu Rejestru Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W złożonych dokumentach „Formularz dla podmiotów” zawiera potwierdzenie przyjęcia do Kancelarii Głównej ww. Urzędu z dnia 15.11.2016 r., zaś zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876, z późn. zm.) art. 58 ustawy zobowiązuje do zgłoszenia wyrobu medycznego.”*

Oceniając czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, których skutek stanowi odrzucenie oferty odwołującego, Izba uznała.

### **Ad 1 i Ad 2.**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (poprawienie w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ, to oferta przedstawiająca przedmiot zamówienia, jego zakres, sposób wykonania, zakres i sposób eksploatacji urządzeń – w sposób niezgodny z opisanym w specyfikacji. W orzecznictwie wskazuje się, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Zamawiający uznał niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie:

#### **A. Możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO**

*1. W pkt 1 tiret 6 formularza ofertowego - „Możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO” Oferent deklaruje „TAK”. Natomiast w Podręczniku użytkownika w rozdziale 3.1.2 (Str. 17) widnieje informacja: „nie należy zmieniać zasilania podczas użytkowania (RKO). Podłączenie lub odłączenie zasilania sieciowego w trakcie użytkowania może spowodować błąd i konieczność ponownego uruchomienia urządzenia. Po wnikliwym przeanalizowaniu wyjaśnienia, oferta nie spełnia powyższego wymagania specyfikacji albowiem chodzi o możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO bez konieczności rozłączenia układu, ładowarka jest oddzielnym urządzeniem i istnieje przy wymianie akumulatora konieczność wyłączenia urządzenia zgodnie z instrukcją obsługi 3.1 Uwaga str. 16, 3.1.2. str. 17.*

## B. Ładowarka akumulatora zintegrowana z urządzeniem

2. W pkt 1 tiret 7 formularza ofertowego - „Ładowarka akumulatora zintegrowana z urządzeniem”. Oferent deklaruje „TAK”. Natomiast w Podręczniku użytkownika w rozdziale 6.1 (Str. 36) widnieje Informacja: „Akumulator można ładować w następujący sposób: I. Szybkie ładowanie w gnieździe 1 przez ok. 50 min. II. Normalne ładowanie dwóch akumulatorów jednocześnie w gniazdach 1 i 2 przez ok. 2 godz. III. Wkładanie akumulatora”. Po wnikliwym przeanalizowaniu wyjaśnienia oferta nie spełnia powyższego wymagania specyfikacji. Możliwość doładowania akumulatorów w urządzeniu w trakcie prań/ dla zapewnienia ciągłości kompresji musi odbywać się bez konieczności korzystania z urządzeń zewnętrznych. Zgodnie z wytycznymi RKO ERC 2015 przerwy w uciskaniu klatki piersiowej muszą być minimalizowane.

W ofercie odwołującego: na str. 44-45 w formularzu „Urządzenie przenośne do mechanicznej kompresji klatki piersiowej” – złącznik nr 6 do SIWZ, w tabeli, odwołujący wskazał producenta urządzenia: SCHILLER AG, Szwajcaria; Model/typ urządzenia: Easy Pulse®; w kolumnach: 3 „Parametry wymagane, Punktacja” oraz 4 „Potwierdzenie spełnienia wymagań, podać opis”, potwierdził spełnianie wymagań; w punkcie 1 tiret 6 „możliwość ładowania urządzenia w trakcie czynności RKO” przez wpisanie „TAK” i tiret 7 „ładowarka akumulatora zintegrowane z urządzeniem” przez wpisanie „TAK, jako jedna z wersji zasilania/ładowania aparatu”. Na dalszych stronach oferty zamieścił opisy urządzeń – karty katalogowe oraz „Podręcznik użytkownika”.

W toku badania i oceny ofert, zamawiający żądał od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym w zakresie wskazanych dwóch pozycji, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 23 listopada 2016 r.).

Odnosnie do opisów w Podręczniku użytkownika, w piśmie wskazał:

w tiret 6 – „Możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO” – informację zamieszczoną w rozdziale 3.1.2 (str. 17) Podręcznika użytkownika o treści: „nie należy zmieniać zasilania podczas użytkowania (RKO). Podłączenie lub odłączenie zasilania sieciowego w trakcie użytkowania może spowodować błąd i konieczność ponownego uruchomienia urządzenia”;

w tiret 7 – „Ładowarka akumulatora zintegrowana z urządzeniem”, w rozdziale 6.1 (str. 36) – widnieje Informacja: „Akumulator można ładować w następujący sposób: I. Szybkie ładowanie w gnieździe 1 przez ok. 50 min. II. Normalne ładowanie dwóch akumulatorów jednocześnie w gniazdach 1 i 2 przez ok. 2 godz. III. Wkładanie akumulatora”

– jako występującą niezgodność informacji podanych w formularzu ofertowym (załącznik nr 6) oraz instrukcji użytkownika.

Odwołujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 24 listopada 2016 r.), podnosząc przede wszystkim (pkt 1 i 2 pisma), że ofertowane urządzenia to produkt niedawno wprowadzony na polski rynek, opisy techniczne i instrukcja obsługi – pierwsze tłumaczenie na potrzeby handlowe – mogą zawierać niepełne dane oraz mogą być sformułowane w sposób oszczędny. Opisując możliwość zasilania aparatu, czyli ładowania lub doładowania podczas pracy, odwołujący wskazał, że opisy zamieszczone w instrukcji interpretował jako zalecenia daleko idącej ostrożności w operowaniu zasilaniem podczas czynności. Ładowarka do akumulatorów obecna w torbie transportowej urządzenia jest częścią systemu, który jest przedmiotem zamówienia, a nie jego poszczególne elementy.

Stwierdził, że oferowane urządzenia są rozwiązaniem równoważnym do opisywanego szczegółowo przez zamawiającego, zaoferował inną równoważną formę rozwiązania konstrukcyjnego do stosowanych na rynku. Nie zaprzeczył skutecznie niezgodności oświadczenia z opisami zamieszczonymi w Podręczniku użytkownika.

Na podstawie oferty (formularza oferty, opisu parametrów urządzenia, podręcznika użytkownika stanowiącego merytoryczną treść oferty), złożonych dowodów, wyjaśnień stron i ich pełnomocników na rozprawie, Izba uznała, że odwołujący był zobowiązany do wskazania oferowanych urządzeń w formularzu oferty, złożenia oświadczenia odnośnie do wymaganych parametrów punktowanych oraz potwierdzenia spełniania wymagań, przez wpisanie w załączniku nr 6 wyrazów „TAK” lub „NIE”. Podręcznik użytkownika – wymagana w pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia, do obowiązkowego załączenia do oferty (pkt 3.3 SIWZ) Instrukcja obsługi w języku polskim - na płycie CD lub pendrive – stanowiła opis urządzenia, budowy i wyposażenia, czynności obsługowych, zasad bezpieczeństwa, zasad używania z pacjentem, konserwacji, ładowarki oraz danych technicznych.

Nie ulega wątpliwości, wynika to z porównania oświadczenia odwołującego z podręcznikiem użytkownika oraz z wyjaśnień treści oferty złożonych na żądanie zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (a więc dokumentów złożonych przed upływem terminu składania ofert i w toku badania i oceny ofert, w granicach wskazanych w przepisach ustawy Pzp), że oferowane urządzenie nie spełnia wymagań opisanych w załączniku nr 6 pkt 1 tiret 6 – możliwość ładowania urządzenia w trakcie RKO. Wymagania odnośnie do równoważności urządzenia, zamawiający opisał w pkt 3 ppkt 4 OPZ: „4. Zgodnie z art. 30 ust. 4 wyżej wymienionej ustawy dopuszcza się rozwiązania równoważne. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia znajduje się jakikolwiek znak towarowy, patent, norma czy pochodzenie, należy przyjąć, że Zamawiający podał taki opis ze wskazaniem na typ i dopuszcza składanie ofert równoważnych o parametrach nie gorszych”. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący potwierdził niespełnianie wymagań, oferując równoważność urządzeń w niedopuszczalnych granicach.

W postępowaniu odwoławczym (o wartości zamówienia wskazanej w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), przedmiotem oceny są czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie oferty, dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą oraz złożonych w toku badania i oceny ofert. Nowe dokumenty, niebędące przedmiotem oceny zamawiającego, jak w tym przypadku – Podręcznik użytkownika z 29.11.16 r. (wydany po upływie terminu składania ofert oraz dotyczący urządzenia nie odpowiadającego w pełni urządzeniom oferowanym – oświadczenie z dnia 29 listopada 2016 r., SCHILLER AG) – nie stanowi podstawy innej oceny oferty odwołującego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowane i stosownie do tego również postępowanie odwoławcze, co czyni, że nie jest dopuszczalna zmiana opisu oferowanego przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert.

Nie ulega również wątpliwości, że odwołujący zaoferował ładowarkę nie taką, jakiej oczekiwał zamawiający (pkt 1 tiret 7 załącznika nr 6).

Opis „Ładowarka akumulatora zintegrowana z urządzeniem”, nie został zdefiniowany w przedmiocie zintegrowania. Odwołujący oferując ładowarkę jako zewnętrzne wyposażenie urządzenia, połączone w procesie ładowania, uznał że wymóg zintegrowania jest spełniony. Zamawiający kierując się zasadami bezpieczeństwa i związaną z tym koniecznością stabilnego umocowania aparatu wraz z wyposażeniem, oczekiwał ładowarki połączonej stale z aparatem.

Zgodnie z opisem zintegrowany [wym. z-integrowany], to „połączony w całość lub będący częścią całości.” „Połączyć, scalić, zjednoczyć, spoić” – na podstawie słownika ortograficznego języka polskiego - Muza 2001, 2005, 2006 - T. Karpowicz.

Zatem, zintegrowanie może oznaczać trwałe połączenie elementów – wbudowanie ładowarki, jak też funkcjonalne – przez podłączenie dodatkowego wyposażenia przeznaczonego wyłącznie do tego celu, do głównego urządzenia (aparatu).

Odwołujący zaoferował ładowarkę jako zewnętrzny element wyposażenia, nie połączony trwale z aparatem przeznaczonym do eksploatacji w warunkach zgodnych z jego przeznaczeniem, zatem brak precyzji w opisie zintegrowania ładowarki, nie ma znaczenia wobec zasadnej oceny dokonanej przez zamawiającego obu oferowanych parametrów opisanych w pkt 1 tiret 6 i 7 załącznika nr 6 do SIWZ.

### **Ad 3. Rażąco niska cena**

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując: „3. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są mało przekonywujące. Złożona oferta znacznie odbiega cenowo od oferty złożonej przez *Physio-Control Poland Sales Sp. z o.o.* jak również od oferty *Medline Spółka z o.o.* Sumarycznie łączna kwota kosztu zakupu urządzenia *EASY PULSE* od producenta jest słabo udokumentowana. Jednostkowa cena



zakupu netto w PLN wynosi 19.927,52 netto (faktura: INVOLCE 16DFA006225), a według niżej przedstawionych faktur urządzenia kalkulowane są: 1) FS 592/11/2016 sprzedaż urządzenia EASY PULSE 35.000,00 zł netto, 2) Faktura FS 517/10/2016 sprzedaż urządzenia 40.156,26 zł netto; 3) FS 612/11/2016 sprzedaż urządzenia 36.000,00 zł netto, 4) Dostawa urządzenia dla Pogotowia wynosi 26.000,00 zł netto. Analiza powyższa budzi nasze wątpliwości. Dlatego też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oferta zostaje odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny.”

Cena oferty odwołującego za 8 sztuk urządzeń przenośnych do mechanicznej kompresji klatki piersiowej, stanowi kwotę 224 640,00 zł. Biorąc pod uwagę ceny dwóch pozostałych ofert: 414 429,26 zł (oferta wybrana), oraz 405 008,64 zł (oferta odrzucona), średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 348 025,97 zł, cena oferty odwołującego stanowi 64,55% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz 54,13% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (415 000,00 zł).

Zamawiający był zobligowany do zwrócenia się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W piśmie z dnia 23.11.2016 r. obszernie wskazał zakres oczekiwanych wyjaśnień, m.in. – konkretne dane liczbowe i poczynione założenia, tj. kalkulacja wraz z jej uzasadnieniem oraz dowodami na jej poparcie, szczegółowa kalkulacja wszystkich czynników cenotwórczych.

Odwołujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 24.11.2016 r.), wskazał: równoważność rozwiązań przewyższającą wymagane parametry, zapewniającą prawidłowy stosunek jakości i ceny; rozwiązanie zapewniające oszczędności metody wykonania produktu, ograniczenie kosztów zakupu – producent promuje produkt na rynkach, w tym w Polsce, nowe rozwiązania techniczne, obniżenie marży ze względu na dostawę 8 szt. (dostawy, szkolenia i gwarancji); zakontraktowanie przez odwołującego towaru już oczekującego w magazynie (stały kurs walut, uniknięcie różnic kursowych), koszt dostawy: producent – odwołujący na koszt producenta, dodatkowe rabaty producenta.

