Sygn. akt: KIO 2653/17

WYROK
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2017 roku przez Odwołującego **TIMKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika z siedzibą w Łodzi** przy udziale Wykonawcy Van-Tec Medical s.r.o. z siedzibą w Ostravie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2653/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **TIMKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i
   w 2.1. zalicza poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł odwoławczego (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę – **TIMKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych. (t.j. Dz.U 2017 poz. 1579 ze zm) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2653/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. **„Dostawa systemu do śródoperacyjnej radiografii wycinka tkanek dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi”.**

Dnia 8 grudnia 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Van-Tec Medical s.r.o. ul. Salounova 470/38, Vitkovice, 703 00 Ostrava.
Dnia 14 grudnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę TIMKO Sp. z o.o. ul. Władysława Syrokomli 30, 03-335 Warszawa - zwanego dalej odwołującym.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:
1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz pkt 6) Ustawy, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty VAN-TEC z postępowania, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ oraz pomimo, że oferta zawiera błąd
   w obliczeniu ceny; powyższe może równocześnie stanowić o naruszeniu art. 87 ust. 1

Ustawy.
2. naruszenie art. 90 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 Ustawy, względnie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, poprzez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień, w odniesieniu do treści oferty Odwołującego, w zakresie oceny istotnych części składowych, które powinny zostać wycenione przez ww. wykonawcę, a mogłyby być one wycenione na wartość 0zł, z punktu widzenia zweryfikowania zaoferowanej ceny jako rażąco niskiej ceny, jednocześnie
z punktu widzenia oceny całkowitej zaniżonej ceny za realizację zamówienia w stosunku do pozostałych ofert oraz wartości przedmiotu zamówienia;

---

3. naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnień treści oferty w zakresie zastosowanego przez VAN-TEC sposobu obliczenia i prezentacji ceny, w szczególności z punktu widzenia ewentualnego celowego nieuwzględnienia wszystkich kosztów składających się na realizację przedmiotu zamówienia, które nie mogą być traktowane jako wyrób medyczne, a poprzez to
uzyskanie niższej ceny w związku
z niższymi wartościami doliczanego podatku VAT, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
4. naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Ustawy, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru VAN-TEC jako oferty najkorzystniej, podczas gdy zamawiający powinien dokonać odrzucenia ww. oferty i wyboru oferty odwołującego.

W świetle powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji odwołujący wniósł o:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty VAN-TEC, jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty VAN-TEC oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Tym samym, naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Ustawy, wskazanymi w niniejszym odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację:
zgodnie z wymaganiami pkt. XIII.I lit. b) SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego wraz z ofertą wszyscy wykonawcy byli zobowiązania złożyć m.in. wypełnione Zestawienie parametrów technicznych, warunków gwarancji i szkoleń na wzorze stanowiącym załącznik nr 2A do SIWZ. Jednocześnie w zakresie opisu sposobu przygotowywania ofert, zgodnie z pkt. XVII. 5 SIWZ treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

W tym względzie, zgodnie z punktem 4 Zestawienia parametrów technicznych Zamawiający wymagał, aby rozdzielczość przestrzenna była nie mniejsza niż 20 lp/mm. Jest to bardzo ważny parametr określający klasę detektora, a tym samym jakość otrzymywanych zdjęć. Zamawiający wymagając tego parametru oczekiwał dostarczenia urządzenia wysokiej klasy, pozwalającego na otrzymywanie zdjęć wysokiej rozdzielczości. VAN-TEC
w swojej
ofercie wskazał, że oferowany system Kubtec XPERT 40 posiada wartość 30 lm/m, ale dopisując, że w trybie powiększenia, czego Zamawiający nie wymagał i nie umożliwiał wykonawcom. Z punktu widzenia określonych w SIWZ wymagań Zamawiającego, warunek,

aby rozdzielczość przestrzenna była nie mniejsza niż 20 lp/mm powinna być spełniona dla każdej możliwej sytuacji tzn. zarówno w przypadku powiększania obrazu jak i bez jego powiększenia. Zwracamy uwagę, że prawdziwa wartość dla systemu zaoferowanego przez VAN-TEC bez trybu powiększenia wynosi 10 lp/mm. W związku z powyższym w ofercie ww. wykonawcy zaoferowano system z rozdzielczością przestrzenną dwukrotnie mniejszą niż wymagana w pkt 4 specyfikacji.

