

WYROK
z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak- Żuraw

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 lutego 2011 r. przez **GE MEDICAL SYSTEMS Polska sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Instytut Matki i Dziecka, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 17a**

przy udziale wykonawcy **Creator – Comm sp. z o.o., 00-774 Warszawa, ul. Dolna 30A/5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Creator - Comm sp. z o.o., 00-774 Warszawa, ul. Dolna 30A/5,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Instytut Matki i Dziecka, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 17a i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GE MEDICAL SYSTEMS Polska sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Instytut Matki i Dziecka, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 17a** na rzecz **GE MEDICAL SYSTEMS Polska sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul.**

Wołoska 9 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Matki i Dziecka, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 17a, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest dostawa tomografu komputerowego wraz z montażem. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 grudnia 2010 r. nr 2010/S 243-371519.

W dniu 24 lutego 2011 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy GE Medical Systems Polska sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Creator-Comm Sp. z o.o., ul. Dolna 30A/5, 00-774 Warszawa (dalej „Creator-Comm”) ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), tj. ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Creator - Comm ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. kalibratora (miernika luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniającego wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych, możliwość stosowania kalibratora na minimum 10 stanowiskach. Dostarczone oprogramowanie z obrazami kontrolnymi. Pomiar luminancji w zakresie min. 0,01 - 10.000 cd/m², natężenia światła 0,01 - 10.000 lx. Złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB, zasilane z akumulatorów, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
3. zaniechaniu wezwania wykonawcy Creator - Comm do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w części dotyczącej ceny za 3 - letni pogwarancyjny serwis w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, co narusza art. 90 ust 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
4. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7

ust. 3 ustawy Pzp,

a w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą żadnego z powyższych zarzutów, z ostrożności procesowej odwołujący zarzucał:

5. zaniechanie wezwania Creator - Comm do złożenia uzupełnień dokumentu zawierającego opis oferowanego urządzenia, tj. parametru dotyczącego ilości projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT, z naruszeniem art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
6. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, powołując się na dyspozycję art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty Creator - Comm ze względu na jej niezgodność z SIWZ,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a z ostrożności procesowej, odwołujący wnosił również o:

1. wezwanie Creator - Comm do dokonania uzupełnień brakujących dokumentów.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 lutego 2011 r., co zamawiający potwierdził (potwierdzenie załączone do odwołania)

W uzasadnieniu do podnoszonych zarzutów odwołujący wskazywał, co następuje. Odnosząc się do zarzutu 1 - zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazywał, że według ogólnie dostępnych źródeł dotyczących tomografów firmy Philips system Brilliance 64 posiada tylko dwie projekcje skanu topograficznego - AP i LAT. W zakresie zarzutu 2 - zaniechania odrzucenia oferty Creator - Comm ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. kalibratora (miernika luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniającego wymagania dotyczące kalibracji monitorów medycznych, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podnosił, że zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2011 r. wezwał wykonawcę Creator - Comm do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia zaoferowanych parametrów zgodnie z dyspozycją zawartą w SIWZ w rozdziale IV pkt 2 „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia (prospekt /katalog /instrukcja obsługi /karta /formularz danych technicznych) potwierdzający wymagania techniczno-eksploatacyjne zawarte w Załączniku Nr 2 do SIWZ". W dniu 10 lutego 2011 r. wykonawca Creator - Comm przesłał pismo, w

którym określił typ kalibratora (miernika luminancji) oraz dołączył dane techniczne luksomierza precyzyjnego firmy Sonopan. W oparciu o w/w dokumenty odwołujący stwierdzał, iż oferowany luksomierz nie spełnia parametru granicznego określonego w Załączniku Nr 2 do SIWZ w pkt 11.3, co potwierdziły załączone dokumenty. W odniesieniu do zarzutu 3 - zaniechania wezwania wykonawcy Creator - Comm do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w części dotyczącej ceny za 3 - letni pogwarancyjny serwis, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, co narusza art. 90 ust 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący podnosił, że powołując się na doświadczenia państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Takie stanowisko przedstawia również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. np. sygn. akt KIO/UZP 1443/08. W przedmiotowym postępowaniu cena serwisu pogwarancyjnego odwołującego, jak również wykonawcy Siemens kształtuje się na bardzo podobnym poziomie. Natomiast cena zaoferowana przez Creator - Comm, wynosi 40% wartości innych ofert, czyli odbiega aż o 60% od średniej ceny grupy ofert. Podnosząc zarzuty alternatywne, odwołujący wskazywał, iż w zakresie zarzutu 1 - zaniechania wezwania Creator - Comm do złożenia uzupełnień dokumentu zawierającego opis oferowanego urządzenia, tj. parametru dotyczącego ilości projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT, z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w SIWZ w rozdziale IV pkt 2 wymagał załączenia do oferty „Opisu oferowanego przedmiotu zamówienia (prospekt /katalog/instrukcja obsługi/karta/formularz danych technicznych) potwierdzający wymagania techniczno-eksploatacyjne zawarte w Załączniku Nr 2 do SIWZ". W ofercie Creator - Comm brak jest dokumentów potwierdzających wymagane parametry. Zamawiający, pomimo że korzystał wielokrotnie w trakcie postępowania z prawa do zawezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty, zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 24 lutego 2011 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, przekazując kopię odwołania. W dniu 25 lutego 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę Creator – Comm, w którym wykonawca ten wskazywał, iż posiada interes w przystąpieniu, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wykonawca Creator – Comm podnosił, iż zamawiający dokonał wyboru oferty zgodnej z SIWZ. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez Prezesa Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji

zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia przystąpienia, a kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faxem (dowód nadania faxem z wynikiem „OK” załączony do zgłoszenia przystąpienia).

W dniu 8 marca 2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie. Zamawiający nie zgadzał się z zarzutem odwołującego dotyczącym naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w kwestii zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ. Zamawiający uznał, iż Creator-Comm spełnił wymagania: „Ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT podać” (Załącznik nr 2 do SIWZ „Program Funkcjonalno-Użytkowy/Zestawienie Parametrów Wymaganych pkt. 3 „Parametry skanowania” poz. 4), ponieważ jest to wymóg spełniany w sposób oczywisty przez wszystkich producentów tomografów komputerowych. Zamawiający wyjaśniał, iż rutynowo w każdym badaniu TK wykonuje się topogram w projekcji przednio-tylnej (AP) oraz bocznej (LAT). Projekcja PA (tylno-przednia) wykonywana jest bardzo rzadko, u pacjentów leżących na brzuchu, zatem każdy tomograf umożliwiający wykonanie skanu topograficznego w płaszczyźnie pionowej może wykonywać topogram AP i PA w zależności od ułożenia pacjenta na stole (na plecach lub na brzuchu). Projekcje AP oraz PA, zgodnie z nomenklaturą radiologiczną, odnoszą się do orientacji: źródło promieniowania-detektor względem pacjenta, a nie do konkretnych rozwiązań technologicznych proponowanych przez producentów sprzętu. Zamawiający wskazywał, że topogram jest jedynie wstępną częścią badania i służy do wyznaczenia zakresu właściwego badania TK, które i tak jest wykonywane w warstwach poprzecznych. Następnie uzyskane obrazy mogą być zrekonstruowane i obejrzone w każdej, dowolnej płaszczyźnie i dopiero one stanowią podstawę oceny lekarskiej badania tomografii komputerowej, nie zaś topogram, będący de facto zdjęciem rtg pacjenta. Zamawiający podnosił, iż miał możliwość zapoznania się ze sposobem realizacji wymaganych projekcji AP, PA oraz LAT w aparacie proponowanym przez Creator-Comm w innych placówkach na terenie Warszawy i jednoznacznie stwierdził, że spełnia on opisane przez zamawiającego oczekiwania w tym zakresie. Zamawiający nie zgadzał się również z zarzutem odwołującego dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w kwestii zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm. ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ w zakresie kalibratora (miernika luminancji). Zamawiający uznał spełnienie przez Creator-Comm wymagania: „Kalibrator (miernik luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniający wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych, możliwość stosowania kalibratora na minimum 10 stanowiskach. Dostarczone oprogramowanie z obrazami kontrolnymi. Pomiar luminancji w zakresie min. 0,01 - 10.000 cd/m², natężenia światła 0,01 -

10.000 lx. Złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB, zasilane z akumulatorów", ponieważ wykonawca Creator-Comm zaoferował zestaw urządzeń w pełni pokrywający wymagania postawione zarówno literalnie jak i merytorycznie przez Zamawiającego tj.: Kalibrator NEC MDSV Sensor oraz Luksomierz precyzyjny L-100 z przystawką do pomiaru luminancji PL1.RF-100.

- literalnie:

- a. przeznaczony do okresowej kalibracji monitorów medycznych w radiologii - wymagane „do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniający wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych”
- b. możliwość stosowania na wielu stacjach diagnostycznych - wymagana ilość na min. 10 stanowiskach - kryterium ilościowe nie podlega ocenie merytorycznej, zamawiający uznaje, że minimum taka ilość jest zawarta w cenie przedmiotu oferty.
- c. podłączony do monitorów za pomocą złącza USB - wymagane „złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB”.
- d. dołączone oprogramowanie Gamma Corp MD posiada zestaw obrazów kontrolnych - wymagane „dostarczone oprogramowanie z obrazami kontrolnymi”.
- e. zakres pomiarowy 0,001 do 300 000 lx - wymagany „0,01 - 10.000 lx” zakres pomiarowy 0,001 do 120 000 000 cd/m² - wymagany „min. 0,01 - 10.000 cd/m²”
- f. bateria 9V (IEC6LR61) - wymagane „zasilanie z akumulatorów”

- merytorycznie:

- a. kalibrator NEC MDSV Sensor jest specjalistycznym urządzeniem kalibracyjnym spełniającym wymogi w zakresie kalibracji monitorów medycznych,
- b. kalibrator spełnia oczekiwania w zakresie braku konieczności zasilania sieciowego,
- c. luksomierz precyzyjny L-100 wraz z przystawką do pomiaru luminancji PL1.RF-100 jest miernikiem uniwersalnym posiadającym zakresy pomiarowe luminancji oraz natężenia światła spełniające postawione wymogi.
- d. luksomierz precyzyjny L-100 posiada zasilanie bateryjne i tym samym spełnia oczekiwania w zakresie braku konieczności zasilania sieciowego (powszechnie dostępne są akumulatory będące odpowiednikami baterii 9V).
- e. zgodnie z powszechnie dostępną informacją na stronie internetowej producenta luksomierz precyzyjny L-100 jest dedykowany między innymi służbom pomiarowym i posiada darmowe oprogramowanie umożliwiające obróbkę, analizę oraz archiwizację pomiarów co świadczy o tym, iż może być stosowany na dowolnej ilości stanowisk. Na stronie internetowej producenta przedstawiona jest wiadomość, iż luksomierz L-100 uzyskał świadectwo typu nadane przez Główny Urząd Miar potwierdzający przedstawione zakresy pomiarowe oraz spełnienie wymagań określonych w przepisach metrologicznych o luksomierzach. (Decyzja Nr ZT 1132/2002).

- f. zgodnie z powszechnie dostępną informacją na stronie internetowej producenta luksomierz precyzyjny L-100 posiada, w przypadku braku interfejsu RS możliwość skorzystania z portu USB stosując powszechnie dostępny adapter USB-RS232/DB9.

Zamawiający nie zgadzał się również z zarzutem odwołującego dotyczącym naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazywał, że po przeanalizowaniu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie miał żadnych wątpliwości co do kosztów serwisu pogwarancyjnego zaoferowanych przez odwołującego, Siemens, jak i Creator-Comm. Zamawiający w SIWZ w Załączniku nr 3 do SIWZ „Gwarancja i serwis” w pkt 8 wymagał od wykonawców podania oferowanej ilości przeglądów konserwacyjnych zgodnie z wymaganiami producenta. Jak wynika ze złożonych ofert tomograf komputerowy oferowany przez odwołującego wymaga czterech przeglądów konserwacyjnych na rok, natomiast tomograf komputerowy firmy Philips zaoferowany przez Creator-Comm wymaga jednego przeglądu konserwacyjnego na rok. Ilość przeglądów konserwacyjnych, zdaniem zamawiającego, ma niewątpliwie istotny wpływ na kalkulowaną przez wykonawców cenę serwisowej obsługi gwarancyjnej, jak i kosztów obsługi pogwarancyjnej. W konsekwencji zamawiający przyjął, iż każdy z wykonawców oszacował cenę serwisu pogwarancyjnego na podstawie własnych analiz i kalkulacji kosztów, w tym na podstawie wymaganej przez producenta tomografu liczby przeglądów konserwacyjno-technicznych. Zamawiający wskazywał, iż ma rozeznanie co do cen rynkowych rocznego serwisu pogwarancyjnego tego typu urządzeń. Zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ „Obsługa pogwarancyjna w okresie 3 letnim - wymagania” dokładnie określił warunki i zakres usługi serwisu pogwarancyjnego, w którego skład miała wchodzić m.in. wymiana lampy rentgenowskiej. Zamawiający zauważał, że w 2010 roku przeprowadził postępowanie o zamówienie publiczne znak: A/ZP/SZP.251.26-10 na dostawę: „Lampy rentgenowskiej do tomografu komputerowego Picker PQS typ CTR 1563RC” i zawarł umowę o wartości brutto 119.840,00 złotych. W zakres przedmiotu niniejszej umowy wchodził również demontaż starej lampy (stara lampa pozostała u zamawiającego), montaż nowej lampy w aparacie, uruchomienie systemu, skalowanie, wykonanie testów akceptacyjnych potwierdzających zgodność z wymaganiami zawartymi w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 21 sierpnia 2006 r. (Dz. U. Nr 180 poz. 1325) w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej pracy z urządzeniami radiologicznymi. Druga złożona oferta na kwotę 176.550,00 złotych brutto była o ponad 47% wyższa. Ponadto zamawiający posiada aparaturę medyczną obu producentów i korzysta z pogwarancyjnych usług serwisowych, w związku z czym zna różnice w oferowanych cenach roboczogodziny pracownika serwisu pogwarancyjnego. Rozbieżności w składowych elementach ceny w przekonaniu zamawiającego nie świadczą o tym, że wybrana oferta zawiera rażąco niską

cenę. Niezależnie od kalkulacji ceny serwisu pogwarancyjnego należy podkreślić, iż stanowił on tylko jeden z elementów wyboru najkorzystniejszej oferty (o znaczeniu 10% zgodnie z przyjętymi w SIWZ przez zamawiającego kryteriami oceny ofert). Zgodnie z ugruntowaną doktryną i orzecnictwem nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu zawierania rażąco niskiej ceny, oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r., KIO/UZP 661/10, lex nr 584117). Jak wynika z uzasadnienia do wyroku, wyjątkowo tylko przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, jeżeli zamawiający nie określił w sposób wiążący przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza podnosi, iż nie można kwestionować - jako wycenionego rażąco nisko - jednego czy kilku elementów i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych - także inne wyroki potwierdzają powyższy wniosek: wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07, wyrok ZA z 16 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-242/05. Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 895/09, lex nr 511909) stwierdzono, że aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. Zamawiający zwracał uwagę też na inne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej - w kontekście stawianych zamawiającemu zarzutów - dotyczących porównywania cen oferentów. Z wyroku z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 168/09, lex nr 488386) wynika, iż nie można arbitralnie stwierdzić, iż cena rażąco niska to taka, która o określony procent różni się od wartości zamówienia. O tym, czy cenę można uznać za rażąco niską decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna. Z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1492/08, lex 486593) wynika zaś, iż dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np.: 20%, 30% czy 60%) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, iż cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Mając na uwadze analizę dokumentacji przetargowej, samodzielne ustalenia oraz posiadaną wiedzę, zamawiający nie widział podstaw by wzywać na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Creator-Comm do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (kosztów serwisu pogwarancyjnego).

Zgodnie z powyższym, zamawiający nie naruszył również art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami i przyjętymi w SIWZ kryteriami jej wyboru.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska, przy czym odwołujący sprecyzował, iż odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Creator - Comm ze względu na zaferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. kalibratora (miernika luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniającego wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ dotyczy niespełnienia parametru „pomiar luminancji w zakresie min. 0,01 - 10.000 cd/m²” oraz złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB”. Zaoferowany luksomierz precyzyjny L-100 z przystawką do pomiaru luminancji PL1.RF-100 nie spełnia parametru odnośnie wymaganego minimalnego zakresu pomiarowego luminancji 0,01 cd/m² oraz nie jest wyposażony w złącze do komunikacji min. USB. Wymagany parametr „złącze do komunikacji min. USB” posiada tylko kalibrator NEC MDSV Sensor zaoferowany w zestawie. Ponadto odwołujący kwestionował samą dopuszczalność zaoferowania wymaganego w pkt 11.3 Załącznika nr 2 do SIWZ urządzenia w zestawie, a nie jako jednego urządzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika na rozprawie, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

