

WYROK
z dnia 11 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę: **D.P. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki nr 1, im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9, 85-094 Bydgoszcz**

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E.G., P.P. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą A. s.c. E.G., P.P., (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **D.P. Sp. z o.o., (...)**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **D.P. Sp. z o.o., (...)**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy: **D.P. Sp. z o.o., (...)** na rzecz zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki nr 1, im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9, 85-094 Bydgoszcz** kwotę **4 206,14 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście sześć złotych czternaście groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę, opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usług w zakresie wykonania przeglądów technicznych aparatury medycznej*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 031-055988.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w zakresie części 1. zamówienia, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców: E.G., P.P. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą A. s.c. E.G., P.P. z siedzibą w W. (dalej „A.” lub „Przystępujący”) oraz zaniechania poprawienia ceny i odrzucenia oferty ww. Wykonawcy. Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A. mimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż jej rzeczywista wartość jest niższa o 32,34% od szacunkowej wartości zamówienia dla części 1. i za określoną cenę nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A. pomimo, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. pomimo, że treść tej oferty nie opowiada treści SIWZ,
- 4) art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia ceny oferty wykonawcy A. w sposób uwzględniający wskazane w SIWZ zasady jej wyliczenia,
- 5) art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania A. do wyjaśnienia, czy zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska, z uwagi na fakt, iż rzeczywista cena oferty jest niższa o 32,34% od szacunkowej wartości zamówienia dla części 1.,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty A., względnie

poprawienia ceny oferty i wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1) Zaniechanie poprawienia ceny oferty A..

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie najistotniejszym zaniechaniem Zamawiającego jest zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w cenie oferty AMEDIQ, co doprowadziło do tego, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zbadał tę ofertę w zakresie ceny tej oferty. W opinii Odwołującego, określona w ofercie A. cena tworzy mylne wrażenie co do jej rzeczywistej wartości.

Odwołujący wskazał Zauważyć należy, że w pkt 13.2 SIWZ Zamawiający ustalił, iż: *„Cena oferty to: cena (przeglądu/przeглядów) jednego aparatu netto pomnożona przez ilość aparatów z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT) wynikająca z formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ”*. Tym samym, zdaniem Odwołującego, wykonawcy składając ofertę zobowiązani byli do określenia (złożenia w tym zakresie oświadczenia woli) ceny przeglądu lub przeglądów (w kolumnie 6), a następnie przemnożenia poszczególnych cen przez ilość aparatów, wskazaną przez Zamawiającego w kolumnie 5.

W ocenie Odwołującego, A. w sposób nieprawidłowy wypełnił Formularz cenowy, bowiem dodatkowo pomnożył kwotę będącą wynikiem przemnożenia wartości wskazanych w kolumnach 5 i 6 z wartościami wskazanymi w kolumnie 4 (dodatkowo dokonał przemnożenia przez liczbę przewidywanych przeglądów). Jak zauważył Odwołujący, jest to działanie nieprawidłowe, ponieważ w opisie sposobu obliczenia ceny (pkt 13.2. SIWZ) wskazano wyraźnie na konieczność przemnożenia *„ceny (przeglądu /przeглядów) jednego aparatu netto”* - tak brzmi opis kolumny 6 formularza cenowego przez ilość sztuk - tak opisano kolumnę 5 Formularza cenowego.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, nie pozostawia wątpliwości, że do obliczenia ceny należało pomnożyć kolumnę 5 i 6, dodając następnie podatek VAT. Zamawiający natomiast nie nakazywał, jak podał Odwołujący, dodatkowego przemnażania ww. wartości przez ilość przeglądów (kolumna 4). Dokonanie powyższego doprowadziło, jak zauważył Odwołujący, do podwojenia wartości 5 spośród 12 pozycji w ofercie Przystępującego (pozycje 1, 4, 6, 10 i 11).

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że na skutek informacji Odwołującego, skierowanej do Zamawiającego w dniu 27 marca 2017 r., Zamawiający już następnego dnia wystosował do A. wezwanie do wyjaśnienia tej kwestii. A., jak podał Odwołujący, pismem z dnia 30 marca 2017 r. potwierdził sposób obliczenia ceny zasugerowany przez Zamawiającego w wezwaniu

do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wiedział zatem, jak podkreślił Odwołujący, że w takich okolicznościach cena oferty jest obliczona niezgodnie z pkt 13.2 SIWZ. Charakter tego błędu, zdaniem Odwołującego, jest dość oczywisty. Zamawiający powinien był więc, jak zauważył Odwołujący, poprawić cenę tej oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie wartości określonej w kolumnie 7, 9 i 10 Formularza cenowego, przyjmując jako podstawę wyliczeń cenę wskazaną w kolumnie 6 oraz sposób jej wyliczenia podany w SIWZ. Dopiero po wykonaniu tej czynności, cena oferty A., zdaniem Odwołującego, będzie porównywalna z innymi ofertami złożonymi w tej części zamówienia. Co więcej, jak podał Odwołujący, poprawnie obliczona cena oferty A. wynosi 183.762,00 zł brutto, co ukazuje załączona do odwołania tabela odpowiadająca Formularzowi cenowemu.

