

WYROK
z dnia 14 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 r. przez Odwołującego: TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie przy udziale wykonawcy: IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wynikającym z uwzględnionych zarzutów, w tym wezwanie wykonawcy IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy): na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, ze szczególnym uwzględnieniem ceny zaoferowanej 120 miesięcznej pełnej gwarancji dla wszystkich zaoferowanych elementów wraz z urządzeniami peryferyjnymi, oraz na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie możliwości udzielenia 120 miesięcznej pełnej gwarancji dla wszystkich zaoferowanych elementów wraz z urządzeniami peryferyjnymi w sytuacji zagwarantowania dostępności części zamiennych przez okres 5 i 8 lat,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy), i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy) na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę aparatu do radioterapii śródoperacyjnej, przeznaczonego dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „Ustawa” lub „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 października 2018 r. Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 198-447259.

I. W dniu 24 grudnia 2018 r. Odwołujący - TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na:

1. zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie jako zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie dodatkowo stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- 2.brak wezwania IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 3.brak wezwania IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym rozbieżności pomiędzy okresem pełnej udzielonej gwarancji wynoszącej 10 lat i okresem dostępności części podanym jako okres 5 lub 8 letni,
- 4.wadliwą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 3 i Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie w Warszawie, pomimo że złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym i naruszającym interes innego przedsiębiorcy, a także jest utrudnianiem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia i oferowanie świadczenia tych usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy wobec nieodrżucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie pomimo istnienia przesłanek do odrzucenia z powodu założenia oferty z ceną rażąco niską;
- 3.art. 90 Ustawy poprzez niezwrócenie się o udzielenie wyjaśnień przez IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie zaoferowanej 120 miesięcznej pełnej gwarancji, obejmującej konieczność wymiany przedmiotu zamówienia na nowy;
- 4.art. 87 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości udzielenia 120 miesięcznej pełnej gwarancji obejmującej wszystkie podzespoły zamawianego przedmiotu dostawy, podczas gdy oferent jednocześnie zagwarantował 5 letnią i 8 letnią dostępność części zamiennych;
- 5.art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z Ustawą;
- 6.innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości,
- 2.unieważnienie czynności wyboru oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie jako najkorzystniejszej,
- 3.odrzucenie oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie jako zawierającą rażąco niską cenę,
- 4.odrzucenie oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5.w konsekwencji - uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zamawiający prowadzi po raz drugi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa aparatu do radioterapii śródoperacyjnej, przeznaczonego dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu. W poprzednim postępowaniu prowadzonym pod numerem NSSU.DFP.271.5.2018.AB Zamawiający postanowił o unieważnieniu postępowania z uwagi na złożenie przez oferentów, wśród których był także IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, ofert zawierających rażąco niską cenę. W postępowaniu będącym przedmiotem odwołania zamawiający dokonał oceny wybranych ofert i postanowił wybrać ofertę IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, pomimo że zawiera ona także rażąco niską cenę a jej złożenie stanowi dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podaje, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał w pkt 13 SIWZ Warunki gwarancji i serwisu uznając to kryterium jako wysoko punktowane (20%). W Załączniku do SIWZ - Formularzu Ofertowym w sekcji GWARANCJE żądał (w pkt. 2) podania długości okresu pełnej, bez wyłączeń gwarancji dla wszystkich zaoferowanych elementów wraz z urządzeniami peryferyjnymi - przy czym okres ten musiał wynosić co najmniej 60 miesięcy. Jednocześnie Zamawiający wymagał (w pkt 3) gwarancji dostępności części zamiennych - min. 8 lat, a dla peryferyjnego sprzętu komputerowego - min. 5 lat - dopuszczając w jego przypadku wymianę na sprzęt lepszy od zaoferowanego. IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie zaoferował w postępowaniu niespotykaną w ogóle przy dostawach sprzętu medycznego pełną gwarancję wynoszącą 10 lat - 120 miesięcy. Równocześnie zagwarantował okres dostępności części zamiennych na krótszy niż gwarancja okres 8 lat dla sprzętu medycznego i 5 lat dla peryferyjnego sprzętu komputerowego. Tym samym IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie oświadczył, że

zamierza serwisować, naprawiać i wymieniać części i elementy zaoferowanego systemu, pomimo braku dostępności części zamiennych - co winno stanowić ewidentną przesłankę do wezwania go przez Zamawiającego do wyjaśnienia tej sprzeczności w ofercie, której w ocenie Odwołującego nie sposób pominąć jako istotną dla oceny rzetelności oferty i zgodności jej z SIWZ. Złożenie bowiem gwarancji na okres, w którym wiadomo jest, że nie będą dostępne części zamienne może być potraktowane jako działanie bądź pozorne, a przez to nieważne zgodnie z art. 83 KC bądź obarczone niedającą się usunąć pomyłką w ofercie, a z całą pełnością sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Odwołujący zarzuca równocześnie, że właśnie z uwagi na zapisy dotyczące gwarancji, oferta IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie winna zostać uznana za złożoną z ceną rażąco niską, a dodatkowo winna zostać uznana za stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Pomimo, że arytmetycznie oferta wybranego wykonawcy przewyższa szacowaną przez Zamawiającego kwotę jaką zamierzał on przeznaczyć na realizację zamówienia - to oferta IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, przy założeniu 120 miesięcznej pełnej gwarancji, rażąco wykracza poza dopuszczalną w praktykach rynkowych walkę konkurentów. Samo już zaoferowanie na skomplikowany sprzęt medyczny, będący źródłem promieniowania, 120 miesięcznej gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Stosownie do wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 roku (syg. KIO 692/15) „zaoferowanie stułetniego okresu gwarancji, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie zachowanie wykonawcy nie daje się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia punktacji, którą wykonawca spodziewa się uzyskać w kryterium "okres gwarancji", jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres." Odwołujący wskazuje, że choć IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie nie zaoferował gwarancji na 100 lat - to gwarancja 120 miesięcy, wykraczająca poza gwarantowaną dostępność części - winna być oceniana podobnie - jako nie dająca się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia punktacji - a więc stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Zamawiający dokonując własnej kalkulacji, z pewnością brał pod uwagę wliczenie przez oferentów w cenę sprzętu 5 letniej gwarancji, która jest jednym z najbardziej kosztochłonnych elementów wyceny oferty. W toku eksploatacji aparatu do radioterapii śródoperacyjnej ulegają bowiem z czasem uszkodzeniom ważne i drogie elementy, które wybrany oferent zobowiązał się wymieniać nieodpłatnie przez 10 lat, a to: pompy próżni (mogącej doprowadzić do wymiany całej, bardzo kosztownej, sekcji przyspieszającej), nakładek na kolimatory, aplikatorów, bolusów, płytek ochronnych oraz uzupełnianiu gazu SF6. Oferent musi też przy tak absurdalnie długim okresie gwarancji, przekraczającym nawet okres produkcji części zamiennych przez producenta, zapewnić możliwość naprawy i wymiany ulegających awarii komór monitorowych, działa elektronowego (żarnik wypala się po pewnym czasie), elektroniki (płytki sterujące - gdyż ulega uszkodzeniom wskutek działania promieniowania) silników elektrycznych, sterowanego laserowo układu dokującego (lasery mają swoją żywotność skróconą również wskutek promieniowania), systemu pozycjonowania laserowego w podstawie gammakamery, soczewki scyntylacyjnej CsI(NA) a także zewnętrznych sond promieniowania gamma do chirurgii otwartej i laparoskopii. Wszystkie te elementy, które Odwołujący działający na tym samym rynku podaje przykładowo i niewyczerpująco na podstawie wieloletnich doświadczeń i ich ewentualną wymianę (nawet wielokrotną), wybrany oferent musiał wliczyć w koszt gwarancji. Każde przedłużenie standardowej gwarancji, wynoszącej od 24 - 48 miesięcy, zwielokrotnia ryzyko awarii lub wyeksploatowania, a co za tym - poniesienia dodatkowego kosztu, a więc powoduje, że gwarancja drożeje. Zarówno Zamawiający powinien mieć świadomość tej oczywistej okoliczności jak i IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, który w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zaoferował to samo urządzenie z gwarancją 60 miesięcy.

Dowód: - wyciąg z oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie w postępowaniu NSSU.DFP.271.5.2018.AB

Odwołujący stwierdza, że IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie prowadzi na rzecz podmiotów eksploatujących oferowany w niniejszym postępowaniu sprzęt serwis pogwarancyjny, a jego koszt wycenia na 412.800,00 zł netto za okres jednego roku.

Dowód: - wyciąg z oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie dla Wielkopolskiego Centrum Onkologii Ni postępowania P-8/231/2018

Powoduje to, że w niniejszym postępowaniu [cena] skalkulowana została w ten sposób, że albo nie doliczono kosztu urządzenia, albo zaoferowano darmową gwarancję. Obie te sytuacje są niedopuszczalne w zamówieniach publicznych i stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia była dostawa także wyposażenia dodatkowego w postaci systemu radionawigacji śródoperacyjnej oraz systemu dozymetrii. Zarówno IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie jak i Odwołujący w celu złożenia oferty i realizacji umowy zmuszeni są pozyskać system radionawigacji

śródooperacyjnej od firmy zewnętrznej, jedyne go przedstawiciela producenta autoryzowanego na Polskę - Wolfmed Sp. z o.o. z Krakowa. Oznacza to, że cena urządzenia musi zostać dodatkowo pomniejszona o wartość 980.678,00 zł, gdyż na 553.710,00 zł netto wyceniany system radionawigacji śródooperacyjnej, oraz koszt jego dodatkowej gwarancji wyniesie nie mniej niż 426.968,00 PLN (ok 10% wartości sprzętu za każdy rok, zgodnie z ofertą autoryzowanego dystrybutora).

Dowód: - oferta Wolfmed Sp. z o.o. z 17.11.2018 dla systemu Sentinella w konfiguracji dla niniejszego postępowania przetargowego,

Jednocześnie, co także istotne i dodatkowo potwierdzające rażąco niską cenę i działanie nieuczciwej konkurencji, IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie wskazała na stronie 19 tabeli oferty w sekcji SERWIS w pkt 13 - Struktura serwisowa, że zamierza powierzyć całość serwisu podmiotowi zewnętrznemu, w sposób gwarantujący „realizację wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji” - firmie Wolfmed Sp. z o.o. z Krakowa. Należy domniemywać, że Wolfmed Sp. z o.o., nie działając nieodpłatnie, wystawiać będzie przez 10 lat na IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie faktury obejmujące ich czynności serwisowe, poza wszystkimi koniecznymi do zakupu częściami, o których mowa wyżej - co także musi stanowić dodatkowy koszt, którego IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie w sposób nieuczciwy nie wliczył w ofercie, pragnąc wyeliminować Odwołującego z możliwości zdobycia zamówienia.

Zastosowana przez IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie próba zdobycia zamówienia za wszelką cenę stanowi dość standardowy przykład działania sprzecznego z dobrymi obyczajami i równocześnie zmierza do utrudniania innym przedsiębiorcom (tu Odwołującemu - jednemu konkurentowi występującemu także w poprzednim postępowaniu) dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia i oferowanie świadczenia tych usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji konkurencji - czym wypełnia znamiona zarówno art. 3 jak i 15 ust. 1 pkt 1 op. cit. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. [Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2013 r., KIO 267/13]. Działanie takie jest także naganne z uwagi na fakt, że zaoferowanie przez Wykonawcę 10 letniej gwarancji należy poczytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres - co także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, stosownie do wyroku KIO z dnia 23 marca 2016 r. (sygn. KIO 369/16). Zamawiający zobowiązany był więc do odrzucenia oferty złożonej przez IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i ewidentnie zmierza do wyeliminowania Odwołującego jako konkurencji w tym postępowaniu. [Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2017 r., KIO 102/17].

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 31 grudnia 2018 r. wykonawca IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 8 stycznia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 3, 4, 5 i 6. Działając z ostrożności procesowej Zamawiający doprecyzował, iż w zakresie zarzutu nr 6 uwzględnia odwołanie jedynie w takim zakresie, w jakim jest on spójny z zarzutami nr 3, 4 i 5. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w odniesieniu do zarzutów nr 1 i 2, które uznał za przedwczesne i bezprzedmiotowe.

IV. Pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. wykonawca IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy) zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

V. Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 11 stycznia 2019 r. Odwołujący złożył do protokołu ustne oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania w zakresie, w jakim nie zostały one uwzględnione przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (Niemcy) (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dokumenty złożone przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła, iż istotne dla sprawy okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu Postępowania, wskazywane przez Odwołującego i Przystępującego, znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania i nie są sporne.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 90 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie się o udzielenie wyjaśnień przez IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie zaoferowanej 120 miesięcznej pełnej gwarancji, obejmującej konieczność wymiany przedmiotu zamówienia na nowy [zarzut nr 3] – zarzut uznany za zasadny.

W odniesieniu do powyższego zarzutu należy na wstępie poczynić pewne uwagi dotyczące regulacji zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przepisie tym wprawdzie wprost został sformułowany obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty [„zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”], jednakże wskazując okoliczności, w jakich obowiązek ten aktualizuje się, ustawodawca odwołał się zarówno do okoliczności o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym, które ponadto zostały połączone spójnikiem koniunkcji („i”). Okoliczności o charakterze obiektywnym, tj. niezależne od przekonania samego zamawiającego: „cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Okoliczności o charakterze subiektywnym, tj. wynikające z przekonania samego zamawiającego: „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”. Zatem na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym.

W stanie faktycznym niniejszej sprawie z pewnością ziściła się przesłanka występowania po stronie Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, albowiem w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Odwołującego Zamawiający uwzględnił odwołanie między innymi w zakresie zarzutu nr 3. Oznacza to zatem, iż Zamawiający zgadza się z Odwołującym co do występowania przesłanek wystosowania wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w tym występowania po jego stronie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie wystąpiła również druga przesłanka wystosowania wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Należy w tym zakresie wskazać w szczególności na informacje uzyskane przez Zamawiającego w ramach przeprowadzania rozeznania rynku, przy uwzględnieniu również cen zaoferowanych w poprzednim postępowaniu – mając na uwadze różnice co do okresu oferowanych gwarancji. Jak bowiem wynika z dokumentacji Postępowania w ramach dodatkowego rozeznania rynku zwrócono się do obydwu wykonawców, którzy brali udział w poprzednim postępowaniu, o przedstawienie aktualnej wyceny aparatu do radioterapii śródoperacyjnej, objętego przedmiotem poprzedniego postępowania. W skierowanym do wykonawców zapytaniu Zamawiający zawarł wytyczne co do uwzględnienia w ramach wyceny min. 5 – letniej gwarancji. W odpowiedzi na ww. zapytanie Przystępujący, uwzględniając 5-letni okres gwarancji, podał cenę 6 911 390,00 PLN, co znacznie przewyższa cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę w Postępowaniu, uwzględniającą 10-letni okres gwarancji. W przypadku drugiego wykonawcy cena zaoferowana w odpowiedzi na zapytanie w ramach rozeznania rynku oraz cena zaoferowana w Postępowaniu są na zbliżonym poziomie, a nadto zarówno w pierwszym jak i drugim przypadku przewidziano okres gwarancji wynoszący 60 miesięcy. Wprawdzie cena zaoferowana przez Przystępującego w Postępowaniu jest wyższa od ceny ostatecznie zaoferowanej w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże ta druga cena została uznana za rażąco niską, a ponadto w poprzednim postępowaniu oferta Przystępującego uwzględniała 5 – letni okres gwarancji. W świetle ww. okoliczności wątpliwości Zamawiającego należy uznać za uzasadnione. Wymaga przy tym podkreślenia, iż wezwanie wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Jeżeli bowiem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przedstawi przekonujące wyjaśnienia, zaoferowana przez niego cena nie zostanie uznana za rażąco niską, a jego oferta nie będzie podlegać odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 87 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości udzielenia 120 miesięcznej pełnej gwarancji obejmującej wszystkie podzespoły zamawianego przedmiotu dostawy, podczas gdy oferent jednocześnie zagwarantował 5 letnią i 8 letnią

dostępność części zamiennych [zarzut nr 4] – zarzut uznany za zasadny.

Na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał zamawiającemu uprawnienie do żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający ma prawo upewnić się, czy zakupiony przez niego sprzęt będzie odpowiadał wymaganiom określonym w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie wystąpiły wątpliwości w treści oferty Przystępującego, uzasadniające wystosowanie do niego wezwania o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z treści oferty Przystępującego wynika, że okres gwarancji dostępności części zamiennych nie pokrywa się z okresem pełnej, bez wyłączeń, gwarancji dla wszystkich zaoferowanych elementów wraz z urządzeniami peryferyjnymi. Przystępujący dokonał modyfikacji parametru gwarancji dostępności części zamiennych w stosunku do jego opisu sporządzonego przez Zamawiającego. Okres gwarancji dostępności części zamiennych określony przez Zamawiającego jako min. 8 lat oraz min. 5 lat został przez Przystępującego podany jako 8 lat oraz 5 lat (usunięto „min” przed „8 lat” oraz „5 lat”). W ocenie składu orzekającego Izby ww. sposób modyfikacji opisu tego parametru przez Przystępującego wywołuje wątpliwości co do treści oferty tego wykonawcy w odniesieniu do możliwości udzielenia 120 miesięcznej pełnej gwarancji dla wszystkich zaoferowanych elementów wraz z urządzeniami peryferyjnymi. Pojawia się pytanie o przyczyny dokonania ww. modyfikacji w miejsce potwierdzenia spełniania wymogu postawionego przez Zamawiającego, a tym bardziej w zestawieniu z oświadczeniem dotyczącym okresu pełnej gwarancji, tj. wynoszącym 120 miesięcy. Ww. wątpliwości - których występowanie przyznał również Zamawiający, skoro uwzględnił zarzuty odwołania w tym zakresie – czynią koniecznym wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z ustawą Pzp [zarzut nr 5] – zarzut uznany za zasadny.

Uwzględnienie ww. zarzutu stanowi konsekwencję uznania za zasadne zarzutów nr 3 i 4.

Zarzut naruszenia innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania został przez Izbę uznany za niedostatecznie określony i jako taki nie podlegał rozpoznaniu.

Ponadto wymaga wskazania, iż na rozprawie przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż nie kwestionuje samego 10-letniego okresu pełnej gwarancji oferowanej przez Przystępującego (a jedynie to, że nie odpowiada mu cena oferty Przystępującego). Mając to na uwadze Izba uznała, iż w zakresie samego okresu pełnej gwarancji oferowanej przez Przystępującego zarzuty odwołania nie zostały przez Odwołującego podtrzymane.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: