Sygn. akt: KIO 447/19

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2019 r. przez wykonawcę: 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. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie kwotę 985 zł 00 gr (słownie: dziewięćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz dojazdu na rozprawę.

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: ……

Sygn. akt: KIO 447/19

U z a s a d n i e n i e

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. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 198-447259.

I. W dniu 14 marca 2019 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 Dusseldorfie jako zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie dodatkowo stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie z uwagi na brak złożenia przez wykonawcę wyjaśnień zgodnych z wezwaniem Zamawiającego z dnia 31.01.2019 r.,
3. zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie gwarancji udzielanej na elementy stanowiące części przedmiotu zamówienia oraz gwarancji dostępności części - systemu komputerowego stacji roboczej HP oraz

sprzętu dozymetrycznego Canberra Packard,

4.zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganego parametru technicznego ruchu głowicy terapeutycznej o trzech stopniach swobody,

5.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 ustawy Pzp 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 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wobec nieodrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie pomimo istnienia przesłanek do odrzucenia z powodu złożenia oferty z ceną rażąco niską, w tym braku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 31.01.2019 roku, w szczególności niepełnej kalkulacji ceny oferty nie zawierającej w ogóle systemu komputerowego stacji roboczej HP, a w zakresie sprzętu dozymetrycznego Canberra Packard, którego okres gwarancji wynosi zgodnie z dokumentacją przedłożoną przez Wykonawcę odpowiednio 5 lat - ceny dodatkowej 5 letniej gwarancji,

3.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec nieodrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie pomimo zaoferowania przez Wykonawcę w postępowaniu urządzenia Mobetron, które nie spełnia wymogu określonego w pkt 16 tabeli 1a załącznika do SIWZ - ruchu głowicy terapeutycznej o trzech stopniach swobody,

4.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,

5.innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie jako najkorzystniejszej,

2.odrzucenie oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie jako niespełniającej wymogów SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę,

3.odrzucenie oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4.w konsekwencji - uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący 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 (dalej „IntraOp"), ofert zawierających rażąco niską cenę. W postępowaniu będącym przedmiotem odwołania zamawiający dokonał oceny wybranych ofert i postanowił wybrać ofertę IntraOp. Po przeprowadzeniu postępowania przed KIO Zamawiający unieważnił czynność wyboru i wezwał wykonawcę IntraOp do złożenia szeregu wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp, w tym w kwestii wyjaśnienia spraw merytorycznych oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności kalkulacji ceny. Po złożeniu wyjaśnień przez IntraOp Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty tego wykonawcy, czym naruszył przepisy ustawy Pzp wobec konieczności odrzucenia oferty IntraOp. Odwołujący podaje, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający powinien odrzucić ofertę IntraOp z kilku powodów.

Oferta IntraOp nie spełnia wymogów, jakich wypełnienia Zamawiający żądał w SIWZ.

Zamawiający w pkt 16 Załącznika 1a do SIWZ żądał, by przedmiot zamówienia - aparat do radioterapii śródoperacyjnej - spełniał warunek techniczny: „głowica terapeutyczna o trzech stopniach swobody. Zamawiający wymagał potwierdzenia wszystkich oferowanych wartości w złożonych na wezwanie materiałach informacyjnych. Oferowane w tym przetargu

przez IntraOp urządzenie nie posiada głowicy teraupeutycznej o trzech stopniach swobody. W złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego wyjaśnieniach w piśmie z dnia 27 lutego 2019 r. IntraOp deklaruje, że głowica oferowanego urządzenia posiada 3 stopnie swobody ruchu - jednak z załączonej przez IntraOp deklaracji w języku angielskim z dnia 26 lutego 2019r. wynika jednoznacznie co innego.

W dokumencie tym znajduje się określenie (punkt 4.):

"4. The Mobetron'sgantry has five independent degrees of freedom - rotation, tilt, vertical (up- down), lateral (left-right) and longitudinal (in-out). For more details please refer to Section 4.0 of Mobetron Specification."

IntraOp błędnie tłumaczy z języka angielskiego określenie „Mobetron's gantry" na „Głowica terapeutyczna". Słowo gantry, brzmiące identycznie w języku polskim (oznaczające słownikowo suwnicę) jest w rzeczywistości korpusem całego urządzenia, do którego przymocowana jest głowica terapeutyczna („head"). Producent w swoim wyjaśnieniu oraz w materiałach informacyjnych jednoznacznie wskazuje, że urządzenie Mobetron posiada 3 zakresy ruchomości gantry i 2 zakresy ruchomości głowicy - co oczywiście nie potwierdza wymogu Zamawiającego dotyczącego 3 stopni swobody głowicy terapeutycznej.

Dowód 1:

–ulotka informacyjna Mobetron,
–Deklaracja Producenta Mobetron

Odwołujący wskazuje, że element głowicy terapeutycznej jest kluczowym elementem akceleratora i jego swobodny zakres ruchu w 3 osiach ma istotne znaczenie dla precyzji pracy urządzenia.

Dowód 2:

–wyjaśnienia graficzne Odwołującego.

Już wyłącznie z tego powodu Zamawiający powinien odrzucić ofertę IntraOp.

Dodatkowo Odwołujący podaje, że w postępowaniu Zamawiający jako wysoko punktowane kryterium oceny ofert wskazał w SIWZ Warunki gwarancji i serwisu. IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie zaoferował w postępowaniu niezwykle długi okres gwarancji wynoszący 10 lat - 120 miesięcy. Gwarancja ta ma charakter absolutny i dotyczy wszystkich elementów przedmiotu postępowania - urządzenia głównego, urządzeń dodatkowych, oprogramowania i stacji bazowych. Równocześnie zagwarantował okres dostępności części zamiennych na krótszy niż gwarancja - okres 8 lat dla sprzętu medycznego i 5 lat dla peryferyjnego sprzętu komputerowego. Zamawiający wezwał IntraOp do wyjaśnienia tych rozbieżności, lecz w ocenie Odwołującego wykonawca ten nie sprostał żądaniu Zamawiającego. O ile wykazał on dostępność części dla urządzenia Mobetron oraz potwierdził 10 letnią gwarancję dla urządzeń dostarczanych przez Wolfmed (gamma kamera), to w zakresie stacji bazowej w ogóle nie wykazał dostępności części, a dla systemu dozymetrycznego dostarczanego przez Canberra Packard wskazał 6 letni okres gwarancji nie dokumentując ani gwarancji, ani dostępności części. Odwołujący nie przyjmuje przy tym argumentacji IntraOp, że wskazany przez IntraOp w pkt 3 tabeli „Warunki gwarancji, serwisu i szkolenia" okres 8 letni i 5 letni korespondują z 10 letnim okresem gwarancji, jaki udziela IntraOp. Odwołujący zarzuca, że IntraOp nie jest producentem stacji bazowych HP i systemów dozymetrycznych Canberra Packard i składane przez niego zobowiązanie do naprawy lub wymiany na nowy uszkodzonego sprzętu może być niewykonalne, gdyż nie posiada on ani gwarancji, ani zapewnienia dostępności części zamiennych - do wykazania czego Zamawiający IntraOp wzywał.

Równocześnie Odwołujący zarzuca, 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.

Oferta wybranego wykonawcy rażąco wykracza poza dopuszczalną w praktykach rynkowych walkę konkurentów. Zamawiający dokonując własnej kalkulacji brał pod uwagę wliczenie przez oferentów w cenę sprzętu 5 letniej gwarancji, słusznie uznając, że jest to jeden z najbardziej kosztochłonnych elementów wyceny oferty, zwłaszcza gdy gwarancja ma dotyczyć dostarczanych wszystkich elementów niezależnie od tego, czy są one produkowane przez jednego czy też wielu producentów. W toku eksploatacji aparatu do radioterapii śródoperacyjnej zawsze z upływem czasu ulegają 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 bardzo długim okresie gwarancji, zapewnić możliwość naprawy i wymiany ulegających awarii komór monitorowych, działa elektronowego (żarnik wypala się po pewnym czasie), elektroniki (płytki sterującej - 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 nie wyczerpująco 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.

Zamawiający, szacując wartość zamówienia brał pod uwagę koszt urządzenia z 5 letnim okresem gwarancji, który IntraOp wliczył w pierwszym postępowaniu, w którym Zamawiający uznał złożone oferty za zawierające rażąco niską cenę. IntraOp został więc wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie wraz z żądaniem rozbicia ceny oferty i podanie kosztu gwarancji 10 letniej.