2) Zaniechanie odrzucenia oferty A. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Biorąc pod uwagę działanie A. po wezwaniu do wyjaśnień z 27 marca 2017 r. w zakresie sposobu wypełnienia Formularza cenowego, w przypadku gdyby Izba nie stwierdziła naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że A. złożył ofertę, przedkładając Formularz cenowy, który zawiera ceny jednostkowe. Formularz cenowy został sporządzony na podstawie wzoru załączonego przez Zamawiającego do SIWZ. Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 13.2 SIWZ „Cena oferty to: cena (przeгляdu/przeглядów) jednego aparatu netto pomnożona przez ilość aparatów z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT) wynikająca z formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ”. Instrukcja Zamawiającego, jak zauważył Odwołujący, była w tym zakresie jasna i precyzyjna.

Odwołujący podał, że wykonawcy uzupełniając Formularz cenowy, w kolumnie 6 uwzględniali cenę jednego lub dwóch przeglądów, w zależności od liczby wskazanej w kolumnie 4. Następnie cenę z kolumny 6, przemnożoną przez liczbę urządzeń z kolumny 5, wskazywali w kolumnie 7 (netto) i 10 (brutto). Taki sposób obliczenia ceny, jak zauważył Odwołujący, zapewniał Zamawiającemu możliwość ustalenia kosztów usługi świadczenia przeglądów technicznych dla poszczególnych urządzeń w okresie realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy.

Tymczasem z Formularza cenowego A. wynika, jak podkreślił Odwołujący, że cena w kolumnie 7 dla pozycji 1, 4, 6, 10 i 11 została błędnie zawyżona. W ocenie Odwołującego, niezgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ A., w celu obliczenia ceny przeglądu/przeглядów jednego aparatu netto, Przystępujący pomnożył kolumny 4, 5 i 6 Formularza cenowego.

O ile powyższy zabieg, zdaniem Odwołującego, kwalifikuje się na oczywistą omyłkę rachunkową, którą Zamawiający mógłby poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to

wyprzedzając ewentualną argumentację A., związaną z wyjaśnieniami z dnia 30 marca 2017 r., Odwołujący stwierdził, że Wykonawca ten nie miał zamiaru zaoferować ceny z kolumny 6, jako ceny za wykonanie jednego lub dwóch przeglądów dla jednego urządzenia w zależności od tego, czy Zamawiający wymagał jednego czy dwóch przeglądów. A. wyjaśnił, jak zauważył Odwołujący, że celowo wpisał takie ceny w kolumnie 7 Formularza cenowego, gdyż pomylił się co do wskazania ceny w pozycji 6 i nie uwzględnił w niej dla pozycji 1, 4, 6, 10 i 11 dwóch przeglądów.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, dowodzi, że ostateczna cena oferty została błędnie obliczona przez A. (z przyjęciem błędnych podstaw jej wyliczenia). Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe jej poprawienie. Jak zauważył Odwołujący, oświadczenie w zakresie jednostkowej ceny oferty zostało złożone z dniem otwarcia ofert. W tym dniu Zamawiający poznał ceny jednostkowe, w tym cenę za dwa przeglądy dla urządzeń z pozycji 1, 4, 6, 10 i 11 Formularza cenowego. Odpowiednio obliczone ceny (z uwzględnieniem cen wskazanych w kolumnie 6 i sposobu wyliczenia ceny, określonego w SIWZ), jak wyjaśnił Odwołujący, powodują obniżenie ceny oferty o 61.131,00 zł brutto. Wyjaśnienia złożone przez A. nie mogą zmieniać, w opinii Odwołującego, cen jednostkowych, na podstawie których Zamawiający może ustalić ostateczną cenę oferty. Co więcej, zdaniem Odwołującego, takie operowanie cenami może budzić podejrzenia co do manipulacji ceną oferty, gdyż A. obecnie ma świadomość złożenia oferty o najniższej cenie, niezależnie od tego, czy cena będzie opiewać na kwotę 183.762,00 zł brutto czy 244.893,00 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca wyraźnie wskazał, iż cena 183.762,00 zł brutto nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia, gdyż nie zostały do niej wliczone drugie przeglądy techniczne (dla pozycji 1, 4, 6, 10 i 11 Formularza cenowego). Powyższe świadczy, w ocenie Odwołującego, o istnieniu klasycznego błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nieznajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego .

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, jak wyjaśnił Odwołujący, oferty mamy do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny wszystkich elementów cenotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, zasły w niniejszym postępowaniu w stosunku do oferty wykonawcy A., wobec czego zarzut zaniechania odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest zasadny.

3) Zaniechanie wezwania A. do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający odrzuca. Przepis ten, jak zauważył Odwołujący, ma charakter imperatywny. Ustawodawca, jak podał Odwołujący, nie pozostawił Zamawiającemu swobody decyzji w tym zakresie, co oznacza, że zawsze, gdy zostanie złożona oferta z rażąco niską ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia, to zamawiający będzie miał prawny obowiązek odrzucenia takiej oferty.

Zdaniem Odwołującego, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnia, czym jest rażąco niska cena, tj. taka cena, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Precyzując, jak podniósł Odwołujący, można powiedzieć, że *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej”* (por. opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych).

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne istnienia rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy oferta wykonawcy będzie o co najmniej 30% tańsza od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Powyższe domniemanie, jak podał Odwołujący, prowadzi do powstania bezwzględnego obowiązku wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności co do okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt 1 - 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, z sytuacją domniemania złożenia oferty o cenie rażąco niskiej mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że przy poprawnym obliczeniu ceny oferty A. przyjmie ona wartość 183.760,00 zł brutto. W konsekwencji, jak podał Odwołujący, różnica pomiędzy tą ceną a szacunkową wartością zamówienia brutto wyniesie 32,34%. W przypadku różnicy od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert różnica wyniesie natomiast ok. 20%.

Wobec powyższego, w opinii Odwołującego, w stosunku do ceny oferty A., ustalonej w sposób uwzględniający oświadczenie tego wykonawcy zawarte w Formularzu cenowym oraz sposób wyliczenia ceny, określony w SIWZ, należy domniemać istnienie rażąco niskiej ceny, które A. mogłoby obalić wyłącznie na skutek złożenia wyjaśnień. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezwzględnie naruszył dyspozycję art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy

Pzp i zaniechał wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Odwołujący stoi na stanowisku, że niezależnie od treści ewentualnych wyjaśnień, oferta A. zawiera cenę rażąco niską, bowiem wykonawca ten nie jest w stanie wykonać zamówienia za cenę wskazaną w Formularzu ofertowym.

Na rażąco niski charakter oferty A. wskazuje, zdaniem Odwołującego, podana w Formularzu cenowym cena przeglądów technicznych respiratorów wchodzących w zakres części 1. zamówienia, tj. respiratorów producenta D.A. & C.. K. (pozycje 8 - 12 Formularza cenowego). Wartość tej usługi, jak zauważył Odwołujący, wynosi 106.333,50 zł brutto, czyli 57,86% wartości oferty A. na część 1. zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że warunki dokonywania przeglądów technicznych z wykorzystaniem jedynie oryginalnych części zamiennych potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 13 do SIWZ, zawarte w wyjaśnieniach z dnia 6 marca 2017 r.: „13. *Pytanie 6: Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dla zapewnienia maksymalnego bezpieczeństwa pracy personelu medycznego i pacjentów oraz zgodności zapisów z instrukcji obsługi urządzenia będzie wymagał od wszystkich Wykonawców do przeprowadzenia przeglądów i napraw użycia tylko oryginalnych części zamiennych. Odpowiedź: Tak. Zgodnie z zapisami punktu 5 załącznika nr 2b do SIWZ*”.

Odwołujący podał, że z racji statusu Odwołującego wobec respiratorów producenta D.A. & C.K., każdy konkurencyjny wykonawca, który zamierza sprzedawać lub zapewniać serwis techniczny (w tym przeglądy techniczne) tego sprzętu, musi zwrócić się do Odwołującego w celu nabycia sprzętu lub oryginalnych części zamiennych. Co więcej, jak wyjaśnił Odwołujący, wyłącznie w ten sposób inni wykonawcy mogą uzyskać ewentualne zniżki na ten sprzęt lub oryginalne części zamienne.

Odwołujący podał, że A. nie zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie oferty w tym zakresie. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, Przystępujący mógł operować tylko cenami katalogowymi producenta (podanymi w euro) za części zamienne, niezbędne do dokonania przeglądów. Przeliczając je na wartość w polskich złotych na dzień składania ofert, tj. po kursie 4,2505 zł, cena części zamiennych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia, producenta D.A. & C.K. dla A. wynosi ok. 211.126,00 zł i jest wyższa o ok. 27.364,00 zł od prawidłowo obliczonej ceny oferty A..

Ponadto, Odwołujący zauważył, że cena oferty powinna obejmować nie tylko koszt części zamiennych, ale również koszt wykonania czynności serwisowych, co tym bardziej potwierdza, zdaniem Odwołującego, że cena kwestionowanej oferty jest rażąco niska. Jak podał Odwołujący, cena ta nie pokrywa nawet kosztu części zamiennych, nie wspominając o innych kosztach, choćby osobowych, związanych z przedmiotem zamówienia.

4) Niezgodność treści oferty A. z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził poprawnie czynności badania i oceny ofert pod kątem zgodności przedmiotu oferty A. z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty A. mimo, że ta nie spełnia wymagań SIWZ.

W opinii Odwołującego, A. nie ma możliwości wykonania przeglądu, zgodnie z zaleceniami producenta oraz instrukcją obsługi/serwisową, co było wymagane przez Zamawiającego. Jak podał Odwołujący, Zamawiający wskazywał na to *expressis verbis* w pkt 3.1 SIWZ: „*Usługi stanowiące przedmiot zamówienia winny być wykonywane zgodnie z zaleceniami producentów oraz instrukcji obsługi/serwisowej poszczególnych aparatów określonych w załączniku nr 2a do SIWZ jak i postanowieniami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876 z późn. zm.)*” oraz w § 2 ust. 6 wzoru umowy: „*Usługi stanowiące przedmiot zamówienia winny być wykonywane zgodnie z zaleceniami producentów oraz instrukcji obsługi/serwisowej poszczególnych aparatów określonych w załączniku nr 2a do SIWZ jak i postanowieniami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876 z późn. zm.)*”, a także dodatkowo potwierdził ten wymóg w przytoczonej wcześniej odpowiedzi na pytanie nr 13 do SIWZ, zawartej w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 6 marca 2017 r.