Zgodnie z punktem 6 Zestawienia parametrów technicznych Zamawiający wymagał spełnienia parametru powiększenia 1,2x oraz dodatkowo punktując powiększenie większe niż 2x. Według wiedzy Odwołującego urządzenie Kubtec XPERT 40 zaoferowane przez VAN-TEC posiada dwa tryby powiększenia tj. 1,5x i 2x czym nie spełnia wymogów treści SIWZ oraz może wskazywać na okoliczność podania nieprawdziwych informacji.

Wyżej wymienione okoliczności, mogą jednocześnie stanowić dowód naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Ustawy z uwagi na przedstawienie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym, a tym samym powinny stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, co niniejszym również odwołujący podnosi jako zarzut.

Jednocześnie, zgodnie z punktem 12 Warunków gwarancji i szkoleń Zamawiający wymagał lokalizacji autoryzowanego serwisu Wykonawcy na terenie RP włącznie z podaniem adresu, adresu email, telefonu i faksu. VAN-TEC w swojej ofercie podał adres i dane do jednostki, która jest zlokalizowana na terenie Czech. Powyższego faktu nie zmienia podanie
w ofercie VAN-TEC, że osoba odpowiedzialna za serwis uprawniona jest do wykonywania usług serwisu na terenie m.in. Polski. Tym samym ww. wykonawca nie spełnił warunku postawionego w SIWZ w punkcie III ppkt 6, a oferta nie odpowiada treści SIWZ. Jednocześnie późniejsze modyfikowanie oferty, w tym zakresie stanowiłoby o naruszeniu art. 87 ust. 1
w zakresie niedopuszczalnej zmiany treści oferty dokonanej po upływie terminu składania ofert, zarówno z punktu widzenia oświadczenia zawartego w punkcie 12 Warunków gwarancji

---

i szkoleń o lokalizacji gwarancyjnego autoryzowanego serwisu Wykonawcy jak i z punktu widzenia tego, że VAN-TEC w treści oferty wskazał, że będzie realizował przedmiotowe zamówienia samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców.

Dodatkowo należy również odnieść się do sposobu wypełnienia Formularza ofertowego VANTEC. Zaprezentowana w formularzu ofertowym "cena VAN-TEC, w szczególności analizując pozycję IV ww. formularza obejmuje urządzenie XPERT 40 za wskazaną w tym formularzu cenę, wskazując, że powinien być doliczony 8% VAT. Tak więc w istocie nastąpiło pominięcie (niezaoferowanie) przez tego wykonawcę obligatoryjnej "ceny usług i licencji związanych z potrzebą komunikacji urządzenia z DICOM (wymóg pkt 10-12 Zestawienia parametrów technicznych), albowiem przedmiotowy zakres nie jest z pewnością wyrobem medycznym i nie może być powiększony stawką 8% VAT jakby to był wyrób medyczny. Powyższe stanowi o istotnej sprzeczności oświadczenia i zakresu merytorycznego złożonej oferty z punktu widzenia wymagań SIWZ jak i zakresu przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe stoi w istotnej sprzeczności z wymaganiami SIWZ, ponieważ przy założeniu wyceny za ww. pozycje 0zł, w istocie wykonawca nie bierze pod uwagę/nie oferuje świadczenia tego wyodrębnionego zakresu przedmiotu zamówienia — Zamawiający
w szczególności zaniechał w tym względzie przeprowadzenia stosownych wyjaśnień, zarówno z punktu widzenia potrzeby ustalenia zakresu przedmiotu oferty jak i w zakresie niemożliwości objęcia takich usług i licencji stawką podatku 8% VAT. W tym względzie w ocenie Odwołującego doszło do nieprawidłowości i niezgodności/błędów w zakresie wyliczeń/obliczenia ceny z punktu widzenia konieczności uwzględnienia, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzą wyroby niemedyczne — trudno tym samym przyjąć, że wartość za wyroby niemedyczne wchodzące niewątpliwe w zakres przedmiotu zamówienia zostały wycenione na 0zł. Powyższe zachowanie VAN-TEC potwierdzałoby nierealność i niezgodność celów z punktu widzenia wymagań SWIZ i koniecznego do poniesienia przez wykonawcę kosztu za ww. pozycje składowe. Brak wyceny wyrobów niemedyanych objętych z tytułu przepisów prawa podatkowego stawką 23% VAT (elementów składających się na

przedmiot zamówienia) skutkuje koniecznością uznania, że oferta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu - tak stwierdzono bowiem w wyroku z dnia 8 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2475117 (Odwołującym było TOMKO, a sprawa dotyczyła oferty VAN-TEC). Powyższa okoliczność dodatkowo uniemożliwia porównanie ofert z uwagi na niewiedzę Zamawiającego w aspekcie jaką wartość wynagrodzenia z oferty tego wykonawcy należałoby obciążyć właśnie stawką 23%, a nie stawką 8%, która jest możliwa do zastosowania jedynie dla wyrobów medycznych. Niewątpliwy w sprawie jest oczywisty fakt, iż zakres ofert winien uwzględniać licencje do obsługi DICOM. W tym względzie nawet przyjęcie, że VAN-TEC zaoferował świadczenie nieodpłatne w tym zakresie, nie jest to możliwe - również z uwagi na

niezgodność takiego działania z obowiązującymi przepisami - tak wskazano dodatkowo w wyroku z dnia
8 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2475/17.