Dowód 3:

–wyciąg z oferty IntraOp Europę GmbH z siedzibą w Dusseldorfie w postępowaniu NSSU.DFP.271.5.2018.AB oraz ostateczna cena z protokołu z aukcji elektronicznej.
–wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w aktach postępowania,
–wyliczenie Zamawiającego dot. szacunkowej wartości zamówienia - w aktach postępowania.

IntraOp nie tylko nie wykazał w ogóle tego kosztu w stosunku do wszystkich elementów oferty, ale nawet nie dokonał rozbicia ceny sprzętu oferowanego przez producenta - powiązanego z wykonawcą. Odwołujący podaje, że wykonawca IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, wpisany do niemieckiego rejestru handlowego pod nr HRB 77423 jest powiązany kapitałowo z producentem IntraOp Medical Corporation z siedzibą w Sunnyvale, USA (100% udziałów w IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie]- więc oświadczenia wykonawcy dotyczące otrzymania korzystnej oferty z darmową gwarancją należy traktować jako przykład niedozwolonych praktyk handlowych w ramach grupy kapitałowej.

Dowód 4:

–§ 5 umowy spółki IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie pozyskanej z niemieckiego Rejestru Handlowego,

Wykonawca ograniczając się do podania ceny sprzętu i oświadczenia, że w jego cenie jest koszt 10 letniej gwarancji otrzymanej od producenta - bez rozbicia ceny urządzenia, zgodnie z żądaniem Zamawiającego - na urządzenie i koszt gwarancji, potwierdził wyłącznie rażąco niską cenę i czyn nieuczciwej konkurencji. Uznać należy bowiem, ze cena IntraOp w niniejszym postępowaniu skalkulowana została w ten sposób, że zaoferowano darmową gwarancję, której koszt w normalnym toku postępowania byłby wyceniony na około 2 miliony złotych. IntraOp prowadzi bowiem 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 5:

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

Dodatkowy koszt gwarancji wydłużonej w ofercie IntraOp z 5 do 10 lat musi kosztować co najmniej około 1,5 - 2 milionów złotych, gdyż w okresie tym ryzyko usterek jest coraz większe i wykonawca musi liczyć się z koniecznością drogich napraw.

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 byli pozyskać system systemu radionawigacji śródoperacyjnej od firmy zewnętrznej, jedynego przedstawiciela producenta autoryzowanego na Polskę - Wolfmed Sp. z o.o. z Krakowa, a także systemy innych dostawców - takich jak Canbera Packard oraz HP.

Już z dokumentacji przedstawionej przez samego Wykonawcę IntraOp wynika w sposób oczywisty, że składając ofertę nie wkalkulował w nią kosztu wydłużonej gwarancji. Zarówno Wolfmed, jak i Canbera Packard zaoferowali 5 letnią gwarancję. Spółka Woflmed przy tym w swojej ofercie wyceniła oferowane urządzenie z 24 miesięczną gwarancją, a koszt gwarancji od 3 do 5 roku podała jako 30 % wartości, a Canbera Packard w ogóle nie zaoferowała dodatkowej gwarancji. Dopiero po wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2019 r. IntraOp zwrócił się do dostawcy Wolfmed o podanie kosztu gwarancji od 5 do 10 roku i otrzymał w dniu 5 marca odpowiedź, że koszt ten to „szacowanie ryzyka" i wynosi 15% rocznie czyli dodatkowo 75% wartości urządzenia. Wartość więc tylko jednego z czterech elementów wyposażenia

dodatkowego musi zostać obliczona jako nie 576.534,30 zł, ale jako cena powiększona o 105% czyli o dodatkowe 605.631,02 zł.

Dowód 6:

- oferta Wolfmed Sp. z o.o. dla IntraOp z 16.11.2018 dla systemu Sentinella w konfiguracji dla niniejszego postępowania przetargowego
- email Wolfmed z dnia 5 marca 2019 r. (w nagłówku wskazany jako 5 luty)
- oferta Canberra Packard Sp. z o.o. dla IntraOp.