W ocenie Izby odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie jest zasadne, ponieważ w opinii Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący zaniechaniu odrzucenia oferty Creator - Comm ze względu na zaferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. kalibratora (miernika luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniającego wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych, który nie wypełnia wszystkich parametrów określonych w SIWZ.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów podniesionych przez odwołującego Izba stwierdza, co następuje.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Creator-Comm ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. niespełnienie parametru „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT”, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby odwołujący przedstawił logiczny wywód, iż zamieszczenie w Załączniku nr 2 do SIWZ zawierającym Program Funkcjonalno-Użytkowy/Zestawienie Parametrów Wymaganych, gdzie należało jednoznacznie wskazać oferowane urządzenia z podaniem producenta i typu, wymagania „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT” świadczy o tym, iż dotyczy ono parametru technicznego tomografu. Należy zatem odnosić je do możliwych sposobów ustawienia lampy, niezależnie od sposobu ułożenia pacjenta. Z argumentacji przyjętej i zaprezentowanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymywanej na rozprawie wynika, iż właściwie nie ma istotnej odrębności pomiędzy projekcją AP i PA, gdyż projekcję PA osiągnąć można poprzez odpowiedni sposób ułożenia pacjenta (na brzuchu), a zatem wszystkie tomografy oferowane na rynku oferują projekcje AP, LAT i PA. W ocenie Izby przy takim rozumieniu logicznym byłoby wymaganie jako minimum jedynie projekcji AP i LAT, skoro projekcję PA osiąga się w każdym przypadku, gdy dostępna jest projekcja AP. Tymczasem zamawiający wyraźnie wskazał na projekcję PA jako wymaganą, jak również ilość projekcji skanu topograficznego uczynił przedmiotem oceny i przyznawał dodatkowe punkty im więcej takich projekcji tomograf osiągał. Jednakże niezależnie od powyższego, dla oceny zgodności treści oferty z SIWZ niezbędna jest ocena, czy taki sposób rozumienia tego parametru (tj. odniesienie go do możliwych ustawień lampy) wynikał jasno i jednoznacznie z treści SIWZ. W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż rzeczywiście SIWZ nie pozwala na wysnuć takiego jednoznacznego wniosku. Odwołuje się bowiem jedynie do pojęcia „projekcji skanu topograficznego”, nie wskazując, iż dla przyjęcia spełnienia tego wymogu konieczne jest, aby możliwość wykonania projekcji w tych płaszczyznach była niezależna od sposobu ułożenia pacjenta. Sposób rozumienia tego wymogu na poziomie minimalnym (tj. AP, PA i LAT) nie był też przedmiotem zapytań oferentów. Tym samym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, na co powoływał się także zamawiający, niejednoznaczne postanowienia SIWZ (a zatem takie które mogą mieć więcej niż jedną poprawną wykładnię ich treści), nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Trudno bowiem wówczas mówić o niegodności oferty z treścią SIWZ. Nie jest zatem dopuszczalne, aby wykonawcy ponosili negatywne konsekwencje nieprecyzyjnego sformułowania SIWZ np. w postaci uznania ich oferty za niegodną z SIWZ i podlegającą odrzuceniu. Odwołujący nie kwestionował, że tomograf Philips Brilliance CT 64 zaoferowany przez Creator-Comm posiada możliwość projekcji skanu topograficznego AP i LAT, jak również że możliwa jest projekcja PA przy zmianie ułożenia pacjenta. Tym samym nie można uznać, iż oferta Creator-Comm, gdzie

zadeklarował on ilość pozycji skanu topograficznego na poziomie minimalnym, jest niezgodna z SIWZ w zakresie wymaganej projekcji PA. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z tej przyczyny nie może być uznany za zasadny w świetle niejednoznacznej treści SIWZ.

W ocenie Izby czym innym jest jednak sytuacja, w której zamawiający zaniechał weryfikacji parametru „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT” w stosunku do oferty Creator-Comm, pomimo iż parametr ten nie wynikał z załączonej przez wykonawcę dokumentacji. Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie w SIWZ w rozdziale IV wymagał w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego m.in. poprzez opis oferowanego przedmiotu zamówienia (prospekt, katalog, instrukcja obsługi, karta, formularz danych technicznych) potwierdzający wymagania techniczno-eksploatacyjne zawarte w Załączniku nr 2 do SIWZ. Ponadto w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 5 stycznia 2011 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców – pytanie nr 13 zamawiający na potwierdzenie spełnienia parametrów ujętych w Załączniku nr 2 do SIWZ dopuścił oświadczenie wykonawcy wraz z informacją od producenta sprzętu przetłumaczoną na język polski. Oznacza to zatem, iż każdy parametr wskazany w Załączniku nr 2 winien być potwierdzony w sposób przyjęty przez zamawiającego. Nie było uzasadnione ani dopuszczalne wartościowanie, które z parametrów nie podlegają weryfikacji w sposób określony w SIWZ z uwagi na własne doświadczenia zamawiającego, ani to aby parametr „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT” oferowany na poziomie minimalnym nie podlegał wykazaniu przez wykonawcę. Nie było zatem zasadne zaniechanie żądania potwierdzenia minimalnych parametrów skanowania jako że, jak wywieść można ze stanowiska zamawiającego, ich spełnienie było oczywiste. Okoliczność, iż nie były one punktowane, pozostaje bowiem bez znaczenia dla oceny, czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a w takim celu składane są dokumenty na potwierdzenie spełniania przez dostawy warunków postawionych przez zamawiającego. Skoro zamawiający postawił wymóg „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT” i nie wskazał, iż podlega on weryfikacji wyłącznie na poziomie wyższym niż minimalny (punktowanym), nie był uprawniony do zmiany stanowiska na etapie badania i oceny ofert z uwagi na okoliczność, iż dany oferowane urządzenie jest mu znane w praktyce. Oznaczałoby to bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdzie zakres weryfikacji oferty byłby uzależniony od tego, czy wykonawca oferuje sprzęt, który jest znany czy też nie jest znany zamawiającemu.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Creator - Comm ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. kalibratora (miernika luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniającego wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się co do niespełnienia parametru pomiaru luminancji na poziomie min. 0,01 cd/m² oraz złącza do komunikacji min. USB, natomiast nie można uznać, iż oferta była niezgodna z treścią SIWZ z tej przyczyny, iż zaoferowano nie jedno urządzenie, lecz zestaw.