Odwołujący wyjaśnił, że A. nie może wykonać przeglądu technicznego, zgodnie z zaleceniami producenta oraz instrukcją obsługi/serwisową, gdyż do tego jest niezbędne podłączenie aparatu do programu serwisowego, który udostępnia wyłącznie producent. Odwołujący stoi na stanowisku, że A. nie posiada dostępu do programów serwisowych, niezbędnych do wykonania przeglądów technicznych aparatów do znieczulania P., aparatów do znieczulania P. IE oraz respiratora E. V500, wskutek czego nie ma możliwości wykonania usługi zgodnie z wymaganiami producenta oraz instrukcją obsługi. Jak podał Odwołujący, producent D.A. & C.K. nie udostępnił wymaganego oprogramowania wykonawcy A..

Powyższe, zdaniem Odwołującego, dowodzi faktu zaoferowania przez A. usługi niezgodnej z wymaganiami określonymi w SIWZ, tj. bez wykorzystania niezbędnego oprogramowania producenta.

5) Przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, opisane powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazują na naruszenie przez Zamawiającego fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,

W szczególności Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, ustanawiając wymagania w

SIWZ, musi na etapie badania i oceny ofert być konsekwentny i powinien eliminować wszelkie braki lub nieścisłości w ofertach, z uwzględnieniem konsekwencji takich działań.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Odwołującego, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający dokonał nienależytego badania i oceny oferty A., czego skutkiem było zaniechanie poprawienia ceny oferty oraz wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a także odrzucenia oferty A..

W tym miejscu Odwołujący wskazał na uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2889/12, w którym Izba stwierdziła, iż *„obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wydawania wytycznych do przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której zamawiający w stosunku do jednego z wykonawców stawia wybiórczo pewne wymagania a w stosunku do innych wykonawców nie podejmuje żadnych działań, nawet gdy złożone dokumenty mogą budzić wątpliwości. Tego typu działania wyczerpują znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia”*.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części 13 pkt 13.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że: *„Cena oferty to: cena (przeгляdu/przeглядów) jednego aparatu netto pomnożona przez ilość aparatów z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT) wynikająca z formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ. Ostateczną cenę brutto oferty stanowi wartość ogółem wynikająca z kolumny nr 10 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ (będąca sumą wartości brutto dla poszczególnych pozycji) stosownie do części na którą została złożona oferta”*.

„Wykonawca cenę oferty podaje w odpowiednio wypełnionym formularzu oferty i formularzu cenowym, stanowiących załączniki odpowiednio nr 1 i nr 2a do niniejszej specyfikacji” (część 13 pkt 13.1 SIWZ).

W wzorze Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 2a do SIWZ, Zamawiający wymagał wypełnienia kolumn 6 – 10.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą Formularz cenowy w zakresie części 1. zamówienia, którego treść jest następująca:

L.p.	Przedmiot zamówienia			Ilość sztuk	Cena przeglądu/ przeглядów w roku jednego aparatu netto	Wartość netto	Podatek VAT		Wartość brutto
	Nazwa	Typ	Ilość przeglądów				Stawka	Wartość	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1.	Aparat do znieczulania	F.	2	7	1 225,00	17 150,00	23%	3 944,50	21 094,50
2.	Aparat do znieczulania	Z.	1	1	5 000,00	5 000,00	23%	1 150,00	6 150,00
3.	Aparat do znieczulania	F.	1	2	1 800,00	3 600,00	23%	828,00	4 428,00
4.	Aparat do znieczulania	P.	2	8	1 325,00	21 200,00	23%	4 876,00	26 076,00
5.	Aparat do znieczulania	P.	1	15	2 000,00	30 000,00	23%	6 900,00	36 900,00
6.	Aparat do znieczulania	C.	2	3	825,00	4950,00	23%	1 138,50	6 088,50
7.	Parownik	V.	1	18	150,00	2 700,00	23%	621,00	3 321,00
8.	Respirator	O.	1	3	1 800,00	5 400,00	23%	1 242,00	6 642,00
9.	Respirator	S.	1	8	1 200,00	9 600,00	23%	2 208,00	11 808,00
10.	Respirator	E. D.	2	4	825,00	6 600,00	23%	1 518,00	8 118,00
11.	Respirator	E.	2	30	825,00	49 500,00	23%	11 385,00	60 885,00
12.	Respirator	E.	1	31	1 400,00	43 400,00	23%	9 982,00	53 382,00
Wartość ogółem:						199 100,00			244 893,00

Pismem z dnia 28 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, „do wyjaśnienia treści oferty w zakresie Części nr 1, a mianowicie do odpowiedzi na pytanie:

Czy Zamawiający dobrze rozumie, że w kolumnie nr 6 formularza cenowego w pozycjach 1, 4, 6, 10, 11, podali Państwo cenę netto jednego przeglądu dla jednego aparatu, co przy 2 przeglądach rocznie dla każdego z tych aparatów z uwzględnieniem ilości aparatów określonej w kolumnie nr 5 daje wartość określoną w kolumnie nr 7?

Zamawiający określił, iż w kolumnie nr 6 należy podać cenę przeglądu/przeглядów w roku jednego aparatu netto, tym samym w pozycjach 1, 4, 6, 10, 11 wartości powinny

zawierać cenę za dwa przeglądy rocznie dla jednego aparatu netto co wynika z pozostałych wartości zawartych w Państwa formularzu cenowym”.

Pismem z dnia 30 marca 2017 r. Przystępujący poinformował, że „Zamawiający dobrze rozumie, że w kolumnie nr 6 formularza cenowego w pozycjach nr 1, 4, 6, 10, 11 podaliśmy cenę netto jednego przeglądu dla jednego aparatu, co przy dwóch przeglądach rocznie dla każdego z tych aparatów z uwzględnieniem ilości aparatów określonej w kolumnie nr 5 daje wartość określoną przez nas w kolumnie nr 7”.