Ponadto, jak słusznie wskazano w wyroku KIO 897/16 - wyrok KIO z dnia 09-06-2016 „Niezgodność treści oferty wyrażająca się w niezgodności wyliczeń kosztorysu ofertowego z SIWZ jest niezgodnością merytoryczną, która w sytuacji kiedy brak było możliwości poprawy tej niezgodności, jako omyłki skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 89 ust, 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)." Poza tym, omawiany w niniejszym piśmie błędy charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić, a zatem powodują odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Ustawy. Od omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy, różnią się tym, że nie mają charakteru oczywistego. Nie są to więc z reguły błędy w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki. Tylko wtedy, gdy brak jest elementu oczywistości, czyli gdy z działania matematycznego nie wiadomo, który jego składnik jest błędny (np. ilość czy cena jednostkowa) i w związku z tym nie wiadomo, jak poprawić ten błąd, możemy mieć do czynienia z błędem w obliczeniu ceny na poziomie rachunkowym. W przeważającej jednak liczbie błąd ten pojawia się w sytuacjach ustalenia przez wykonawcę stanu faktycznego, wynikającego z dokumentów przedłożonych przez zamawiającego (Dzierżanowski i in., Prawo zamówień). Podanie zbyt małych ilości w stosunku do żądania wynikającego z SIWZ czy nieuwzględnienie w cenie wszystkich elementów
(np. podatku VAT), to typowe przykłady błędu w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie (Komentarz do art. 89 red. Jaworska 2017, wyd. 2, Legalis) *„Ustalając wystąpienie tej przesłanki zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań określony w postępowaniu. w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. W zakresie kosztu weryfikacja powinna dotyczyć w ofercie całkowitego kosztu nabycia przedmiotu zamówienia i innych kosztów ponoszonych w frakcje cyklu życia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi
w SIWZ. Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności ustawy z 9.5.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915 ze zm.) oraz przepisów podatkowych. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub*

kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wnikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. "

Słuszność twierdzeń Odwołującego potwierdzają również kolejne wymieniane przykładowo

poniższe orzeczenia. Zgodnie z wyrokiem KIO z 16.5.2013 r., KIO 990/13: *"Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny". Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty - jak słusznie podniósł zamawiający - ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego' oraz KIO 1643/14 - wyrok KIO z dnia 26-08-2014 „Jeżeli wykonawca, mimo wytycznych zamawiającego podanych*
w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obliczył cenę oferty w sposób błędny, to nawet gdy jest to cena umowna, która nie będzie stanowiła rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy".

Z kolei jeśli chodzi o niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia to ma ona miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. W ocenie odwołującego pominięcie wymaganych w ramach Zestawienia parametrów technicznych, gwarancji i szkoleń wymogów oraz jak wyżej wskazujemy w zakresie wyceny niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia pozycji (niebędących wyrobem medycznym i opodatkowanych stawką podstawową 23% VAT) zakresu przedmiotu zamówienia pomimo postawionego przez zamawiającego wyraźnego wymogu jest niezgodne z treścią SIWZ i nie zapewnia realizacji całości zamówienia - KIO 585/16 - wyrok z dnia 05-05-2016 *„Ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości - zgodnie z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia uzasadnionych określonych w specyfikacji potrzeb."*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie (Komentarz do art. 89, Pieróg 2017, wyd. 14, Legalis): „Oferta *nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona*

odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia."

Potwierdzeniem słuszności ww. twierdzeń odwołującego są również ukształtowane w tym zakresie poglądy wyrażane w orzecznictwie. I tak przykładowo w wyroku z dnia 26-01-2017, sygn. akt KIO 11/17 stwierdzono, że niezgodność *„dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie*
są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ". Powyższe zaniechanie Zamawiającego, może być również odbierane jako zaniechanie ustalenia właściwego zakresu treści złożonej przez VAN-TEC oferty. Zgodnie bowiem z orzeczeniem 2006/16 - wyrok KIO z dnia 03-11-2016 *„zamawiający, w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma wręcz obowiązek do ustalenia faktycznej treści oferty w oparciu o wszelkie dostępne mu informacje źródła."* Takiego ustalenia Zamawiający w przedmiotowej sprawie zaniechał.