Odwołujący kwestionował okoliczność, iż wypełniając wymóg określony w pkt 11.3 Załącznika nr 2 do SIWZ wykonawca Creator-Comm nie zaoferował jednego urządzenia, a zestaw kilku urządzeń, tj. luksomierz wraz z przystawką stanowiący łącznie urządzenie do pomiaru luminancji oraz oddzielnie kalibrator. Odwołujący wskazywał, iż postanowienie SIWZ jednoznacznie wskazywało na konieczność zaoferowania jednego urządzenia, które dokonywałoby sprawdzenia i kalibracji monitorów. Wykonawca Creator-Comm podnosił natomiast, iż nie są mu znane urządzenia, które realizowałyby obie te funkcje. Zamawiający wprawdzie podnosił, iż być może na rynku są one oferowane, jednak nie wskazał takiego przykładu. Także odwołujący nie zdołał dowieść, iż mierniki luminancji zawierają równocześnie możliwość kalibracji. Odwoływał się wprawdzie do miernika zaoferowanego we własnej ofercie, jednak nie był w stanie wskazać elementu specyfikacji technicznej, który potwierdzałby jego tezę. W ocenie Izby nie można uznać, że postanowienia SIWZ pozwalały jednoznacznie na przyjęcie, iż zamawiający oczekiwał zaoferowania jednego urządzenia. Posłużył się bowiem sformułowaniami kalibrator i miernik luminancji (to drugie użyte w nawiasie), tak jakby urządzenia te miały tożsame przeznaczenie. Jednak sama analiza specyfikacji technicznej oferowanego przez wykonawców sprzętu (mierników luminancji) nie pozwala przyjąć tożsamości tych urządzeń. W ocenie Izby zamawiający żądaniem tym chciał osiągnąć pewną funkcjonalność, jaką jest kalibracja monitorów zgodnie z wymogami przepisów prawa, której niezbędnym elementem jest dokonanie pomiarów luminancji. Treść SIWZ pozwala przyjąć, iż funkcjonalność tę można było osiągnąć poprzez zaoferowanie miernika luminancji oraz kalibratora jako osobnych urządzeń. Tym samym podobnie jak w przypadku parametru „ilość projekcji skanu topograficznego” z braku precyzji SIWZ nie sposób wywodzić niekorzystnych skutków dla wykonawców, zwłaszcza, że nie zostało w żaden sposób wykazane przez odwołującego ani to, iż zaoferowanie jednego urządzenia w ogóle było możliwe, uwzględniając produkty dostępne na rynku (wskazanie na własną ofertę nie jest wystarczające, ponieważ nie zdołał dowieść, iż zaoferowany tam miernik luminancji posiada możliwość kalibracji), ani że zaoferowanie zestawu urządzeń wpływa ujemnie na funkcjonalność urządzenia.

Izba uznała natomiast, iż potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm jako niezgodnej z SIWZ z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do wymaganego minimalnego zakresu pomiaru luminancji oraz wymogu wyposażenia zaoferowanego przedmiotu w złącze do komunikacji min. USB.

Zamawiający w pkt 11.3 Załącznika nr 2 do SIWZ sprecyzował następujące wymaganie: „Kalibrator (miernik luminancji) do sprawdzania i kalibracji okresowej monitorów LCD spełniający wymagania dot. kalibracji monitorów medycznych, możliwość stosowania kalibratora na minimum 10 stanowiskach. Dostarczone oprogramowanie z obrazami kontrolnymi. Pomiar luminancji w zakresie min. 0,01 - 10.000 cd/m², natężenia światła 0,01 – 10.000 lx. Złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB, zasilane z akumulatorów.” Jak wskazano powyżej, odwołujący na rozprawie sprecyzował, że jego zarzut co do niezgodności zaoferowanego przez wykonawcę Creator-Comm luksomierza precyzyjnego L-100 z przystawką do pomiaru poziomu luminancji PL1.RF-100 dotyczy niespełniania wymaganego minimalnego zakresu pomiarowego, tj. 0,01 cd/m² oraz braku wyposażenia w złącze USB. Izba podziela w tej mierze argumentację odwołującego przedstawioną na rozprawie, uznając ją za spójną, logiczną oraz opartą na dokumentacji technicznej zaoferowanego urządzenia. Dokumentacja techniczna załączona przez wykonawcę do wyjaśnień z dnia 10 lutego 2011 r., jak również przedstawiona przez Creator-Comm na rozprawie w formie wydruku komputerowego strony internetowej producenta Sonopan potwierdza, iż zaoferowany luksomierz precyzyjny L-100 jest wysokiej klasy całkującym miernikiem przeznaczonym do pomiaru natężenia oświetlenia i naświetlenia promieniowaniem naturalnym i sztucznym, a dopiero zastosowanie odpowiedniej przystawki umożliwia pomiar luminancji. Z dokumentacji technicznej wynika, iż jego zakresy pomiarowe w odniesieniu do badania luminancji są różne w zależności od wartości kąтового pola pomiarowego przystawki i jedynie w przypadku pola kąтового przystawki 3° i 10° osiąga ono wymagane przez zamawiającego minimum 0,01 cd/m². Tymczasem zaoferowana przez Creator-Comm przystawka posiada pole pomiarowe 1°, a zatem minimalny zakres pomiarowy wynosi wówczas 0,1 cd/m² i nie spełnia parametru wymaganego w SIWZ. Odwołujący załączył pismo otrzymane od Sonopan sp. z o.o., iż nie posiada w ofercie przystawki do pomiaru luminancji o kątowym polu pomiarowym 3° i 10°, a przystawka PL1RF-100 współpracująca z luksomierzem L-100 posiada kątowe pole pomiarowe 1°. Ponadto Creator-Comm wyraźnie i jednoznacznie zaoferował luksomierz L-100 z przystawką PL1.RF-100 (pismo z 10 lutego 2011 r.). Okoliczność, czy przedmiotowy zakres pomiarowy będzie wykorzystywany w praktyce czy też nie, a był podany jedynie, aby uzyskać urządzenie odpowiedniej klasy, jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zgodności treści oferty z SIWZ. Wymóg został postawiony jednoznacznie i dla jego spełnienia należało zaoferować urządzenie z tym wymaganym parametrem zgodne. Wykonawca nie zwracał się w tym zakresie o jakiegokolwiek wyjaśnienia, jak również nie zwracał się z zapytaniem, czy rozwiązanie, które ostatecznie znalazło się w jego ofercie, zostanie zaakceptowane jako zgodne z SIWZ. To, że technicznie istnieje dla luksomierza L-100 możliwość pomiaru luminancji w zakresie pomiarowym wymaganym, gdy zastosowana zostanie przystawka o kątowym polu pomiarowym 3° lub 10°, pozostaje, w ocenie Izby, bez znaczenia dla oceny

zgodności przedmiotu zaoferowanego z treścią SIWZ – zaoferowano bowiem przystawkę, której pole pomiaru nie umożliwia osiągnięcia zakresu pomiarowego wymaganego SIWZ. Zamawiający bada nie potencjalne możliwości urządzenia, ale możliwości urządzenia, które zostało zaoferowane. Zamawiający nie jest też uprawniony do odstępowania na etapie badania i oceny ofert od postawionych przez siebie wymagań. Dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ i konsekwencji ustalenia konieczności odrzucenia oferty, gdy taka niegodność zostanie stwierdzona i nie może być ona konwalidowana w trybie przewidzianym ustawą Pzp, bez znaczenia pozostaje fakt, jaka jest wartość urządzenia, które parametrów SIWZ nie spełnia. Wykonawca będący profesjonalistą samodzielnie ocenia, czy przedmiot jego oferty jest zgodny z wymaganiami zamawiającego, a jeżeli decyduje się zaoferować przedmiot, który wymogów nie spełnia lub też co do którego zamawiający może podnieść uzasadnione wątpliwości w tym zakresie, ponosi ryzyko takiego działania.

Podobny wniosek sformułować można w odniesieniu do zarzutu zaoferowania urządzenia, które nie spełnia parametru „złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB”. Skoro bowiem wykonawca Creator-Comm zdecydował się zaoferować zestaw urządzeń, to brak jest przesłanek, aby jedynie niektóre elementy tego zestawu spełniały wymagania zamawiającego, o ile nie są niemożliwe z technicznego punktu widzenia z uwagi na charakter urządzenia (np. kalibrator nie będzie mierzył pomiaru luminancji). W ocenie Izby nie dotyczy to parametru „złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB”, a zatem zarówno luksomierz, jak i kalibrator winny ten parametr spełniać. Podobne rozumienie zdaje się wskazywać także zamawiający, gdyż w odpowiedzi na odwołanie odnosi się do tego parametru poprzez wskazanie, iż luksomierz precyzyjny L-100 posiada, w przypadku braku interfejsu RS możliwość skorzystania z portu USB, stosując powszechnie dostępny adapter USB-RS232/DB9. W opinii Izby parametr ten jest spełniony jedynie przez zaoferowany kalibrator NEC MDSV Sensor, co wynika jednoznacznie z dokumentacji technicznej tego urządzenia i czego zresztą odwołujący nie kwestionuje. Natomiast luksomierz precyzyjny L-100 z przystawką do pomiaru luminancji PL1.RF-100 nie jest wyposażony w złącze do komunikacji min. USB tak, jak wymaga tego SIWZ w pkt 11.3 Załącznika nr 2. Zgodnie z treścią opisu technicznego urządzenia luksomierz precyzyjny L-100 posiada dwukierunkowy interfejs RS232. Dodatkowo wskazano (w wydruku komputerowym ze strony producenta Sonopan przedłożonym na rozprawie), iż komunikacja z komputerem odbywa się poprzez port szeregowy RS-232C, a w przypadku braku interfejsu RS istnieje możliwość skorzystania z portu USB, stosując powszechnie dostępny adapter USB-RS232/DB9. Nie oznacza to zatem, iż posiada on „złącze do komunikacji z urządzeniem min. USB”, jak tego wymaga SIWZ.

Izba stwierdza, iż powyżej określone niezgodności z SIWZ nie podlegają sanowaniu w sposób określony ustawą Pzp. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ podlega odrzuceniu, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Żadna z powyżej określonych niezgodności nie może być kwalifikowana jako omyłka, toteż nie ma możliwości poprawienia oferty w tym zakresie. Wykonawca w sposób świadomy objął treścią swojego oświadczenia woli określony sprzęt, niedopuszczalne jest zatem kwalifikowanie tej czynności jako omyłki. Dla zapewnienia zgodności oferty z SIWZ musiałby zmienić przedmiot swojej oferty w tym zakresie, co na obecnym etapie nie może mieć miejsca.

Uwzględniając powyższe, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niegodna z treścią SIWZ, potwierdził się również zarzut dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei w odniesieniu do zarzucanego naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Creator - Comm do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w części dotyczącej ceny za 3 - letni pogwarancyjny serwis w celu ustalenia czy zaoferowana oferta zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała, iż zarzut ten nie jest słuszny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dotyczy on zatem ceny oferty, tj. ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, jaką zamawiający będzie zobowiązany wykonawcy zapłacić. W niniejszej sprawie zamawiający zdefiniował przedmiot zamówienia jako dostawę tomografu komputerowego wraz z montażem, a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ. Załącznik ten nie obejmuje serwisu pogwarancyjnego. Ponadto zamawiający sprecyzował co rozumie przez cenę oferty (cena za urządzenie wraz z wyposażeniem w konfiguracji podanej w załączniku nr 2 do SIWZ). Wskazał także na sposób obliczenia ceny oferty (rozdział VI SIWZ). Nie występuje w nim serwis pogwarancyjny jako element ceny oferty. Podobnie załączony Akt Umowy – Warunki Kontraktowe (wzór) nie wskazują na serwis pogwarancyjny jako objęty przedmiotem zamówienia. § 1 Aktu Umowy określa przedmiot umowy jako dostawę tomografu komputerowego wraz z montażem, zgodnie ze złożoną ofertą na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (§ 1 ust. 3 przewiduje jedynie konieczność wskazania podmiotu, który będzie prowadził serwis gwarancyjny i pogwarancyjny przedmiotu umowy). Z kolei § 5 ust. 4 Aktu Umowy wskazuje szczegółowo, jakie elementy obejmuje Zatwierdzona Kwota Kontraktowa, która zostanie

wypłacona wykonawcy wybranemu i nie obejmuje ona serwisu pogwarancyjnego. Gdyby zatem serwis pogwarancyjny był objęty przedmiotem zamówienia, należałoby wówczas oczekiwać, iż kwestia ta zostałaby szczegółowo uregulowana tak, jak uczyniono to w odniesieniu do dostawy tomografu, aby zagwarantować sobie realność zobowiązania wykonawcy w tym zakresie (np. kary umowne). Koszt serwisu pogwarancyjnego określony został natomiast jako kryterium oceny ofert z wagą 10% oraz wskazano sposób obliczania wartości punktowej za to kryterium. Powyższe nie pozwala zatem na przyjęcie, iż koszt serwisu pogwarancyjnego podlega weryfikacji w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako dotyczącego wyłącznie ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Na marginesie jedynie można wskazać, iż tak określone kryterium, o ile treść SIWZ nie przewiduje mechanizmów gwarantujących realność zobowiązania wykonawcy, może mieć wymiar dość iluzoryczny. W niniejszym postępowaniu wykonawcy nie kwestionowali jednak kosztu serwisu pogwarancyjnego jako kryterium oceny ofert. Ponadto pozostaje to bez związku z oceną, czy doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z zarzutem odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

Przewodniczący

.....