W kalkulacji cenowej odwołujący podał koszty netto: 1) koszt zakupu wynika z załączonej faktury – cena jednostkowa w PLN 19 927,52 zł (dowód: fragment 3 stronicowego dokumentu, nieskutecznie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa); 2) koszt dowozu, montażu, szkolenia jako 1rb; koszt 1rb przy dojeździe: 50 zł; koszt 1rb szkolenia: 200 zł; ilość godzin potrzebna na: dojazd – 6 godzin, 1 szkolenie: 2,5 godziny; koszt łączny roboczogodzin 800 zł; 3) koszt związany z wykorzystaniem samochodu firmowego: koszt tzw. kilometrówki 1,50 zł, ilość km: 610; koszt samochodu łącznie 915,00 zł; 4) koszt gwarancji i obsługi gwarancyjnej: 1% wartości; jednostkowy koszt gwarancji i obsługi gwarancyjnej 260 zł; 5) inne koszty (dieta/rozliczenie wyjazdu i inne dodatkowe) na 1 szt. urządzenia: 0,5% wartość: 130 zł. Łączna kwota kosztów 22 063,02 zł. Marża

całkowita 31 495,84 zł. W dalszej części wyjaśnień odwołujący zamieścił informacje na temat marży i firmy. Wskazał możliwości uzyskania dodatkowego rabatu oraz gotowość do przedłożenia dodatkowych dowodów.

Załączone dowody – faktury: 1) nieprzetłumaczony fragment faktury 27 september 2016 4630 EUR; 2) FS 529/10/2016 z 17.10.2016 r. kwota 2 148,60 zł; 3) FS 500/10/2016 z 05.11.2016 r. kwota 8 165,79 zł (pkt 2 i 3 to koszty różne).

Skutkiem zwrócenia się zamawiającego do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, w szczególności w zakresie pkt 1-5, jest obowiązek odwołującego wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 ust. 2 Pzp). Ocena wyjaśnień oraz załączonych dowodów należy do zamawiającego. Zamawiający dysponujący innymi dowodami, w tym złożonymi wraz z ofertą fakturami sprzedaży, słusznie ocenił wyjaśnienia odwołującego jako niewystarczające. Pierwsze dwie strony pisma nie przedstawiają skonkretyzowanych danych przekładających się na obliczenie wartości rzutujących na niską cenę oferty (w granicach 50-60% wartości rynkowej). Przedstawiona na str. 3 kalkulacja ceny, jest zestawieniem cen za poszczególne czynności związane z realizacją zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnych danych uzasadniających cenę jednostkową urządzenia (wskazana wartość netto 19 927,52 zł). Nie załączył żadnego potwierdzenia zakontraktowania towaru u producenta oraz stosowanych rabatów. Załączone: fragment faktury wskazującej kwotę 4630 EUR oraz dwie faktury na kwoty: 2 148,60 PLN, 8 165,79 PLN – nie wyjaśniają zaniżonej ceny.

Złożone na rozprawie 2 faktury w języku angielskim wskazujące omówione ceny zakupu – nie mogły stanowić podstawy do uznania, że zamawiający dokonał niewłaściwej oceny wyjaśnień odwołującego, skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (cena rażąco niska lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia).

W orzecznictwie przyjmuję się, że wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podobnie: Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, Izba w wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 582/15, Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08.

#### **Ad 4. Dokumenty zezwalające na obrót**

*„4. W trakcie składania oferty na dzień 18.11.2016 r. firma Schiller Roland Spółka z o.o., ul. Rolna 157, 02-729 Warszawa nie posiadała wpisu do Urzędu Rejestru Produktów*

*Lecznicych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W złożonych dokumentach „Formularz dla podmiotów” zawiera potwierdzenie przyjęcia do Kancelarii Głównej ww. Urzędu z dnia 15.11.2016 r., zaś zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876, z późn. zm.) art. 58 ustawy zobowiązuje do zgłoszenia wyrobu medycznego.”*

Zamawiający wskazując art. 58 ustawy o wyrobach medycznych nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty – zarówno z ustawy Pzp, jak też normy z art. 58 wskazanej ustawy. Nie podważył uzasadnienia odwołania dotyczącego tego zarzutu.

Zatem, niezasadnie została wskazana w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty informacja przedstawiona w pkt 4 pisma.

Reasumując, zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w zarzutach odwołania odrzucając ofertę na podstawach przedstawionych w pkt 1-3 zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 25 listopada 2016 r.

Dowody złożone przez zamawiającego na rozprawie: Wyciąg z ustawy z 2016 r. o państwowym ratownictwie medycznym; Podsumowanie kluczowych zmian w Wytycznych resuscytacji 2015, RSC; Aktualizacja wytycznych AHA w zakresie (...) z 2015 roku; Zarządzenie nr 65/2012/DSM Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 17 października 2012 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju ratownictwo medyczne – nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, nie znajdując uzasadnienia do zastosowania ust. 2 tego artykułu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**