Działanie podmiotów zewnętrznych obrazuje więc standardowy koszt wydłużonej gwarancji ocenianej jako 10-15% wartości sprzętu rocznie, co koresponduje z ofertą IntraOp dla Wielkopolskiego Centrum Onkologii, o której mowa wyżej. Oznacza to i dowodnie wykazuje, ze IntraOp nie wliczył w swojej ofercie kosztu gwarancji, zmierzając do wygrania postępowania za wszelką cenę. Zastosowana przez IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie próba zdobycia zamówienia poniżej kosztów stanowi dość standardowy przykład działania sprzecznego z dobrymi obyczajami i równocześnie zmierza do utrudniania innym przedsiębiorcom (tu Odwołującemu - jedynemu 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. Jak wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza „niedokonywanie kalkulacji podanych cen pod kątem ich realności kosztów, czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia, tylko pod kątem wygrania przetargu, potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców" (tak wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013, KIO 267/13). Działanie takie jest także naganne z uwagi na fakt, że zaoferowanie przez Wykonawcę 10 letniej gwarancji „wliczonej w cenę" 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).

Równocześnie, 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 Nucmed Sp. z o.o. z Warszawy oraz Wolfmed Sp. z o.o., z Krakowa. Należy domniemywać, że Nucmed Sp. z o.o. Wolfmed Sp. z o.o. nie działając nieodpłatnie, wystawiać będzie przez 10 lat faktury obejmujące ich czynności serwisowe, poza wszystkimi koniecznymi do zakupu częściami, o których mowa wyżej - co także musi stanowić dodatkowy koszt, którego IntraOp w sposób nieuczciwy nie wliczył w ofercie, pragnąc wyeliminować Odwołującego z możliwości zdobycia zamówienia. Kosztu tego IntraOp nie wykazał w kalkulacji w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokładnie tak samo jak kosztu gwarancji Canberra Packard Sp. z o.o., kosztu gwarancji HP, a także w ogóle kosztu oprogramowania Radiance v4.0 firmy GMV Soluciones Globales Internet S.A.U. oraz jego gwarancji.

W ocenie Odwołującego IntraOp zaniżył swoją ofertę, korzystając z oferty swojej spółki „matki" oraz nie wliczając kosztów gwarancji i nie podając kosztów oprogramowania, o co najmniej 2 miliony złotych.

Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez IntraOp, gdyż jej złożenie, poza oczywistą niezgodnością jej treści z wymogami SIWZ, o której mowa wyżej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i ewidentnie zmierza do wyeliminowania Odwołującego jako konkurencji w tym postępowaniu. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2017 (sygn. KIO 102/17) „Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców". Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez IntraOp ewidentnie zmierza więc do wyeliminowania Odwołującego jako konkurencji w tym postępowaniu - co potwierdza KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2017 (sygn. KIO 102/17).

II. Pismem z dnia 28 marca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o pozostawienie zarzutów uznanych za spóźnione bez rozpoznania i oddalenie odwołania w całości.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 18 marca 2019 r. wykonawca IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Düsseldorfie (dalej jako „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego. Dodatkowe stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 29 marca 2019 r. W obydwu ww. pismach Przystępujący stwierdził, iż w jego ocenie zarzuty odwołania należy uznać za spóźnione, a na wypadek odmiennego stanowiska Izby wskazał na ich bezzasadność.

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 odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (wobec nieodrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie pomimo zaoferowania przez Wykonawcę w postępowaniu urządzenia Mobetron, które nie spełnia wymogu określonego w pkt 16 tabeli 1a załącznika do SIWZ - ruchu głowicy terapeutycznej o trzech stopniach swobody) – podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ww. zarzut Izba uznała za spóźniony, albowiem jak wynika z pisma Odwołującego z dnia 30 stycznia 2019 r. informację co do możliwej niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w ww. zakresie Odwołujący powziął na podstawie treści oferty Przystępującego („po zapoznaniu się z ofertą firmy Intra Op złożoną w niniejszym postępowaniu"), a zatem zarzut ten winien zostać podniesiony w ramach odwołania wobec pierwszej czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej (odwołanie z dnia 24 grudnia 2019 r.). Nie mogło znaleźć akceptacji Izby tłumaczenie Odwołującego, iż dopiero po uzyskaniu przez Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień Przystępującego na skutek złożenia przez niego (Odwołującego) ww. pisma z dnia 30 stycznia 2019 r. uzyskał on pewność co do zasadności przedmiotowego zarzutu. Jeżeli bowiem Odwołujący składając pismo z dnia 30 stycznia 2019 r. istotnie miał jedynie wątpliwości w ww. zakresie, to jednak wobec faktu, iż wątpliwości te powziął na podstawie treści oferty Przystępującego, pismo informujące Zamawiającego o prawdopodobnej niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ winno zostać skierowane do Zamawiającego w ramach pierwotnej czynności badania i oceny ofert, przed dokonaniem pierwszej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

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.

Rozpoznając odwołanie Izba oparła się na treści dokumentacji Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego. Dodatkowo, w poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, złożone przez Zamawiającego na rozprawie oraz złożone przez Przystępującego wraz pismem stanowiącym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie (załączniki do pisma z dnia 29 marca 2019 r.)

Izba ustaliła, iż istotne dla sprawy okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu Postępowania, wskazywane przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego, znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania i nie są sporne. W szczególności Izba ustaliła, iż:

Pismem z dnia 31 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co było wynikiem wydania przez Izbę wyroku z dnia 14 stycznia 2019 r. (KIO 2648/19).

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 5 lutego 2019 r. składając wyjaśnienia wraz z załączonymi do nich dowodami.

W dniu 4 marca 2019 r. Zamawiającym poinformował o powtórnym wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutów, w jakim nie podlegało odrzuceniu, nie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając twierdzenia o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego Odwołujący w dużym stopniu odwoływał się do informacji i okoliczności dotyczących innych postępowań o udzielenie zamówienia, w tym poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na ten sam przedmiot. W związku z tym, należy w tym miejscu poczynić uwagę, iż tego typu informacje mają znaczenie przede wszystkim dla powzięcia przez zamawiającego decyzji o konieczności wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty na gruncie regulacji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w przypadku wystosowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, podstawowe znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień. Dokonując natomiast oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę należy mieć na względzie w szczególności treść wezwania sformułowanego przez zamawiającego.

Mając na uwadze treść wezwania Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2019 r. skierowanego do Przystępującego Izba doszła do przekonania, iż dotyczyło ono przede wszystkim elementu 120 miesięcznej pełnej gwarancji. W pierwszym zdaniu fragmentu wezwania wystosowanego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie zaoferowanej 120 miesięcznej pełnej gwarancji obejmującej konieczność wymiany przedmiotu zamówienia na nowy. Wprawdzie w ostatnim zdaniu wezwania jest również mowa o wykazaniu czynników wpływających na obliczenie ceny, jednakże takie sformułowanie jest bardzo ogólne, a przede wszystkim nie jest wystarczająco precyzyjne, aby móc stwierdzić, iż Przystępujący obowiązany był do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny swojej oferty, obejmującej wszystkie elementy składowe ceny. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, iż wykonawcę obciąża obowiązek udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie, a jakim treść tego wezwania jest jasna i precyzyjna. W konsekwencji stawianie Przystępującemu zarzutów dotyczących nieuwzględnienia w treści swoich wyjaśnień z dnia 5 lutego 2019 r. innych elementów przedmiotu zamówienia, wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie, Izba uznała za niezasadne, w kontekście ustalonej treści wezwania z dnia 30 stycznia 2019 r.

Odpowiadając na ww. wezwanie pismem z dnia 5 lutego 2019 r. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, w tym kalkulację ceny w rozbiciu na podstawowe elementy, tj. akcesoria dozymetryczne, urządzenie do radionawigacji śródoperacyjnej oraz aparat do radioterapii śródoperacyjnej. W odniesieniu do drugiego i trzeciego z ww. elementów przedstawił informacje dotyczące 10 – letniej gwarancji (w przypadku urządzenia do radionawigacji śródoperacyjnej – w rozbiciu na 2 – letnią gwarancję i wydłużenie gwarancji na okres 8 lat). Do wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci: oferty producenta aparatu do radioterapii śródoperacyjnej wraz z dodatkowym oświadczeniem producenta, oferty Wolfmed sp. z o.o. na urządzenie i gwarancję wraz z wiadomością email dotyczącą warunków przedłużenia okresu gwarancji, oferty Canberra Packard sp. z o.o. oraz dokumentu zatytułowanego kalkulacja kosztów oferty przetargowej. Z przedstawionej oferty producenta oraz dodatkowego oświadczenia producenta wynika, iż w cenę tej oferty wliczono 10 – letnią gwarancję. Oferta Wolfmed wraz z załączoną wiadomością email potwierdza informacje dotyczące uwzględnienia w kwocie sprzętu okresu 2-letniej gwarancji oraz kosztów zwiększenia gwarancji do 8 lat (3.rok – 8%, 4. rok – 10%, 5. rok – 12%, 6. – 10. rok – po 15%). Natomiast informacje co do okresu gwarancji na akcesoria dozymetryczne wynikają z załączonej do wyjaśnień oferty Canberra Packard. Istotnie, oferta ta dotyczy okresu 5 letniego, a nie 10 letniego. W tym zakresie Przystępujący oświadczył, że będzie go obciążać ryzyko w zakresie pozostałego okresu 5-letniego i nawet gdyby zachodziła konieczność wymiany sprzętu na nowy to będzie to koszt nieznaczny. W ocenie składu orzekającego mamy tu do czynienia z niewątpliwym brakiem w kalkulacji Przystępującego. Uwzględniając jednak poziom zysku zakładany przez Przystępującego (tj. 7,3%), jak i okoliczność, iż mamy w tym zakresie do czynienia z szacowaniem na podstawie przeprowadzonej przez danego wykonawcę analizy ryzyka, zdaniem Izby ww. brak nie może stanowić wystarczającego powodu do uznania, iż cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. W ocenie składu orzekającego Izby, mając na względzie właśnie tę okoliczność, iż w przypadku szacowania kosztów gwarancji wykonawcy opierają się na dokonywanych analizach ryzyka, za wystarczające w zakresie kosztów gwarancji należy w niniejszej sprawie uznać wyjaśnienia odnoszące się do podstawowych (pod względem wpływu na cenę) elementów składających się na przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wykazał, iż pozostałe elementy, na które wskazywał w odwołaniu, mają taki charakter w kontekście przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie. Zdaniem Izby ciężar dowodu obciążał w tym zakresie Odwołującego, w szczególności mając na uwadze fakt, iż Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające.

Odnosząc się do kwestii okresu gwarancji zaoferowanego przez Przystępującego w kontekście zarzucanego mu przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, należy wskazać, iż sam Odwołujący przyznał, iż udzielenie 10-letniej gwarancji nie jest niedopuszczalne, lecz jej koszt winien zostać uwzględniony w kalkulacji ceny. Odmienne stanowisko byłoby nie do zaakceptowania na gruncie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których sam Zamawiający określił jako dopuszczalne zaoferowanie ww. okresu gwarancji. Jak wskazano powyżej, w ocenie składu orzekającego Izby z treści wyjaśnień Przystępującego nie wynika, iż koszt 10-letniej gwarancji został przez Przystępującego zaniżony i tym samym brak było podstaw do stwierdzenia popełnienia przez tego wykonawcę zarzucanego mu czynu nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie uwzględnia w cenie kosztu sprzętu okresu 10-letniej gwarancji Przystępujący przedstawił oświadczenie producenta. Kwestionowanie treści oświadczenia producenta tylko z tego powodu, iż posiada on 100% udziałów w spółce będącej Przystępującym, Izba uznała za niezasadne. Ponadto, z treści ww. oświadczenia producenta wynika, iż złożona oferta uwzględnia dostęp do części zamiennych i zapasowych przez co najmniej 10 lat od momentu odbioru urządzenia przez klienta. W ocenie składu orzekającego Izby, mając na uwadze treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego pismem z dnia 5 lutego 2018 r., nie przeczy temu sposób wypełnienia przez Przystępującego trzeciego wiersza formularza stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ w części „Warunki gwarancji, serwisu i szkolenia”, co w świetle ww. wyjaśnień należy odczytywać jako potwierdzenie wymogu

postawionego w tym zakresie przez Zamawiającego. Dodatkowo odnosząc się do zawartego w odwołaniu twierdzenia, iż „zobowiązanie do naprawy lub wymiany na nowy uszkodzonego sprzętu może być niewykonalne gdyż nie posiada on [Przystępujący] ani gwarancji, ani zapewnienia dostępności części zamiennych" (dotyczy innego sprzętu niż sprzęt objęty ww. oświadczeniem producenta), należy wskazać, iż Przystępujący zaciąga w tym zakresie zobowiązanie, które wykonanie będzie podlegać ocenie na etapie realizacji umowy. Izba nie dokonywała oceny kwestii nieudzielenia przez Przystępującego w wystarczający sposób odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem w tym zakresie nie został postawiony zarzut (w odwołaniu zarzut niewystarczającej odpowiedzi na wezwanie dotyczył naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

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. 3 pkt 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……