Ad. 2

Niezależnie od powyższej oceny istniejącego stanu faktycznego, odrębnej i niezależnej analizie odwołujący twierdzi, iż zamawiający powinien poddać zasadność i

możliwość zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia za cenę ofertową wskazaną przez VAN-TEC. Powyższe nabiera zupełnie dobitnego znaczenia, jeśli weźmie się pod uwagę treść art. 90 ust. 1 w brzmieniu po nowelizacji przepisów prawa zamówień publicznych, które weszły w życie
w dniu 28.07.2016 r. Zgodnie ze znowelizowaną treścią art. 90 ust. 1 „Jeżeli *zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi*

z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów (...)" Nowelizacja wyraźny nacisk kładzie również na części składowe z punktu widzenia oceny rażąco niskiej ich wartości w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe zestawienie formalnych wymogów wynikających z obowiązujących przepisów prawa oraz zaoferowanej ceny determinuje konieczność podjęcia rozważań po stronie Zamawiającego
i podjęcia stosownych działań z punktu widzenia zaoferowania ceny poniżej kosztów wytworzenia. Zaniechanie w tym zakresie w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z ww. przepisami. Potwierdzeniem zasadności przedstawianych przez Odwołującego poglądów jest najnowsze orzecznictwo KIO. I tak przykładowo w wyroku KIO 519/17 - wyrok KIO z dnia 03-04-2017 wskazano: *„W przepisie art. 90 ust, 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) mowa jest o istotności części składowych ceny oferty dla tej ceny, chodzi więc o istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem."*

O ile ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niska cena, to jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest
to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

W ocenie odwołującego tak należy ocenić cenę zaoferowaną przez VAN-TEC w wysokości 339.290,00 zł netto, w stosunku do wyceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu jak również z punktu widzenia oszacowanej wartości przedmiotu zamówienia, w tym również z punktu widzenia tego, że oferta mogła nie zawierać elementów składających się na zakres przedmiotu zamówienia, które nie mogły być traktowane jako wyroby medyczne, czego dowodem byłoby zastosowanie do zaoferowanej ceny - wg. oświadczenie VAN-TEC - wyłącznie stawki 8% VAT, jak dla wyrobu medycznego z pominięciem kosztów dotyczących pozostałych wyrobów niemedycznych.
Wycena wymienionych powyżej pozycji cenotwórczych, może świadczyć o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy, czego zaniechał zamawiający w przedmiotowej sprawie.

Ad. 3

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie „Oferowanie cen na nierealnie niskim poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby "wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie." - KIO 2038/16 - wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 roku. Powyższe, słuszne spostrzeżenie KIO ma o tyle istotne znaczenie, że zastosowanie przez
wykonawcę VAN-TEC nieuzasadnionej i nierealnie niskiej wartości — poprzez brak uwzględnienia
w wycenie części zakresu przedmiotu zamówienia (np. licencje DICOM) lub zaoferowanie ich za 0 zł tj. za pozycje nie będące wyrobem medycznym, dla którego z zasady przyjmowana

jest stawka podstawowa podatku VAT tj. 23% stawia w uprzywilejowanej pozycji tego wykonawcę i pozwala na osiągnięcie nieuprawnionej przewagi w ramach kryteriów oceny ofert powyższe potwierdzono również w wyroku z dnia 8 grudnia 2017 roku sygn. akt KIO 2475/17. Poza tym z punktu widzenia obowiązku doliczenia stosownej stawki podatku VAT do podanej wyceny - dla celów porównania ofert, powyższa sytuacja faktyczna nie doprowadzi do realnej możliwości porównania tych kosztów, albowiem wynoszą one 0 zł. Po drugie samo ewentualne przeniesienie kosztów niewycenionych pozycji do pierwszej/głównej pozycji daje możliwość doliczenia przez tego wykonawcę stawki 8% dla wszystkich kosztów i wyceny składających
się na cenę oferty, co również w uprzywilejowany, ale niezgodny z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji preferuje tego wykonawcę. Ponadto zaniechanie zamawiającego w zakresie dokonania oceny przedmiotowej sytuacji potwierdza nierówne traktowanie wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Potwierdzeniem zasadności powyższych twierdzeń TIMKO jest dodatkowo wyrok KIO 2380/16 - wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2017, w którym wskazano, że *„Wybieranie przez zamawiającego w toku oceny ofert, które postanowienia SIWZ będzie uwzględniał, a które nie, zwłaszcza w sytuacji, gdy w odniesieniu do części ofert zamawiający uwzględnia wszystkie postanowienia SIWZ, a w odniesieniu*
do pozostałych ofert jedynie niektóre z nich, stanowi nierówne traktowanie wykonawców i godzi w uczciwą konkurencję. Powołane zasady wymagają bowiem stosowania jednakowych miar, w tym przypadku postanowień SIWZ w całości, do wszystkich wykonawców biorących udział
w postępowaniu o udzielenie zamówienia."
W konsekwencji ustalenie za realizację części wskazanych pozycji wycenionych na 0 zł w oderwaniu od czynników rynkowych, pracochłonności, rzeczywistych kosztów, jedynie w celu uzyskania możliwie największej liczby punktów, które to działanie może eliminować konkurentów sporządzających oferty w sposób należyty, zgodny z wymaganiami SIWZ, jest działaniem naruszających dobre obyczaje i przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. W tym względzie tego rodzaju działanie VAN-TEC powinno być oceniane z punktu widzenia treści art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazać przy tym należy, że jedną z przesłanek uznania działania za czyn nieuczciwej konkurencji jest bowiem jego sprzeczność z dobrymi obyczajami (tak: SN I CKN 89/01). Jednocześnie, w świetle postanowień art. 3 ww. ustawy, o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust. ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" (tak: SO w Poznaniu sygn.. akt. IX Gc 19/07. Powyższe zasady potwierdza również stosowne orzecznictwo KIO. I tak przykładowo, należy wskazać na orzeczenie o sygn. akt KIO 1934/12, w którym stwierdzono: „Odwołujący *przypisując poszczególnym z usług inne wartości*
niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. O ile działanie odwołującego nie "pełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jednak nawet wtedy gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie z "specyfikowanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienia. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert,

niewątpliwym jest że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonywania usługi zgodnie z wymogami SIWZ."
Powyższy, co prawda obszerny cytat, w pełni oddaje tło powstałej sytuacji faktycznej w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie TIMKO, Zamawiający zaniechał rozważań i odpowiednich działań w wyżej wymienionym kontekście.

Ad. 4

W konsekwencji powyższych wywodów, również poinformowanie o dokonaniu wyboru VAN-TEC jako oferty najkorzystniej, było nieprawidłowe i powinno być zmienione.

Dnia 18 grudnia 2017 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca VAN-TEC MEDICAL s.r.o. z Ostrawy – zwany dalej przystępującym, wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Na posiedzeniu, zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził się z zarzutami podniesionymi przez odwołującego w odwołaniu.

W wyniku pisemnej odpowiedzi zamawiającego, odwołujący cofnął zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. Ustawy Pzp, w zakresie niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie braku spełnienia parametru technicznego dotyczącego powiększenia 1,2x oraz 2x.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 grudnia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, Izba podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego: Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"):

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp – *W postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi zamawiający nie może odrzucić oferty wariantowej tylko dlatego, że jej wybór prowadziłby do udzielenia zamówienia na usługi, a nie zamówienia na dostawy, albo do*

udzielenia zamówienia na dostawy, a nie zamówienia na usługi.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - *W postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi zamawiający nie może odrzucić oferty wariantowej tylko dlatego, że jej wybór prowadziłby do udzielenia zamówienia na usługi, a nie zamówienia na dostawy, albo do udzielenia zamówienia na dostawy, a nie zamówienia na usługi.*

Art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*
2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Art. 92 ust. 1 ustawy Pzp - *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:*
1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania
i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
7) unieważnieniu postępowania
– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba ustaliła

Zamawiający - Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Dostawa systemu do śródoperacyjnej radiografii wycinka tkanek dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi”.
W formularzu oferty, (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali cenę za ofertowany przedmiot zamówienia, która uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia.
W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:
oferta nr 1 złożona przez Timko Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa z oferowaną ceną w wysokości: 607.005,00 zł, okres gwarancji 24 miesiące;

 oferta nr 2 złożona przez VAN-TEC s.r.o. Salounowa 470/38, 703 000 Ostrava-Vitkovice Republika Czeska z oferowaną ceną: 339.290,00 zł, okres gwarancji 36 miesięcy.

W treści SIWZ punkt XX zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:
 cena – 60%
 jakość, parametry techniczne – 30%
 okres gwarancji – 10%.

Pismem z dnia 8 grudnia 2017 roku zamawiajacy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Van-Tec Medical s.r.o. z Ostravy.

Izba zważyła.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz pkt 6) ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego VAN-TEC, pomimo
że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, Izba nie podziela stanowiska odwołującego.
Zgodnie z zapisami SIWZ – załącznik nr 2A „Zestawienie Parametrów Technicznych, Warunków Gwarancji Oraz Szkoleń" zamawiajacy wymagał aby system do śródoperacyjnej radiografii wycinka tkanek spełniał parametr rozdzielczości przestrzennej na poziomie min. 20 lp/mm (poz. 4 zestawienia). W uwagach dotyczących porametrów oferowanych, zamawiajacy zawarł wymóg, aby *wartości podane w kolumnie „odpowiedź wykonawcy" były zgodne ze stanem faktycznym oraz danymi zawartymi w oficjalnym dokumencie przedstawiającym dane techniczne (np. katalog). Zamawiający ma prawo wystąpić do wykonawców o udzielenie dalszych wyjaśnień niezbędnych dla weryfikacji udzielonych odpowiedzi.* Przystępujący, w ramach rozdzielczości przestrzennej, w kolumnie: „Parametry oferowane, potwierdzenie wykonawcy TAK lub opis parametrów oferowanych/ podać zakresy/ opisać/" udzielił odpowiedzi: „TAK, 30 lp/mm (w trybie powiększenia)".
Zamawiajacy w żadnym miejscu SIWZ nie wskazywał w jakim trybie ww. parametr ma zostać osiągnięty, zatem nie wykluczał ani nie preferował żadnej dostępnej na rynku opcji, w jakiej parametr ten może zostać osiągnięty. Z zapisów SIWZ jednoznacznie wynikała konieczność – jako warunek techniczny, osiągnięcia rozdzielczości przestrzennej na poziomie min. 20 lp/mm. Jeżeli oferowany przez przystępującego system spełnia powyższy parametr, to nie sposób uznać, że jest on niezgodny z treścią SIWZ, skoro nie było w stosunku do tego parametru

innych ograniczeń. Jeżeli przyjąć, iż opis powyższego parametru nie był precyzyjny i dawał wykonawcom możliwość odmiennej interpretacji (czy chodzi o tryb kontaktowy czy o tryb powiększenia), to wobec braku wyraźnych określeń i zastrzeżeń w SIWZ, nie można wyprowadzać negatywnych konsekwencji dla oceny oferty przystępującego. Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwaloną linia orzeczniczą KIO oraz sądów powszechnych wszelkie niezgodności, niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, o czym mowa np. w wyroku Sąd Okręgowy w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt III Ca 70/15 stanowi, iż: „Zapisy *w SIWZ (..) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"*
W załaczniku nr 2A Warunki gwarancji i szkoleń, w pkt. 12 zamawiający wymagał: *„Lokalizacja gwarancyjnego autoryzowanego serwisu Wykonawcy – wymagany serwis na terenie RP (adres, adres e-mail, telefon, faks)."* Odwołujący zarzuca zamawiajacemu, iż treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie warunków gwarancji i szkoleń, bowiem przystępujący wskazał serwis gwarancyjny zlokalizowany na terenie Czech, a wymogiem SIWZ była lokalizacja serwisu gwarancyjnego na terenie RP.
W ofercie przystępujący wskazał, iż serwis gwarancyjny realizowany będzie przez

przystępującego, którego siedziba zlokalozowana jest na terenie Republiki Czeskiej, ale osoba odpowiedzialna a serwis uprawniona jest do wykonywania usług serwisu na terenie Czech, Słowacji i Polski. W wyniku wyjaśnień z dnia 4 grudnia 2017 roku, udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, przystępujący potwierdził, iż posiada autoryzowany serws gwarancyjny, zlokalizowany na terenie RP. Na dowód wskazał wpis do Centalnej Ewidencji i Informacji o Działalniości Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej dla technika serwisowego Marcina Jędrzejczaka.
Izba wskazuje, iż z zapisów SIWZ nie wynika, aby zamawiajacy wymagał świadczenia usług serwisowych przez podmiot, który ma siedzibę na terenie RP, a jedynie aby serwis był zlokalizowany na terenie RP. Przystępujący wykazał, iż posiada autoryzowany serwis gwarancyjny, zlokalizowany na terenie RP, w którym usługi serwisowe świadczy technik serwisowy przystępującego. Użyte przez przystępującego określenie, iż serwis gwarancyjny świadczony będzie przez „naszego technika serwisowego" jednoznacznie wskazuje, iż serwis gwarancyjny świadczony będzie przez samego przystępującego. Nie ma zatem w tym zakresie mowy o podwykonawcy, który nie został wskazany w ofercie. Potwierdzają to również zapisy zawarte w ofercie przystępującego, z której wynika, iż serwis gwarancyjny świadczony będzie przez VAN-TEC Medical, czyli przez przystępującego. Nie doszło zatem do zarzucanej przez odwołującego niedopuszczalnej zmiany treści oferty, polegającej na realizacji zamówienia

z udziałem podwykonawcy, w sytuacji kiedy w ofercie przystępujący zadeklarował realizację zamówienia bez udziału podwykonawcy.
Wobec powyższych zapisów SIWZ oraz oferty złożonej przez przystępującego nie sposób stwierdzić, iż oferta ta nie jest zgodna z treścią SIWZ. W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut niezgodności oferty przystępującego
z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny w ofercie przystępującego, z uwagi na brak wyceny wszystkich elementów stanowiących przedmiot zamówienia, Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez odwołującego. Trudno zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż przystępujący nie zaoferował, pominął w ofercie wycenę usług i licencji związanych z potrzebą komunikacji urządzenia z DICOM (wymóg pkt 10-12 Zestawienia parametrów technicznych), lub wyceną ich za „0 zł", w sytuacji kiedy żaden element oferty nie wskazuje, iż przystępujący nie ujął w cenie oferty i nie zaoferował powyższego zakresu, objetego przedmiotem zamówienia. Wręcz przeciwnie, z treści oferty wynika jednoznacznie, iż zakres ujęty w pkt 10-12 Zestawinia parametrów technicznych jest objety ofertą przystępującego. Zgodnie z zpisami SIWZ (załacznik nr 2 do SIWZ), w ofercie należało podać łączną cenę za cały system do śródoperacyjnej radiografii wycinka tkanek, uwzględniającą wszystkie koszty wykonania zamówienia. Zadaniem wykonawcy składającego ofertę nie było wskazanie ceny w ujęciu kosztorysowym, z wyodrębnieniem i osobną wyceną wszyskich elementów cenotwórczych, ale podanie jednej ceny łącznej za cały przedmiot zamówienia, którym jest system do śródoperacyjnej radiografii wycinka tkanek a nie dostawa poszczególnych odrębnych elementów, urządzeń, które nie muszą z sobą współpracować. Przystępujący złożył ofertę podając cenę za przedmiot zamówienia, a z treści złożonego do oferty oświadczenia wynika, iż obejmuje ona wszystie koszty wykonania zamówienia. Przy takiej konstrukcji oferty, nie sposób zarzucić przystępującemu, iż nie ujął w ofercie któregoś
z wymaganych elementów składowych. Tym bardziej, iż odwołujący nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem, wskazującym na słuszność swoich wywodów. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać az do zamknięcia rozprawy.*
Odwołujący twierdzi, iż błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem nieprawidłowości w oblicznu ceny, z punktu widzenia konieczności uwzględnienia, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzą wyroby niemedyczne. Zdaniem odwołującego trudno przyjąć, że wyroby niemedyczne wchodzą w zakres przdmiotu zamówienia i że zostały wycenione na „0 zł". Jako wyroby niemedyczne odwołujący wskazuje usługi i licencje ujęte w pozycjach 10-12

Zestawinia parametrów technicznych. W ocenie odwołującego wyroby niemedyczne winny być objęte stawką 23%. Skoro cena oferty objęta jest jedną stawką VAT właściwą dla wyrobów medycznych,
bez wyodrębnienia innej stawki VAT dla wyrobów niemedycznych oznacza to, iż przystępujący nie ujął w cenie oferty elementów niebędących wyrobami medycznymi, co w ocenie odwołującego skutkuje błędem w obliczeniu ceny.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić.

Izba podziala stanowisko zamawiajacego, iż w analizowanym stanie faktycznym wymagane w SIWZ oprogramowanie stanowi niezbędne wyposażenie dostarczanego urządzenia.
W tym przypadku w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych czy interpretacji organów podatkowych takie oprogramowanie należy traktować jako wyposażenie wyrobu medycznego podlegające opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT.
W wyroku z dnia 25 lipca 2016 roku Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, III SA/Wa 1686/15, orzekł: „Jeżeli *wyrób medyczny jest sprzedawany ze stawką 8%, to i z istoty swej sprzedaż wyposażenia wchodzącego w skład takiego wyrobu będzie objęta taką obniżoną stawką. Jest to jedna sprzedaż i jedno świadczenie. Preferencyjna stawka podatkowa dotyczy nie tylko wyrobów medycznych, ale i dodatkowego wyposażenia, które tworzy z nimi jedną całość".* W treści uzasadnienia wyjaśniał „w *aspekcie stosowania stawki podatku VAT należy mieć na uwadze szerszą definicie wprobu medycznego jaka wynika nie z brzmienia cvtowanego art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medvcznvch, lecz z treści art. 132 tej ustawy, według którego ilekroć w przepisach odrębnych jest mowa o wyrobach medycznych, należy przez*
to rozumieć wyroby medyczne, aktywne wyroby medyczne do implantacji, wyroby medyczne do diagnostyki in vitro, wyposażenie wyrobów medycznvch, wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz systemy i zestawy zabiegowe złożone z wyrobów medycznych. Tym samym zakres rozumienia pojęcia „wyrób medyczny na gruncie innych ustaw obejmuie wszystkie grupy wyrobów wymienione w przepisie art.132 ustawy o wprobach medycznych,
a nie wyłącznie wyroby sklasyfikowane w art. 2 ust 1 pkt 38 tejże ustawy. Skoro zatem brzmienie pozycji 105 załącznika nr 3 do ustawy o podatku VAT stanowiącym wykaz towarów i usług opodatkowanych preferencyjną stawką tego podatku obejmuje (bez wzgledu na symbol PKWiU): "wyroby medyczne, rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium RP, inne niż wymienione w pozostalych pozycjach załącznika" oznacza to, że klasyfikując produkty w tej pozycji załącznika, należy odnosić je do szerokiego pojęcia wyrobu medycznego z art. 132 ustawy o wprobach medycznych, a konsekwencji jeśli dany produkt stanowi "wyposażenie wyrobu medycznego" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt. 33 ustawy

o wyrobach medycznych, to dla celów podatku VAT winien być uznany jako „wyrób medycznych" zgodnie z regułami wykładni systemowej zewnętrznej".

Izba podziela stanowisko zamawiajacego, polegająca na tym iż wyposażenie wyrobu medycznego oraz usługa kompleksowa podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla świadczenia głównego, jaką jest dostawa urządzenia.
Zatem powyższy wywód odwołującego, wskazujący na błąd w obliczeniu ceny nie jest zasadny.
W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pk 6 ustawy Ppz, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta zawiera błąd w obliczniu ceny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Izba nie podziela stanowiska odwołującego.
Zamawiający nie był zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w tybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem aby można było powołać na przywołany artykuł, konieczne są wątpliwości co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych porzepisów oraz podejrzenie, co do tego, że są one rażąco niskie. W zakresie istotnych części składowych, trudno ocenić że są one rażąco niskie, skoro zamawiający nie wymagał odrębnej ich wyceny. Cena za poszczególne elementy składowe oferty miała być ujęta w ogólnej cenie oferty, obliczonej dla całego przedmiotu zamówienia. W zakresie wyjaśnienia ceny oferty jako rażąco niskiej, Zamawiający zobowiązany był do zastosowania art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp. Zamawiający wystąpił do przystępującego pismem z dnia 29 listopada 2017 roku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie, przystępujący wyjaśnił, iż cena oferowanego urządzenia wynosi około 90.000,00 USD. Do ceny urządzenia została doliczona wartość dostawy, montażu, instalacji, uruchomienia urządzenia oraz przeszkolenia personelu. Łącznie cena oferty wynosić będzie około 94.490,00 USD, co przystępujący potwierdził oświadczeniem złożonym przez Dyrektora ds. Relacji z Klientem producenta Kub Technologies. Ponadto, przystępujący wykazał, iż takie samo urządzenie zaoferował w innym przetargu za cenę 371.290,00 PLN,
co potwierdza iż cena podana w ofercie przetargowej jest ceną realną, możliwą do zaoferowania oraz nie stanowi ceny poniżej kosztów. Przesłanki te uzasadniają ocenę dokonaną przez zamawiającego, iż zaoferowana przez przystępującego cena, nie stanowi ceny rażąco niskiej. Zatem jej złożenie nie stanowi również czynu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut stawiany przez odwołującego w powyższym zakresie.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru VAN-TRC jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zamawiający powinien dokonać odrzucenia ww. oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba uznaje zarzut za niezasadny. Stwierdzając, iż wybór oferty przystępującego został dokonany zgodnie z prawem zamówień publicznych zarzut należało oddalić.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem zamawiajacy przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 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.).

Przewodniczący: ……