Sygn. akt: KIO 2578/14

WYROK
z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2014 r. przez **Odwołującego** – PROFIMEDICAL B. W. SPÓŁKA JAWNA, ul. Oswobodzenia 1, 40-403 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin

przy udziale **Wykonawcy** – GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - PROFIMEDICAL B. W. SPÓŁKA JAWNA, ul. Oswobodzenia 1, 40-403 Katowice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - PROFIMEDICAL B. W. SPÓŁKA JAWNA, ul. Oswobodzenia 1, 40-403 Katowice, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2578/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa średniej klasy aparatu ultrasonograficznego z opcją dopplerowską przeznaczonego do badań naczyń obwodowych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.11.2014 pod numerem 378596 – 2014.
Odwołujący "Profimedical B., W.” sp. j. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego w postaci bezzasadnego i bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz nie odpowiadającej treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art.89 ust 1 pkt 2 Ustawy oraz art.89 ust.1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy, a także art. 7 ust.1 Ustawy, nie zapewniając równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji, wybierając ofertę Wykonawcy GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie, niezgodnie z przepisami Ustawy, naruszył także art. 7 ust. 3 Ustawy.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego i dokonanie czynności wyboru oferty zgodnie z art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 i ust. 3 Ustawy.

Zamawiający w treści specyfikacji sformułował w punkcie 11 wymaganie techniczne dla oczekiwanego urządzenia - obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1400 klatek/sec), harmoniczne z kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 700 obrazów/sec).

21 listopada 2014r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w trybie art. 38 ust.1 ustawy z pytaniami: Pytanie nr 1 pkt.7: Czy Zamawiający dopuści aparat usg, posiadający klawiaturę umieszczoną na panelu dotykowym w miejsce zintegrowanej klawiatury alfanumerycznej? *Pytanie nr 2 pkt.11: Czy Zamawiający dopuści ultrasonograf, którego częstotliwość odświeżania obrazu (frame rate) dla B-Mode:1400 klatek/sek oraz CD wynosi 120Hz?* Zamawiający tego samego dnia udzielił odpowiedzi, z której wynikało, że wyraża zgodę na zaoferowanie aparatu, o którym mowa w pytaniu nr 1 (odpowiedź w pkt.15) oraz że odświeżanie obrazu (frame rate) dla B-Mode:1400 klatek/sek jest dopuszczone obecnymi

---

zapisami SIWZ, a Zamawiający nie stawia wymogu dotyczącego parametru wskazanego w drugiej części pytania (odpowiedź w pkt.16).

Odwołujący złożył ofertę, w której w załączniku nr 1 w poz. 7 oraz 11 wskazał, że zaoferował aparat o parametrze: obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1400 klatek/sec), harmoniczne z kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 120 obrazów/sec).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W treści uzasadnienia wskazał podstawę prawną art. 89 ust.1 pkt 2. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający stwierdził, że przedmiot oferty jest niezgodny z SIWZ. Przywołał w treści uzasadnienia odpowiedzi na pytania innych Wykonawców (tj. pytania nr 4 i nr 10), w których Zamawiający nie dopuścił zmiany treści SIWZ w przedmiotowym zakresie.
Odwołujący uznał, że stanowisko Zamawiającego jest nieuprawnione. W jego ocenie Zamawiający odwołał już po złożeniu ofert, na etapie ich oceny, udzielone wykonawcom wyjaśnienie w przywołanej powyżej odpowiedzi na pytanie 16. W ocenie Odwołującego stanowi to rażące naruszenie przywołanego powyżej przepisu, a także art. 7 ust.1 Ustawy, gdyż oferta Odwołującego nie została oceniona w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

W zawiadomieniu o ofertach odrzuconych z postępowania Zamawiający jako podstawę prawną dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazał także art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust.1 Ustawy zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, która „w złożonej ofercie jest o 30% niższa od wartości zamówienia". Odwołujący na wezwanie przedłożył wyjaśnienia, wskazując, że - jako autoryzowany dystrybutor marki Philips dokonuje zakupów aparatów po cenach preferencyjnych, niższych niż ceny katalogowe, rekomendowane dla użytkowników końcowych. Na dowód powyższego faktu Odwołujący dołączył przykładową ofertę firmy Philips dla Zamawiającego, w której cena sugerowana dla użytkownika końcowego była niższa, niż cena oferowana przez Odwołującego, potwierdzająca, że instalacja, szkolenie i serwis, gwarancje są w cenie oferty, a zatem czynnik kosztów osobowych Odwołującego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia nie jest osobno kalkulowany.
Odwołujący zauważył, że oferta zawierała stwierdzenie, że dodatkowo dystrybutorzy otrzymują rabat zgodnie z indywidualnymi uzgodnieniami, jednakże nawet bez

---

uwzględnienia tego rabatu Odwołujący uzyskałby poziom zysku ok. 3%, a z uwzględnieniem

rabatu zysk ten jest znacznie wyższy.
Odwołujący uznał, że podstawa odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadna.
Odwołujący w treści odwołania podkreślał, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie określił, że oczekuje kalkulacji ceny, a jedynie poprzestał na przytoczeniu treści art. 90 ust.1 i ust. 2.
Nadto podnosił, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. („dyrektywy klasycznej") proces wyjaśniania ceny powinien mieć charakter konsultacji z oferentem, w którym Zamawiający weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Podnosił także, że w literaturze wskazuje się, że Zamawiający, formułując żądanie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, powinien dokładnie określić stopień szczegółowości wyjaśnień i wskazać na dowody, jakich oczekuje od Wykonawcy, formułując w tym celu konkretne pytania. Wyjaśnienia co do zasady nie mogą być jednoetapowe.

Odwołujący argumentował, że rażąco niska cena to sytuacja, w której dane świadczenie objęte przedmiotem zamówienia oferowane jest danemu Zamawiającemu poniżej kosztów jego realizacji ponoszonych przez Wykonawcę. Sytuacja, w której Wykonawca uzyskuje zysk nigdy nie może być kwalifikowana jako rażąco niska cena.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego uznał, że wyjaśnienia są nieprzekonujące. Odnosząc się do wskazanego przez Philips Polska S.A. terminu realizacji zamówienia 6-8 tygodni (odmiennego od oczekiwanego przez Zamawiającego terminu 1 tygodnia) Zamawiający stwierdził, że *„nie daje pewności co do tego, że zamówienie za cenę zaproponowaną w ofercie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny".*
Odwołujący podkreślił, że bezpodstawne jest stwierdzenie Zamawiającego, że dokonanie montażu, szkolenia personelu Zamawiającego i objęcie 24-miesięczną ochroną serwisową dostarczonego sprzętu jest niemożliwe. Wskazał, że w przedstawionym dowodzie jednoznacznie stwierdzano, że cena zawiera instalację, serwis i szkolenie.
Jako dowody na okoliczność, że oferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska i koresponduje z cenami wchodzącymi w zastosowanie w analogicznych postępowaniach złożył wnioski dowodowe z następujących dokumentów: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie z dnia 19-11-2014 (cena oferty wyłonionej w tamtym postępowaniu to 178 200 PLN); informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z listopada 2014 r. (cena

oferty wyłonionej w tamtym postępowaniu to 138 790 PLN).
Jako dowody na okoliczność, że Odwołujący dotychczas realizował dostawy Odwołujący (w trakcie rozprawy) przedstawił także umowę z dnia 5 grudnia 2014 roku zawartą pomiędzy Odwołującym a American Heart of Poland S.A. z siedzibą w Ustroniu na kwotę 149 000 zł brutto. Dodatkowo przedstawił potwierdzenie odbioru (przez Odwołującego od Philips Polska sp. z o.o) sprzętu Afinity 50 wraz z poszczególnymi częściami przez klienta.
Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że ograniczył podstawę odrzucenia oferty Odwołującego do okoliczności niezgodności jego oferty z treścią SIWZ.
Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający przedstawił w SIWZ wymaganie dla oczekiwanego urządzenia - obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1400 klatek/sec), harmoniczne z

kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 700 obrazów/sek).
Odwołujący zaoferował aparat o parametrze: obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1400 klatek/sec), harmoniczne z kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość
Frame Rate min. 120 obrazów/sec),
Nadto Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał wykonawcom pismo z dnia 21 listopada 2014 roku, w którym udzielił odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Odwołujący zadał pytanie: Czy Zamawiający dopuści ultrasonograf, którego częstotliwość odświeżania obrazu (frame rate) dla B-Mode:1400 klatek/sek oraz CD wynosi 120Hz?
Zamawiający udzielił odpowiedzi: odświeżanie obrazu (frame rate) dla B-Mode:1400 klatek/sek jest dopuszczone obecnymi zapisami SIWZ. Zamawiający nie stawia wymogu dotyczącego parametru wskazanego w drugiej części pytania.
Nadto, w tym samym piśmie Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie innego wykonawcy: „Czy Zamawiający dopuści do przetargu wysokiej klasy aparat z maksymalną prędkością

---

odświeżania w trybie Color Doppler 360 obrazów/s?
Zamawiający odpowiedział: Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ.
Na pytanie innego wykonawcy: „Czy Zamawiający dopuści do przetargu wysokiej klasy aparat USG, w którym max częstotliwość odświeżania dla trybu Color Doppler wynosi 215obrazów/sec? (…). Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ.”
W ocenie Izby, z treści powyższych odpowiedzi wyraźnie wynika, że Zamawiający nie odstąpił od postanowień SIWZ, w których znalazło się wymaganie: obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1000 klatek/sec), harmoniczne z kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 700 obrazów/sec). W przypadku każdego pytania o możliwość dopuszczenia aparatu USG z prędkością odświeżania w trybie Color Doppler mniejszą niż 700 obrazów na sekundę, Zamawiający odpowiadał konsekwentnie, że pozostawia wymaganie dotychczasowe SIWZ. Oznacza to, że w tym samym piśmie Zamawiający konsekwentnie przedstawił, że jego intencją jest, aby ten parametr nie ulegał zmianie.
W ocenie Izby nie sposób wywieść logicznego wniosku, aby odpowiadając na pytanie Odwołującego, Zamawiający odstąpił od dotychczasowych wymagań SIWZ aparatu USG z prędkością odświeżania w trybie Color Doppler nie mniejszą niż 700 obrazów na sekundę, albo je zmodyfikował. Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że nie stawiał wymogu dotyczącego parametru wskazanego w drugiej części pytania, ponieważ w treści SIWZ nie znalazł się żaden parametr CD, którego wielkość zostałaby określona w jednostce Hz, i w związku z tym udzielił odpowiedzi, że nie stawia wymagań w zakresie tego parametru. Zatem odpowiedź Zamawiającego (z 21 listopada 2014 roku), że nie stawia wymagania dotyczącego parametru CD 120 Hz oznacza jedynie, że Zamawiający nie utożsamiał tego parametru z jakimkolwiek wymaganiem SIWZ.
Nadto sposób zadania pytania przez Odwołującego: „Czy Zamawiający dopuści ultrasonograf, którego częstotliwość odświeżania obrazu (frame rate) dla B-Mode:1400 klatek/sek oraz CD wynosi 120Hz?” mógł wskazywać, że pytanie dotyczy trybu B-mode. Tym bardziej, Zamawiający w tym zakresie nie stawiał żadnych wymagań w sposób wskazany przez Odwołującego.

Odwołujący twierdził, że CD jest powszechnie używanym skrótem oznaczającym color doppler. Jednakże Odwołujący nie dowiódł prawdziwości tego twierdzenia. Jego stanowisko pozostało gołosłowne. Należy podkreślić, że Zamawiający nie użył w treści SIWZ (w zestawieniu parametrów technicznych minimalnych) skrótu CD jako color doppler. Nie określił także żadnego parametru w jednostce Hz. Co ważne, takiego skrótu oraz takiej jednostki nie użył także Odwołujący w treści swojej oferty. CD jest skrótem powszechnie używanym, oznaczającym płytę kompaktową (compact disc) lub urządzenie służące do jej

---

odtwarzania. Zamawiający w punkcie 10 specyfikacji przedmiotowej (zestawienie parametrów technicznych minimalnych) zawarł wymaganie co do napędu dysków CD/DVD-R. Nie można zatem powiedzieć, aby treść pytania Odwołującego była oczywista, a w szczególności, aby oczywiste czy zwyczajowe było używanie skrótu CD jako określenie color

doppler. W ocenie Izby za nieprecyzyjne i niejasne sformułowanie pytania konsekwencje ponosi wykonawca. Tym bardziej, że jak wspomniano powyżej, Zamawiający w tym samym piśmie konsekwentnie podkreślał, że nie godzi się na zmianę parametru M-mode Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 700 obrazów/sek). Z treści pisma z dnia 21 listopada 2014 roku nie sposób zatem było wywieść wniosek, że Zamawiający rezygnuje z (lub odstępuje od wymagań) parametru Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 700 obrazów/sec).

Powyższe oznacza, że nie można stwierdzić, aby Zamawiający odstąpił od wymagania określonego w treści SIWZ, zgodnie z którym obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1400 klatek/sec), harmoniczne z kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 700 obrazów/sek). Skoro więc Zamawiający nie odstąpił od wymagania, to zaoferowany przez Odwołującego aparat o parametrze: obrazowanie: B-mode (prędkość odświeżania min. 1400 klatek/sec), harmoniczne z kodowaniem wiązki, M-mode, Color Doppler (prędkość Frame Rate min. 120 obrazów/sec), nie spełnia ww. wymagania SIWZ. Zatem zasadne okazało się odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie braku zgodności jego oferty z treścią SIWZ. Tym samym nie potwierdził się zarzut Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie podlega ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny zaoferowany przez Odwołującego w niniejszym postepowaniu aparat. Zaoferowany aparat różni się od tego, jaki wymagał Zamawiający; nie odpowiada treści SIWZ. Z tego względu jest to urządzenie nieporównywalne, nie może więc być porównywana jego cena. Nie można zatem stwierdzić, czy była ona rażąco niska.
Nawet gdyby uwzględnić okoliczność, że Zamawiający już po wniesieniu odwołania ograniczył odrzucenie oferty Odwołującego tylko do okoliczności niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, to okoliczność ta nie wpływa na wynik postępowania. Odwołanie podlega oddaleniu. Stosownie do treści art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu odwoławczym o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że wynik postępowania, nie będzie podlegał zmianie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……