Pismem z dnia 6 marca 2017 r. Zamawiający, udzielając wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, podał: „13. Pytanie 6: Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dla zapewnienia maksymalnego bezpieczeństwa pracy personelu medycznego i pacjentów oraz zgodności zapisów z instrukcji obsługi urządzenia będzie wymagał od wszystkich Wykonawców do przeprowadzenia przeglądów i napraw użycia tylko oryginalnych części zamiennych. Odpowiedź: Tak. Zgodnie z zapisami punktu 5 załącznika 2b do SIWZ”.

W części 3 pkt 3.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Usługi stanowiące przedmiot zamówienia winny być wykonywane zgodnie z zaleceniami producentów oraz instrukcji obsługi/serwisowej poszczególnych aparatów określonych w załączniku nr 2a do SIWZ jak i postanowieniami ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876 z późn. zm.)”.

Zgodnie zaś z § 2 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązuje się w ramach przeglądu technicznego wykonać wszystkie czynności określone przez producenta oraz instrukcję obsługi i serwisową” (ust. 6 powołanego wzoru umowy). „Wykonawca zobowiązuje się w ramach przeglądu technicznego wymienić wszystkie części zamienne oraz materiały zużywalne wymagane oraz zalecane przez producenta” (ust. 7). „Części zamienne oraz materiały zużywalne określone w ustępie poprzedzającym wymienianie w ramach umowy oryginalne, tj. zgodne z fabryczną konfiguracją aparatu oraz zaleceniami instrukcji obsługi, serwisowej” (ust. 8).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów oraz zrzutu z ekranu D.S.C.C. zaferowanych przez Odwołującego na okoliczność niezgodności treści oferty z treścią SIWZ stwierdzając, że przedmiotowe dowody po pierwsze, są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Po drugie, nie służą ustaleniu okoliczności wskazywanych przez Odwołującego, a nadto, zdaniem Izby, nie sposób czynić ustaleń na podstawie wyimków z dokumentów, co do których nie można stwierdzić nawet, z jakiego dokumentu w istocie pochodzą i jakiej tematyki dotyczą.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że skoro Zamawiający nie żądał wykazania się przez wykonawcę posiadaniem oprogramowania serwisowego na dzień składania ofert, a więc skoro treścią oferty nie miało być objęte oświadczenie woli co do dysponowania rzeczonym oprogramowaniem, to nawet, gdyby Przystępujący na dzień składania ofert rzeczonym oprogramowaniem nie posiadał, niemożliwym byłoby stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Brak dysponowania rzeczonym oprogramowaniem w sytuacji, gdyby ono okazało się niezbędne do zrealizowania zamówienia, mogłoby mieć wpływ na wykonanie umowy, jednakże konsekwencje powyższego należałoby ocenić na gruncie obowiązującej strony umowy, a nie na etapie oceny ofert.

Dalej wskazać należy, że nawet gdyby przeprowadzić rzeczzone dowody, to w ocenie Izby, ustalenia mogą być czynione wyłącznie na podstawie określonego dokumentu, czy też jego fragmentów, pod warunkiem, że nie budzi wątpliwości, z jakiego dokumentu rzeczzone wyimki pochodzą i jakiej problematyki dotyczą. Należy przypomnieć Odwołującemu, że zapewnienie, iż określona treść pochodzi z danego dokumentu i dotyczy określonego tematu nie może zastępować dowodu z dokumentu. Dokonanie konkretnych ustaleń w zakresie przeglądów technicznych danego urządzenia wymaga sięgnięcia do instrukcji obsługi tego urządzenia, która jest aktualna i na podstawie struktury i treści tego dokumentu można mieć pewność, że wyimek z tego tekstu dotyczy przeglądów właśnie. Odwołujący nie zagwarantował powyższego, stąd też Izba uznała, że niemożliwym jest przeprowadzenie rzeczonych dowodów również z przyczyn formalnych.

W tym kontekście zwraca uwagę fakt, że Odwołujący posługuje się fragmentami rzekomej instrukcji choć, w ocenie Izby, na przeszkodzie przedstawienia całego dokumentu nie stoi okoliczność (która *de facto* nie ma znaczenia, bowiem inicjatywa dowodowa obciąża Odwołującego, a obszerność dokumentu tej inicjatywy nie ogranicza), że przetłumaczenie dokumentu, który liczy około 400 stron, jest bardzo pracochłonne. Trudno sobie wyobrazić, żeby producent urządzenia, którego reprezentuje w Polsce Odwołujący, funkcjonując na rynku polskim, nie dysponował instrukcją obsługi w języku polskim. W tych okolicznościach, tym większe wątpliwości Izby budzą przedstawione rzekome instrukcje (ich fragmentaryczność), co dodatkowo, w ocenie Izby, stoi na przeszkodzie przyjęciu ich za wiarygodne. Zdaniem Izby, Odwołujący zaofiarował jedynie fragmenty jakiś dokumentów po to, aby stworzyć wrażenie, że potwierdzają tezy formułowane przez niego.

Na marginesie zauważyć należy, że nawet gdyby przeprowadzić dowód z rzeczonych dokumentów, to nie sposób na ich podstawie ustalić, że wykonanie przeglądu aparatów E. i P. wymaga dysponowania spornym programem serwisowym. W istocie bowiem nie wiadomo, czy test działania i stanu technicznego, a także funkcjonowania (aparat E.) oraz test serwisowy (aparat P.) należy utożsamiać z przeglądem technicznym urządzenia. Równie dobrze mogą być to testy dokonywane przez operatora urządzenia.

Poza tym zwraca uwagę zastrzeżenie (dotyczące aparatu P.), że przedstawiona część dokumentu zawiera informacje, iż wyłącznie tryb serwisowy zamknięty wymaga skorzystania z oprogramowania serwisowego, a *contrario* tryb otwarty tego nie wymaga. Zaś, Odwołujący nie wykazał, z jakim trybem mamy do czynienia w przypadku aparatu P..

Jeśli idzie o zrzut z ekranu D.S.C.C., w zakresie dotyczącym oprogramowania, to z przedmiotowego dokumentu wynika jedynie tyle, że istnieje oprogramowanie H., ale to wcale nie dowodzi, że oprogramowanie to jest niezbędne dla wykonania przeglądu technicznego urządzenia.

Dowód z zrzutu z ekranu D.S.C.C. obrazujący listę klientów nie może być przyjęty, gdyż nie został przedstawiony wraz z tłumaczeniem na język polski (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964 ze zm.)

Izba oddaliła wniosek dowodowy w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z tabeli przedstawiającej, według Odwołującego, poprawnie wypełniony Formularz cenowy przez Przystępującego, uznając, że jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Nadto, stanowi on przedstawienie stanowiska Odwołującego w sprawie, które co więcej, nie znajduje uzasadnienia.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentu z dnia 12 lipca 2011 r. pochodzącego z Ministerstwa Zdrowia uznając go za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy. Teza dowodowa nakreślona przez Przystępującego zmierzała do ustalenia okoliczności, które nie mają żadnego znaczenia dla niniejszej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1) Zaniechanie poprawienia ceny oferty A..

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp okazał się nieuzasadniony. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w pojęciu „oczywistej omyłki rachunkowej” mieszczą się takie sytuacje, w których działanie arytmetyczne dotknięte jest błędem. Oczywistość tej omyłki powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie. Powodem tej wadliwości jest omyłka w wykonywaniu obliczeń lub w sposobie przeprowadzenia działania matematycznego.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że z tego rodzaju omyłką nie mamy do czynienia. Analiza spornego Formularza cenowego prowadzi do wniosku, że określenie wartości netto przez Przystępującego, uwzględniając zasady ustalania wyniku działania matematycznego, jakim jest iloczyn, nastąpiło prawidłowo. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w rzeczonym Formularzu Zamawiający nie podał, w jaki

sposób ma być obliczona wartość netto, jednakowoż uwzględniając treść zawartej tam tabeli, dla przeciętnego człowieka nie ulega wątpliwości, jakie jej elementy stanowią jej mnożną i mnożnik. Mianowicie, iloczynem jest cena przeglądu jednego aparatu netto pomnożona przez ilość przeglądów i ilość sztuk tego aparatu (kolumny 4, 5 i 6). Podana przez Przystępującego wartość netto jest wynikiem tak przeprowadzonego działania.

Zdaniem Odwołującego, wynik ten powinien stanowić iloczyn kolumny 5 i 6 przedmiotowego Formularza, gdyż pkt 13.2 SIWZ wskazuje, że ceną oferty jest cena przeglądu/przeglądów jednego aparatu netto pomnożona przez ilość aparatów z uwzględnieniem podatku VAT. Powyższe prowadzi do wniosku, w opinii Odwołującego, że w kolumnie 6 Formularza cenowego należało podać cenę netto za wszystkie przeglądy danego aparatu w roku i tak uzyskaną cenę pomnożyć przez ilość sztuk aparatu.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że przywołane postanowienie SIWZ nie odnosi się do sposobu wypełnienia kolumny 6 Formularza cenowego, a określa, w jaki sposób należy ustalić cenę. Podkreślenia wymaga, że ceną oferty ma być cena przeglądu lub przeglądów danego aparatu, sposobu której ustalenia Zamawiający nie określa (ale dla przeciętnego człowieka jasnym jest, że w przypadku, kiedy wykonany będzie więcej niż jeden przegląd, cena przeglądów stanowić będzie iloczyn ceny jednostkowej za jeden przegląd aparatu i ilości przeglądów) przemnożona przez ilość aparatów, którą to instrukcję zastosował Przystępujący, ustalając cenę oferty.

Natomiast z przywołanego postanowienia SIWZ absolutnie nie wynika, że wartość netto stanowi iloczyn kolumny 5 i 6 tabeli, zawartej w Formularzu cenowym. Jakkolwiek opis kolumny 6 mógłby wskazywać, że należy tam podać cenę przeglądów (wszystkich) netto danego aparatu w roku, to treść kolumny 4, wskazująca na ilość przeglądów, wydaje się ten wniosek podważać. Wobec czego, zdaniem Izby, należy przyjąć, że przemnożenie kolumny 5 i 6 (w przypadku podania ceny netto za wszystkie przeglądy danego aparatu w roku) albo 4, 5 i 6 (w przypadku podania ceny netto za jeden przegląd danego aparatu) Formularza cenowego będzie stanowił poprawnie ustaloną wartość netto (zgodnie z zasadami matematyki, w sytuacji braku wytycznych Zamawiającego, że wartość netto stanowi iloczyn kolumny 5 i 6) i w konsekwencji wartość brutto.

Dostrzeżenia wymaga, że analiza spornego Formularza cenowego nie pozostawia wątpliwości, iż Przystępujący podał w kolumnie 6 cenę za jeden przegląd danego aparatu, na co wskazuje sposób ustalenia wartości netto, co powoduje, że wyjaśnienia Przystępującego złożone w tym przedmiocie mają charakter wtórny, bowiem można to stwierdzić na podstawie rzeczoności Formularza. W tej sytuacji, o jakimkolwiek podwojeniu wartości netto w pozycjach 1, 4, 6, 10, 11 Formularza cenowego nie może być mowy (na skutek przemnożenia wartości z kolumn 4, 5 i 6), bowiem cena podana w kolumnie 6 nie stanowi ceny wszystkich przeglądów danego aparatu, ale jednego przeglądu. Tym samym, z

jakimkolwiek manipulowaniem ceną, na skutek złożonych wyjaśnień, nie mamy do czynienia. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, z wyjaśnień nie wynika, że Przystępujący popełnił jakikolwiek błąd w obliczeniu ceny.

Reasumując, stwierdzić należy, że stanowisko Odwołującego, iż „Zamawiający powinien poprawić cenę tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie wartości określonej w kolumnie 7, 9 i 10 formularza cenowego, przyjmując jako podstawę wyliczeń cenę wskazaną w kolumnie 6 oraz sposób jej wyliczenia wskazany w SIWZ” pokazuje, że osią sporu jest ustalenie, jaka cena powinna być zawarta w kolumnie 6 Formularza cenowego i jaka jest w ofercie Przystępującego, a elementem wtórnym do powyższego jest wynik działania matematycznego, jakim jest ustalenie wartości netto i brutto. Powyższe wprost wskazuje, że o oczywistej omyłce rachunkowej nie może być mowy. Sposób ustalenia ceny, tym bardziej z uwzględnieniem postanowień SIWZ, przeczy bowiem oczywistości omyłki rachunkowej.

2) Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp okazał się chybiony. W tym przedmiocie aktualność zachowują rozważania Izby uczynione powyżej.

Zgodnie z pkt 13.2 SIWZ cenę ofert stanowi cena netto przeglądu bądź przeglądów jednego aparatu pomnożona przez ilość aparatów, z uwzględnieniem podatku VAT. Zdaniem Izby, nieuprawnione jest twierdzenie, że cena przeglądów zawarta jest w kolumnie 6 tabeli Formularza cenowego, bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego, na powyższe nie wskazują przywołane postanowienia SIWZ.

Nie ulega zaś wątpliwości, że cena przeglądów jednego aparatu to iloczyn ceny jednostkowej przeglądu i ilości przeglądów i jakkolwiek Przystępujący w kolumnie 6 tak obliczonej ceny nie przedstawił, bowiem nie sposób nawet wyprowadzić takiego obowiązku, to analiza rzeczowej tabeli potwierdza, że Przystępujący w podany sposób ustalił cenę przeglądów, którą następnie pomnożył przez ilość sztuk danego aparatu. Powyższe pokazuje, że cena uzyskana przez Przystępującego jest wynikiem przemnożenia ceny netto przeglądu/przeglądów jednego aparatu (poprawnie ustalona cena przeglądów, choć niezobrazowana w kolumnie 6, o czym była mowa wyżej) przez ilość aparatów, przy uwzględnieniu podatku VAT.

Poprawność obliczenia spornej ceny potwierdza, że cena oferty obejmuje cenę za cały przedmiot zamówienia. Przystępujący oszacował bowiem cenę przeglądu każdego z aparatów, uwzględnił ilość dokonywanych przeglądów w roku, w odniesieniu do każdego z aparatów i ilość aparatów danego rodzaju. Powyższe wprost wynika z analizy tabeli zawartej w Formularzu cenowym.

Twierdzenie Odwołującego, że w kolumnie 6 przedmiotowej tabeli zawarta jest cena przeglądu bądź przeglądów, które należy wykonać w danym roku nie znajduje absolutnie uzasadnienia w rzeczonym Formularzu cenowym. Sposób ustalenia wartości netto przez Przystępującego wyraźnie wskazuje bowiem, że w kolumnie 6 podana jest cena jednostkowa netto za jeden przegląd, co nawet gdyby przyjąć, iż w kolumnie tej należało podać cenę za wszystkie przeglądy, które mają być wykonane w ciągu roku w odniesieniu do danego urządzenia, nie powoduje, że wartość netto, a w konsekwencji i wartość brutto, a także podatek VAT ustalone zostały wadliwie. Wartość netto poszczególnych pozycji stanowi bowiem cenę jednostkową netto pomnożoną przez ilość przeglądów i ilość aparatów albo w uproszczeniu wartość przeglądów pomnożoną przez ilość aparatów. Przy czym nie należy zapominać, że cena przeglądów to cena jednostkowa przeglądu i ilości przeglądów.

Sposób obliczenia ceny przez Przystępującego odpowiada podanym regułom, wynikającym z zasad matematyki, zaś sposób przedstawienia tych wartości, stanowiących podstawę działania, w szczególności ceny przeglądów, ma charakter wtórny, przy zaproponowanym przez Zamawiającego układzie tabeli w Formularzu ofertowym, dla oceny poprawności wykonanego działania matematycznego.

Dla obliczenia ceny nie ma bowiem znaczenia, czy przemnożymy wartości z kolumn 4, 5 i 6 (jeśli podana jest cena za jeden przegląd) czy z 5 i 6 (w przypadku podania ceny za wszystkie przeglądy) w poszczególnych pozycjach Formularza, uzyskany wynik w obu przypadkach będzie prawidłowy. Kwestionowanie sposobu uzyskania wyniku, jeśli jeden z nich jest zastosowany, nie może prowadzić zatem do wniosku, że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby, domaganie się przyjęcia przez Odwołującego, że w spornych pozycjach Formularza cenowego w kolumnie 6 podana jest cena wszystkich przeglądów danego aparatu nie tylko nie ma uzasadnienia w pkt 13.2 SIWZ, ale co istotniejsze, nie znajduje podstaw w treści samej tabeli. Analiza wartości netto jasno bowiem dowodzi, że w kolumnie 6 Przystępujący we wszystkich pozycjach podał ceny jednostkowe netto za jeden przegląd.

W tych okolicznościach stanowisko Odwołującego nie zasługuje więc na ochronę, zmierza bowiem do przyjęcia oświadczenia woli Przystępującego o treści, która nie wynika z rzeczonego Formularza cenowego. Z całą mocą raz jeszcze należy bowiem podkreślić, że przedmiotowy Formularz w kolumnie 6 w spornych pozycjach nie odzwierciedla ceny przeglądów, jak chciałby tego Odwołujący.

3) Zaniechanie wezwania A. do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej Odwołujący opiera na twierdzeniu, że cena oferty Przystępującego została podana błędnie, a uwzględniając rzeczoną, jak podał Odwołujący, oczywistą omyłkę rachunkową, aktualizując się okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Stwierdzenie przez Izbę, że cena oferty Przystępującego została obliczona w sposób prawidłowy powoduje, że zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest chybiony.

Twierdzenia Odwołującego, że cena oferty Przystępującego ma charakter rażąco niski, a to z uwagi na fakt, że uwzględniając konieczność dokonania jej poprawienia i przyjęcia cen katalogowych za oryginalne części zamienne w odniesieniu do respiratorów produkcji D.A. & C.K. mamy do czynienia z niedoszacowaniem przedmiotu zamówienia, są przynajmniej przedwczesne. Nie jest bowiem możliwe stwierdzenie rażąco niskiej ceny bez uprzedniego wezwania do wyjaśnienia w tym przedmiocie (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący zaś w odniesieniu do powyższych okoliczności nie domagał się wezwania Przystępującego do wyjaśnień, ale odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny właśnie.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że jakkolwiek obowiązek użycia oryginalnych części zamiennych nie budzi wątpliwości, to już obowiązek nabycia tych części od Odwołującego, biorąc pod uwagę zasadę swobodnego przepływu towarów w Unii Europejskiej, jest wątpliwy. Przystępujący mógł więc skorzystać z innego dostawcy tychże części, a zatem nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że skoro nie zwrócił się do Odwołującego o przygotowanie oferty w tym przedmiocie, to możliwe jest zastosowanie wyłącznie cen katalogowych producenta. Dodatkowo, należałoby wykazać, jakie części zamienne i w których aparatach należałoby wymienić, o czym Odwołujący nawet nie wspomniał, nie mówiąc już o wykazaniu powyższego. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za nieuzasadniony.

4) Niezgodność treści oferty A. z treścią SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może zostać stwierdzona, jeśli treść oferty nie obejmuje swym zakresem przedmiotu spełnienia albo sposób jego spełnienia jest inny niż wymagał tego zamawiający.

W niniejszej sprawie Odwołujący swój zarzut opiera na twierdzeniu, że Przystępujący nie może wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z zaleceniami producenta oraz instrukcją obsługi/serwisową, gdyż do tego niezbędne jest posiadanie programów serwisowych, do których dostępu Przystępujący nie ma. Powyższe twierdzenie wyraźnie

wskazuje, że Odwołujący nie tyle dopatruje się niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ile podejrzewa, że realizacja zamówienia przez Przystępującego nie będzie możliwa. Jednakowoż, jeśli do tego doszło, to konsekwencje niewykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia określa umowa, a nie ustawa Pzp. Stąd też nieuprawnione jest domaganie się przez Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w oparciu o okoliczności przeszłe i niepewne.

Podkreślenia wymaga, że skoro Zamawiający nie zobowiązał wykonawców do dysponowania programami serwisowymi na dzień składania ofert i wykazania tego faktu, oznacza to, że nawet gdyby Odwołujący przedmiotowych programów nie posiadał w przypadku, gdy ich posiadanie jest w ogóle potrzebne, to powyższe nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Jeśli zaś prawdą jest, czego Odwołujący nie wykazał, że możliwość wykonania przedmiotu zamówienia warunkowana jest posiadaniem rzeczonych programów, to nie można wykluczyć, że programy te Przystępujący nabędzie, co jak przyznał Odwołujący, nie jest niemożliwe.

5) Przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, skoro Odwołujący naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców upatrywał w naruszeniu ww. przepisów, to brak potwierdzenia tychże naruszeń czyni zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp chybionym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, koszty dojazdu na rozprawę pełnomocników Zamawiającego w kwocie 555,14 zł i opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 51,00 zł .

Przewodniczący: