Sygn. akt KIO 195/20

WYROK

z dnia 14 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 12 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2020 r. przez odwołującego: Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Polna 11, 00-633 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie (ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków)

przy udziale wykonawcy: BRAINOMIX LIMITED z siedzibą w Oxfordzie (Suffolk House Suites 11-14, 263 Banbury Road Oxford OX2 7HN, Wielka Brytania) zgłaszającego udział do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Polna 11, 00-633 Warszawa) 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 odwołującego: Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie_na rzecz zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie kwotę 1285 zł 00 gr (słownie jeden tysiąc dwieście osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną tytułem kosztów dojazdu w kwocie 1200 zł i kosztów opłaty skarbowej w kwocie 85 zł.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt KIO 195/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub PZP] przez zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie, którego przedmiotem jest „Dostawa licencji wraz z wdrożeniem systemu informatycznego służącego do post-processingu obrazowania mózgu u chorych na udar niedokrwienny mózgu", nr DFP.271.50.2019.LS. Ogłoszenie w Dz. Urz. UE nr 430117- 2019 z dnia 2019-09-13 r. Odwołujący - Medtronic Poland Sp. z o.o. z Warszawy (wykonawca Medtronic) zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a - skierowanie do BRAINOMIX LIMITED z siedzibą w Oxfordzie (wykonawca Brainomix) ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, pomimo tego, że składając pierwotne wyjaśnienia, które były niepełne i ogólnikowe, wykonawca Brainomix nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi o którym mowa w art. 90 ust. 2 p.z.p.,

2. art. 90 ust. 3 - zaniechanie odrzucenia oferty Brainomix, pomimo tego, że Brainomix nie złożyło skutecznie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, gdyż przedłożone pierwotnie wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i niepoparty dowodami, a przedłożona pierwotnie kalkulacja zawiera liczne błędy obliczeniowe, logiczne i nieścisłości, powodujące, że nie można uznać ich za wyjaśnienie ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, co oznacza, że wykonawca Brainomix nie udzielił wyjaśnień,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 - zaniechanie odrzucenia oferty Brainomix, pomimo że cena zaproponowana jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Brainomix, pomimo tego, że złożenie jej przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powyższych przepisów, gdyż zakłada sprzedaż towarów i usług objętych ofertą poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia,

5. art. 91 ust. 1 - wybór oferty złożonej przez wykonawcę Brainomix, pomimo niespełniania przez tę ofertę wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Postępowania („SIWZ"), w szczególności w zakresie parametrów opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ"), tj. parametru nr 25, 27, 29 oraz 33,

6. art. 89 ust. 1 pkt. 2 - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Brainomix, pomimo niespełniania przez tę ofertę wymogów określonych w SIWZ, w szczególności w zakresie parametrów opisanych w OPZ, tj. parametru 25, 27, 29 oraz 33.

II. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: 1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Brainomix, 2. powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, 3. odrzucenie oferty Brainomix, 4. wybór oferty złożonej przez Odwołującego.

III. Ponadto, wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

2) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność weryfikacji cen w odniesieniu do cen rynkowych oraz braku poprawności dokonania przez Brainomix kalkulacji ceny, w szczególności poprzez niewzięcie pod uwagę cen rynkowych oraz wszystkich elementów cenotwórczych składających się na przedmiot zamówienia;

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

IV. Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu

przedmiotowego odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, jednakże z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, złożona przez niego oferta nie została wybrana, a wybrana została bezzasadnie oferta innego wykonawcy, która jest niezgodna z SIWZ i zawiera rażąco niską propozycje cenową. Uniemożliwia to Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia oraz wiąże się ze szkodą finansową dla Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę licencji wraz z wdrożeniem systemu informatycznego służącego do post-processingu obrazowania mózgu u chorych na udar niedokrwienny mózgu, nr DFP.271.50.2019.LS.

(...)

3. Pismem z dnia 9 grudnia 2019 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Brainomix.

4. Tę czynność Odwołujący zakwestionował, składając w dniu 19 grudnia 2020 roku odwołanie od czynności Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej. W odwołaniu (sygn.

postępowania KIO 2580/19) Odwołujący wskazał, że wybrana przez Zamawiającego oferta Brainomix została przygotowana z rażąco niską ceną, wykonawca Brainomix nie przedstawił skutecznych i wystarczających wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, a zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia jest niezgodny z wymaganiami SIWZ.

5. Pismem z dnia 23 grudnia 2019 roku Zamawiający poinformował uczestników Postępowania o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Brainomix oraz o zamiarze powtórzenia czynność badania i oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu.

6. W odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. KIO 2580/19 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że w związku z podjęciem przez niego czynności opisanych powyżej, odwołanie stało się bezprzedmiotowe, wobec zniesienia czynności będącej podstawą odwołania. Mając powyższe na uwadze Odwołujący cofnął odwołanie w

sprawie o sygn. KIO 2580/19.

7. Jak wynika z ujawnionych przez Zamawiającego dokumentów, pismem z dnia 13 stycznia

2010 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Brainomix do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaproponowanej w ofercie ceny. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2020 roku

8. Na wezwanie to wykonawca Brainomix odpowiedział w dniu 16 stycznia 2020 roku. Dowód: pismo Brainomix z dnia 16 stycznia 2020 roku

9. Pismem z dnia 21 stycznia 2020 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako

najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Brainomix.

10. Opisane powyżej działania Zamawiającego naruszają przepisy Pzp.

Uzasadnienie prawne Odnośnie zarzutu nr 1:

1. W pierwszej kolejności wskazał, że skierowanie do wykonawcy Brainomix ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty stanowi naruszenie

art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 oraz 1a p.z.p.

2. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada jest jednokrotne wzywanie wykonawców do wykazania, że oferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. „Zasada wynikającą z

orzecznictwa Izby i Sądów Okręgowych jak również mającą swoje źródło w orzecznictwie TSUE jest jednokrotność wzywania do składania wyjaśnień w zakresie elementów oferowanej ceny oferty, jej kosztu lub istotnych części składowych” (wyrok KIO 399/18).

3. Jak zasadnie wskazano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „postępowanie

oparte na art. 90 ust. 1 p.z.p., co do zasady nie powinno być powtarzane. Po stronie wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień leży przedstawienie wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących ceny lub kosztu na poparcie realności oferowanej ceny. Ponawianie czynności wyjaśniających przy braku szczególnych nowych okoliczności mogłoby bowiem być poczytane jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.) polegające na uprzywilejowaniu jednego wykonawcy”

(wyrok KIO 612/18).

4. Ponowne wzywanie powinno zatem dotyczyć tylko sytuacji szczególnych i co do zasady jedynie wąskiego, określonego zakresu, w jakim złożone wyjaśnienia czy dowody spowodowały, że Zamawiający powziął nowe (wcześniej nieistniejące) wątpliwości (wyrok KIO 399/18). „Zasada jednokrotnego wzywania wykonawcy do określonego działania ma prowadzić do ochrony zasady równego traktowania wykonawców - a więc zapobiegać powtarzaniu wzywania preferowanego wykonawcy "aż do skutku". Kolejne wezwania nie mogą być powtórzeniem pierwotnego wezwania, ale muszą wynikać z innych okoliczności faktycznych i być oparte na innych podstawach prawnych” (wyrok KIO 489/19).

5. Innymi słowy „czynność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia dostarczyły informacji powodujących nowe, wymagające rozstrzygnięcia wątpliwości. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne” (wyrok KIO 2637/18).

6. W niniejszym Postępowaniu nie można mówić, że ten warunek, wskazywany

konsekwentnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zmaterializował się. Nie można

mówić, że złożone przez wykonawcę Brainomix pierwotne wyjaśnienia wzbudziły nowe

wątpliwości Zamawiającego. Przeciwnie - nie mogły budzić nowych wątpliwości, skoro nie

rozstrzygały w żaden sposób wątpliwości pierwotnych. Nie jest więc tak, że w wyniku

wyjaśnień powstały jakieś nowe pytania lub powstały nowe wątpliwości Zamawiającego. Powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień, jakie Zamawiający skierował do wykonawcy

Brainomix, spowodowane było wyłącznie niekompletnością i ogólnością pierwotnie złożonych wyjaśnień.

7. Wskazuje na to treść powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2020 roku skierowana przez Zamawiającego do wykonawcy Brainomix, która pokazuje, jak niespójne i niekompletne były pierwotne wyjaśnienia przedstawione przez Brainomix. W

wezwaniu tym Zamawiający wskazał bowiem w szczególności:

- „Brak jest informacji o cenie za takie elementy, jak: instalacje, szkolenia, serwis”,
- „W jaki sposób przedstawiona faktura ma stanowić dowód potwierdzający prawidłowość

wyliczenia ceny oferty w niniejszym postępowaniu”,

- „Jak należy odnosić przedstawiony dowód do obecnego postępowania, jeżeli przedmiot określony w fakturze jest inny względem obecnego przedmiotu”,
- „W jaki sposób (na jakiej podstawie) wyliczona została przez Państwa cena licencji za 1 rok

dla 1 jednostki (...) przed rabatem kwota ta powinna wynieść (...) 4387,92 euro (na 1 rok dla 1 ośrodka) a nie jak wskazano w kalkulacji 6333 euro. Jaka zatem kwota jest prawidłowa”,
- „W dalszej kolejności w drugiej tabeli wskazano, iż wartość licencji to 306000 euro, co jest sprzeczne zarówno z kwotą wskazana po rabacie 15%, tj. 304340 euro, jak również z kwotą 304345,90 euro (uzyskaną na podstawie obliczeń)”,

- „Obliczona cena licencji 439256,88 euro razem z pozostałymi pozycjami cenowymi daje kwotę znacząco wyższą niż ta, która została zaoferowana przez Państwa w postępowaniu”,

- „Mając na uwadze powyżej wskazane nieprawidłowości i nieścisłości w wyjaśnieniach w ramach wyliczenia ceny oferty Zamawiający oczekuje także wskazania w jaki sposób osiągnięta została cena 198900 euro za „Licencja e-ASPECTS, e-CTA, wraz z instalacją, szkoleniem, serwisem (...) z perfuzją”, skoro nie możliwym jest dla Zamawiającego ustalenie, które ceny oraz jaki tok obliczeń są prawidłowe”,

• „Pierwotnie przedstawione wyjaśnienia nie dostarczają danych w jaki sposób osiągnięto ceny zaprezentowane w kalkulacji, nie przedstawiono również na tą okoliczność żadnych dowodów mówiących o wyliczeniu przedmiotowych ostatnich pięciu pozycji cenowych".

8. Uwagi te są dyskwalifikujące dla pierwotnie przedstawionych przez wykonawcę Brainomix wyjaśnień. Treść tych pytań wskazuje, że właściwie żadna z pozycji wyjaśnień pierwotnych nie mogła zostać uznana za wyjaśniająca (w sposób, jaki wymagany jest na gruncie art. 90 p.z.p.) zasadnych wątpliwości Zamawiającego. Przeciwnie, Zamawiający musiał (co widać w treści pytań zawartych w ponowionym wezwaniu do złożenia wyjaśnień), domyślać się podstaw i zasadności poszczególnych wyliczeń czy ich zakresu. Pytania Zamawiającego zawarte w ponowionym wezwaniu do złożenia wyjaśnień wprost wskazują bowiem, że złożone pierwotnie wyjaśnienia wykonawcy Brainomix były nieprofesjonalne, gołosłowne, niekompletne i niespójne logicznie oraz matematycznie.

9. Na marginesie należy odnotować, że Zamawiający pierwotnie uznał wyjaśnienia wykonawcy Brainomix za satysfakcjonujące, a dodatkową ich weryfikację niejako wymusiło na nim pierwsze odwołanie Odwołującego, które zainicjowało postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. KIO 2580/19 i które to odwołanie zostało cofnięte przez Odwołującego w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego pierwotnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pokazuje to również stopień staranności Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

10. Instytucja badania rażąco niskiej ceny wiąże się, co warto podkreślić, z ukształtowanym przez ustawodawcę domniemaniem (w określonych w p.z.p. przypadkach) rażąco niskiej ceny. „Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To wykonawca obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Dlatego też wykonawca musi dochować szczególnej staranności przedkładając zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeśli nie sprosta spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należytą realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną rażąco niską" (wyrok KIO 1108/18).

11. Takie ukształtowanie domniemania rażąco niskiej ceny i obarczenie wykonawcy składającego ofertę ciężarem dowodu w tym zakresie służyć ma ochronie interesów zamawiającego publicznego, który naturalnie ulegać może pokusie wyboru oferty tańszej, która w praktyce realizacji umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia może okazać się niemożliwa do zrealizowania. Taka sytuacja naraża zamawiającego, a tym samym finanse publiczne, na potencjalne straty. Dlatego właśnie ustawodawca w trosce o bezpieczeństwo zamawiającego zapewnił ten mechanizm eliminacji ofert, które zawierają cenię rażąco niską. Stąd też daleko idąca sankcja, jaką jest obowiązek odrzucenia oferty w przypadku, w którym wykonawca nie sprosta ciężarowi udowodnienia, że oferowana przez niego cena jest ceną realną.

12. Jak słusznie wskazano w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej, „wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. -"obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy". Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p." (Wyrok KIO 992/19).

13. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który jest uczestnikiem profesjonalnego obrotu, i od którego wobec tego wymagany jest wyższy poziom staranności. „Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny składane przez profesjonalny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, winny być jasne, konkretne, szczegółowe, odnoszące się m.in. do wymienionych w art. 90 ust. 1 p.z.p. okoliczności dotyczących ceny lub kosztu oraz winny być poparte dowodami. Wyjaśnienia składane przez specjalizujący się w danej branży podmiot nie mogą bowiem opierać się na ogólnych deklaracjach i zapewnieniach wykonawcy, mających na celu wywrzeć na zamawiającym wrażenie, jakoby cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i prawidłowy" (wyrok KIO 1345/18).

14. Jeśli więc, w myśl uwag przedstawionych powyżej, dopuszczalne jest ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to tylko w sytuacji gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego nowe wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Szansa ta może być dana jednak jedynie temu wykonawcy który pierwotne wyjaśnienia złożył rzetelnie. Natomiast „kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty" (wyrok KIO 1345/18).

15. W niniejszym Postępowaniu (co wykazano szerzej zarówno w pierwotnie złożonym przez Odwołującego odwołaniu, jak i szerzej, w ramach argumentów dotyczących zarzutu oznaczonego numerem 2) nie sposób uznać, że przedstawione przez wykonawcę Brainomix wyjaśnienia spełniają standard rzetelności, który usprawiedliwiałby dawanie temu

wykonawcy

„kolejnej szansy" na ich uzupełnienie. Skądinąd obszerność wyjaśnień złożonych przez

wykonawcę Brainomix w odpowiedzi na powtórne wezwanie również (zapewne wbrew intencjom Brainomix) wskazuje i potwierdza, że w istocie jego pierwotne wyjaśnienia były niekompletne, niespójne, niewystraczające i nie spełniały testu należytej staranności wymaganej od uczestnika profesjonalnego obrotu gospodarczego. Nie pojawiły się w wyniku pierwotnie złożonych wyjaśnień żadne nowe, wcześniej nieznane okoliczności. Wykonawca Brainomix w ponowionych wyjaśnieniach nie wskazał też żadnych argumentów czy dowodów, których nie mógłby wskazać pierwotnie. Powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest wiec wyłącznie następstwem braku staranności wykonawcy Brainomix. skutecznie wykazanej przez Odwołującego we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygnatura KIO 2580/19.

16. Nie sposób więc nie odnieść wrażenia, że ponowne wezwanie wykonawcy Brainomix przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień służyć ma nie rozwianiu jakichś nowych wątpliwości Zamawiającego, ale obronie oferty, która (pozornie) wydaje się Zamawiającemu korzystniejsza. Wykorzystywanie w ten sposób instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień jest jednak rażąco sprzeczne z regułami p.z.p. „Ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien

ostatecznie złożyć" (wyrok KIO 431/19).

17. Z całą pewnością naruszeniem p.z.p i zasad konkurencji jest też umożliwianie składania dodatkowych, nowych i szczegółowych wyjaśnień w sytuacji, w której - skutkiem

poprzedniego postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą w wyniku wniesionego przez Odwołującego odwołania - wykonawca Brainomix poznał zarzuty wobec swojej oferty i pierwotnie złożonych wyjaśnień. W oparciu o to odwołanie Zamawiający zadał wykonawcy Brainomix zaskakująco szczegółowe (w porównaniu z uprzednią bierną postawą Zamawiającego) pytania, zbieżne z twierdzeniami przedstawionymi przez Odwołującego w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. KIO 2580/19, wskazując niejako, jakie kwestie wykonawca Brainomix powinien dodatkowo wyjaśnić - chociaż wszystkie te elementy, co raz jeszcze należy podkreślić, powinny zostać wyjaśnione przez tego wykonawcę już pierwotnie, bez konieczności zadawania dodatkowych pytań. Taka sytuacja w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej spotkała się z jednoznacznie negatywną oceną. Jak wskazano w wyroku KIO 1108/18, „zamawiający przeprowadzając ponownie procedurę wyjaśniająca, naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż w sposób nieuprawniony i naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy, umożliwił przystępującemu złożenie kolejnych, bardziej wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji gdy znał on już zarzuty kierowane wobec tej oferty przez odwołującego (...). Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty".

18. W dodatku szczegółowy sposób zadawania pytań przez Zamawiającego zasadnie można postrzegać jako sugerowanie wykonawcy Brainomix jakiego rodzaju wyjaśnienia

powinien złożyć. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2020 roku

Zamawiający wprost instruuje wykonawcę Brainomix, jakiego rodzaju wyjaśnienia i dowody powinien złożyć, aby jego wyjaśnienia można było uznać za kompletne. Zamawiający wskazuje między innymi:

- „Dla wykazania elementów kształtujących cenę oferty należy przedstawić wyjaśnienie w

zakresie ceny oraz sposobu jej osiągnięcia dla dokonania instalacji przedmiotu zamówienia, przeprowadzenia szkoleń, wykonywania czynności serwisowych, biorąc pod uwagę dane

podane w pierwotnych wyjaśnieniach",

- „Wykonawca w ramach niniejszego wyjaśnienia może przedstawić inne dodatkowe dowody

dla potwierdzenia prawidłowości wyliczenia ceny oferty, które będą utrzymywały tożsamość

cenowa i podmiotową ze złożona ofertą",
- „Zamawiający oczekuje również przedstawienia wyjaśnień wskazujących w jaki sposób uzyskano kolejne prezentowane kwoty na poszczególnych etapach obliczeniowych",

- „ W zakresie wskazanych elementów Zamawiający oczekuje przedstawienia wyjaśnień w zakresie podstawy i sposobu wyliczenia cen dla poszczególnych pozycji, w tym dowodów dotyczących wyliczenia niniejszych cen".

19. Taki sposób komunikacji Zamawiającego z wybranym wykonawca i udzielanie tak szczegółowych instrukcji podmiotowi, który w ramach ciążącego na nim obowiązku i profesjonalnej staranności powinien sam wykazać podstawy kalkulacji przyjętej przez siebie ceny, jest z cała pewnością rażącym naruszeniem zasad p.z.p., w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

20. Również na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jest niedopuszczalna z perspektywy prawidłowości procesu udzielania zamówienia publicznego. „Zatem w przypadku, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień. Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy" (wyrok KIO 2025/14, także wyrok KIO 2703/17).

21. Innymi słowy, ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień.

22. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył swoim działaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji opisane w p.z.p.

Odnośnie zarzutu nr 2:

1. Mając na uwadze argumenty przedstawione w ramach uzasadnienia zarzutu oznaczonego numerem 1 powyżej, Zamawiający nie powinien więc wzywać wykonawcy Brainomix do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień, a oprzeć się na pierwotnie złożonych przez niego wyjaśnieniach (przekazanych wraz z pismem Brainomix z dnia 15 listopada 2019 roku). Oferta złożona przez Brainomix powinna zostać w związku z tym odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p.. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt. 1 p.z.p., w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania przez zamawiającego lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p. Materializacja tej przesłanki (co w niniejszym Postępowaniu, jak szerzej wskazano w argumentacji dotyczącej zarzutu oznaczonego numerem 3, nastąpiło, gdyż różnica cen sięgała 50%) powoduje powstanie omówionego wcześniej domniemania, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska.

3. Z ustawowym obowiązkiem zamawiającego wyjaśnienia oferowanej ceny skorelowano obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie ma charakteru dyspozytywnego. Wskazuje on wyraźnie, że jeśli wykonawca, którego zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 p.z.p. nie udzielił takich wyjaśnień lub udzielił wyjaśnień niedostatecznych, odrzucenie oferty złożonej przez takiego wykonawcę jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego. Innymi słowy, domniemanie, że cena ma rażąco niski charakter, o czym mowa powyżej, jest wzruszalne, jednakże ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy, którego zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień.

5. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2019 roku wezwał Brainomix w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów w celu ustalenia czy złożona przez Brainomix oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na powyższe wezwanie Brainomix odpowiedział pismem z dnia 15 listopada 2019 roku.

6. Wyjaśnienia złożone przez Brainomix w piśmie z dnia 15 listopada 2019 roku mają jednak niezwykle ogólnikowy charakter, pozostając zbiorem luźnych, nie popartych dowodami twierdzeń. Do pisma Brainomix załączył jednostronicową kalkulację z kilkoma wskazanymi w niej pozycjami kosztowymi, nie popierając jednak przedstawionych tam kwot żadnymi dowodami, oprócz pojedynczej faktury wystawionej dla zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego we Włoszech. Dowód: pismo Brainomix z dnia 15 listopada 2019 roku.

7. Jak wskazuje tymczasem orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, „istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnikowego, a były na tyle szczegółowe, by mogły być podstawą do stwierdzenia przez zamawiającego, że jego podejrzenie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione w okolicznościach badanego przypadku. Na potrzebę przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje zobligowanie wykonawcy nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących zakwestionowanej ceny oferty (lub jej istotnego składnika), ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, które pozwolą zamawiającemu na pozytywne zweryfikowanie otrzymanych wyjaśnień. (...) Jeżeli wykonawca w złożonych wyjaśnieniach ograniczy się do ogólnikowych stwierdzeń i nie wskaże, w jaki konkretnie sposób przywołane przez niego okoliczności wpłynęły na wysokość ceny jego oferty, zamawiający nie może ich uznać za wykazujące brak rażącego charakteru zakwestionowanej ceny” (wyrok KIO 586/18 KIO 591/18).

8. Od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego wymagana jest rzetelność i staranność w udzielaniu wyjaśnień, mając na uwadze to, że co do zasady, jak wskazano powyżej, wyjaśnienia takie powinny być składane jednokrotnie. Orzecznictwo Krajowej Izby

Odwoławczej wskazuje też wyraźnie, że „wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić - dla skutecznego wykazania nie wystarcza same deklaracje i twierdzenia, wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty” (wyrok

KIO 23/18).

9. Mając na uwadze ustawowo określony ciężar dowodu i sankcje z nim związane „brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w tn/bie art. 90 ust. 1 p.z.p." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. KIO 2380/17). Wykonawca, który nie sprosta obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 p.z.p. musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty. Oznacza to bowiem, że domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostaje w takiej sytuacji wzruszone skutecznie. Innymi słowy, „cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (wyrok KIO 399/18).

10. Na to, że wykonawca Brainomix w niniejszym Postępowaniu przedstawił

niewystarczające, niekompletne i niewystarczające wyjaśnienia w zakresie oferowanej ceny w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego wskazuje wyraźnie treść pytań zawartych w powtórnym wezwaniu Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2020 roku (przywołane w szczególności w ramach uzasadnienia zarzutu oznaczonego numerem 1 powyżej, w pkt. 7 odwołania). Stwierdzenia Zamawiającego takie jak „Pierwotnie przedstawione wyjaśnienia nie dostarczają danych w jaki sposób osiągnięto ceny zaprezentowane w kalkulacji, nie przedstawiono również na ta okoliczność żadnych dowodów mówiących o wyliczeniu przedmiotowych ostatnich pięciu pozycji cenowych” są

dyskwalifikujące dla wyjaśnień przedstawionych pierwotnie przez Brainomix.

11. Wśród najistotniejszych wątpliwości (z których część Zamawiający wskazał w ponowionym wezwaniu i co do których Brainmox podjął próbę wyjaśnienia dopiero w odpowiedzi na kolejne wezwanie) wskazać można:

• faktura przedstawiona jako dowód wskazuje, że zakresu zamówienia realizowanego dla ASL Lecce nie można uznać za tożsamy z zakresem zamówienia objętego niniejszym

Postępowaniem, jak bowiem wynika z faktury przedłożonej przez Brainomix, nie obejmuje

ona najpewniej kosztów szkoleń i instalacji, czyli tym samym odnosi się do innego

(węższego) przedmiotu zamówienia, niż objętego niniejszym Postępowaniem,

• kalkulacja cenowa przedstawiona w pliku Kalkulacja_Cenowa (...) zawiera szereg błędów logicznych i matematycznych. Dotyczy to w szczególności pozycji nr 1 w tabeli, tj. „Licencja e-ASPCETS, e-CTA, wraz z instalacją, szkoleniem, serwisem wszystkich trzech modułów łącznie z perfuzją”,

• przedstawione przez Brainomix wyliczenia i kalkulacje budzą zasadne wątpliwości, podając prawidłowość kwoty 6.333 Euro w wątpliwość. Wykonawca Brainomix wskazując i próbując uzasadnić kwotę 306.000 Euro lub 304.340 Euro jako całkowity koszt licencji dla 3 modułów (należy zwrócić uwagę, że w różnych miejscach tabeli wykonawca Brainomix posługuje się tu różnymi, niespójnymi kwotami) posłużył się bowiem kalkulacją, z której wynika, że kwotą wyjściową za 1 rok licencji (3 moduły) dla 1 szpitala jest nie kwota 6.333 Euro, ale kwota 4.387,92 Euro. Taka właśnie bowiem kwota wynika wprost z przedstawionej przez wykonawcę Brainomix kalkulacji. Wykonawca ten w kalkulacji wskazał bowiem kwotę 21.062 Euro jako cenę licencji na 6 lat po rabacie 20% (wartość pieniądza w czasie). W związku z tym kwota przed rabatem 20% wynosić musiałaby 26.327,50 Euro na 6 lat dla 1 szpitala. Stąd za 1 rok dla 1 szpitala kwota kosztu licencji musi wynosić 4.387,92 Euro, a nie 6.333 Euro,

• przyjmując z kolei jako cenę wyjściową kwotę 6.333 Euro, kalkulacja powinna natomiast dawać końcową kwotę za licencję (3 moduły) w wysokości 439.256,88 Euro, tj. o 134.916,88 Euro (44,3%) wyższą, niż kwota 304.340 Euro przedstawiona w wyliczeniach wykonawcy Brainomix. Konsekwentnie, po odjęciu kwoty płatności za licencję za jeden moduł dla Olea Sphere w wysokości 107.100 Euro, całkowity koszt licencji Brainomix (2 moduły), to jest pozycji pierwszej w tabeli, powinien wynieść 332.156,88 Euro nie zaś wskazane przez wykonawcę Brainomix 198.900 Euro,

• wykonawca Brainomix nie przedstawił żadnego wyliczenia ani dowodów uzasadniających wysokość kwoty 198.900 Euro za pozycję nr 1, tj. „Licencja e- ASPCETS, e-CTA, wraz z instalacją, szkoleniem, serwisem wszystkich trzech modułów łącznie z perfuzją”, a wyliczenia, jakie sam zaprezentował, zdecydowanie zaprzeczają prawidłowości tej kalkulacji,

• liczne drobniejsze błędy w kalkulacjach przedstawionych przez wykonawcę Brainomix:

a) wynik mnożenia: 21.062 Euro x 17 wynosi 358.054 Euro, a nie jak pokazano w kalkulacji 358.047 Euro,

b) ostateczna wartość licencji dla trzech modułów powinna wynosić 304.345,90 Euro, a nie jak pokazano 304.340 Euro,

c) 304.340 Euro nie równa się 306.000 Euro. Brainomix podaje obie wartości, w dwóch różnych miejscach kalkulacji, jako wartość licencji dla trzech modułów. Nie ma możliwości stwierdzić, która wartość miałaby być poprawna.

12. Nie można zatem uznać, że składając wyjaśnienia Brainomix skutecznie wykazał i zrealizował ciążący na nim ciężar dowodu w zakresie uzasadnienia kalkulacji ceny, co do rażąco niskiego charakteru której Zamawiający powziął wątpliwości. Zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p. zaś obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W wyroku KIO 458/18 Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie wskazała, że „ustawodawca przesądził tę okoliczność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2 p.z.p., że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i ma to mieć miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest teza o wymaganej staranności

wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 p.z.p., a tym samym ryzyku jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazywać na czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy obniżyć cenę jego oferty".

13. Wszelkie konsekwencje niezłożenia lub złożenia błędnych wyjaśnień obciążają zatem wykonawcę, a wiec Brainomix, to bowiem na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena nie była rażąco niska. Skoro zaś Brainomix przedstawił wyjaśnienia dotyczące najwyraźniej innej ceny nie sposób uznać, aby obowiązkowi temu sprostał.

14. Jak wskazano w doktrynie i orzecznictwie, „z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę" „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. (...). Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2014 roku, sygn. KIO 2031/14).

„Wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie".

15. Skoro wiec Brainomix złożył wyjaśnienia o charakterze ogólnym, niespójnym i nielogicznym oraz zawierające szereg błędów obliczeniowych i nieścisłości, należy uznać, że nie złożył wyjaśnień w ogóle, prowadząc w ten sposób do ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p.

16. Jak bowiem zasadnie wskazano w wyroku KIO/UZP 2338/10, „.złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle - prowadzi do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 P.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone".

17. Skoro zatem Brainomix nie udzielił wyczerpujących i przekonujących wyjaśnień odnośnie ceny z którą oferta Brainomix została wybrana, należy uznać, że nie udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w ogóle. „Zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Z kolei art. 90 ust. 3 p.z.p. obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem sytuacja wykonawcy, którego ocena wyjaśnień potwierdza, że cena jest rażąco niska jest taka sama jak wykonawcy, który nie udzielił w ogóle wyjaśnień" (wyrok KIO 1761/17).

18. Tym samym Zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy Brainomix do przedstawienia ponownych wyjaśnień. Powinien zaś odrzucić ofertę Brainomix na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p., skoro zaś tego nie uczynił, naruszył tym samym przepisy p.z.p.

Odnośnie zarzutu nr 3:

1. Nawet jednak gdyby uwzględnić również dodatkowe wyjaśnienia wykonawcy Brainomix, to nadal nie można uznać, że są one spójne i że dostateczne wykazują możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę za kwotę zaoferowaną przez niego. Cena zaoferowana przez Brainomix jest więc rażąco niska i tym samym oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Dysproporcja ceny Brainomix

2. Wskazał, że cena zaoferowana przez Brainomix pozostaje w dużej dysproporcji do ceny zaproponowanej przez Odwołującego (który jako drugi wykonawca złożył ofertę w

Postępowaniu) oraz budżetem przewidzianym przez Zamawiającego.

3. P.z.p. nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje doktryna p.z.p., „przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert. Wynika z tego, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne". W opinii Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącej rażąco niskiej ceny, wskazano, że „Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej' (Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, (...). Niewątpliwie oferta Brainomix spełnia powyższe kryteria, a wykonanie zamówienia za cenę oferowana przez Brainomix, przy zachowaniu reguł rynkowych nie jest możliwe bez straty lub dodatkowego finansowania z innych źródeł.

4. Istotne, że cena wskazana przez Brainomix nie tylko w diametralny sposób odbiega od cen zaoferowanych przez Odwołującego, jako podmiot, który złożył ofertę w Postępowaniu, ale również od wartości zamówienia przewidzianej przez Zamawiającego. W protokole z Postępowania Zamawiający wskazał, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 4.164.048 PLN, a więc kwotę bliższą oferty złożonej przez Odwołującego, ale znacznie wyższą od kwoty zaoferowanej przez wykonawcę Brainomix. „Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia ceny rażąco niskiej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych, jak również do średniej cen ofert (wyroki KIO: 2604/10, 2338/10). W innym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że: „Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego”

(wyrok KIO 1126/09).

5. Jak wskazano w doktrynie, „na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: "o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę". Natomiast Sąd Okręgowy w K. w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: "odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu".

6. Podobnie wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. „O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne” (wyrok KIO 2640/18).

7. Eliminacja ofert zawierających rażąco niskiej cenę jest przeto wyrazem realizacji zasady określonej w art. 7 p.z.p., zgodnie z którym zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś wykonawcom zapewnić należy uczciwą konkurencję i równe traktowanie.

8. W niniejszym Postępowaniu różnice pomiędzy budżetem Zamawiającego i ofertą Odwołującego, a ofertą wykonawcy Brainomix sięgają poziomu prawie 50%.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizacje zamówienia: 4.164.048 PLN

Oferta Odwołującego: 4.031.856 PLN; Oferta Brainomix (z VAT) 2.349.712,80 PLN.

(Wyższe oferty w innych postępowaniach)

9. W innych postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia wykonawca Brainomix oferował ceny znacznie wyższe, niż w przedmiotowym Postępowaniu.

10. W postępowaniu, realizowanym w Hiszpanii, wskazany przez Brainomix koszt licencji (2 moduły Brainomix) w ofercie publicznej z października 2019 roku za 1 rok dla 1 szpitala wynosi aż 29.940 Euro (!). Oferowana w niniejszym Postępowaniu kwota 1.950 Euro za jednostkową roczną licencję jest więc o 93,5% niższą kwotą od oferowanej w Hiszpanii w

tym samym okresie. Dowód: dokument „Aacta (...) wraz z tłumaczeniem na język polski.

11. Ponadto, jak wynika z wyliczeń zaprezentowanych przez Brainomix, koszt licencji (2 moduły Brainomix) w niniejszym Postępowaniu (dla 17 szpitali) wynosi 1.950 Euro dla 1 szpitala za 1 rok. Jest to matematyczną konsekwencją przedstawionych powyżej wyliczeń, gdyby jako punkt wyjścia przyjąć podaną przez Brainomix po udzielonych rabatach łączną kwotę 198.900 Euro. Kwota 198.900 Euro podzielona na 17 szpitali i podzielona na 6-cio letnie okresy daje w konsekwencji kwotę 1950 Euro jako cenę licencji dla jednego ośrodka w jednym roku.

12. Dokonując analogicznej kalkulacji dla pozycji „Włochy" (ASL Lecce), którą Brainomix sam wskazał w swojej kalkulacji przesłanej Zamawiającemu w ramach pierwotnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako wyjściową referencję, koszt licencji dla jednego szpitala (2 moduły Brainomix) w postępowaniu dla ASL Lecce (obejmującym łącznie 6 szpitali) wynosi 5.283 Euro (6.333 Euro, gdyby tą kwotę traktować jako punkt wyjścia, pomniejszone o koszt licencji Olea Sphere, który Brainomix podaje jako 1.050 Euro). Kwota 1.950 Euro za licencję oferowana w Postępowaniu jest więc aż o 63% niższą kwotą od oferowanej w postępowaniu „Włochy". Jednocześnie, jak już wskazano powyżej, dokumenty przedłożone przez Brainomix w zakresie zamówienia dla ASL Lecce wskazują, że zakres zamówienia nie jest tożsamy z zamówieniem objętym niniejszym Postępowaniem, gdyż nie obejmował on kosztów instalacji i szkoleń. Pomimo tego cena we włoskim przetargu, jaką Brainomix zaoferował, jest wyższa od ceny zaoferowanej w niniejszym Postępowaniu. Tymczasem szkolenia i instalacja generują w oczywisty sposób koszty pracy, które, również ze względu na obowiązek przestrzegania odnośnych regulacji dotyczących prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, stanowią istotny czynnik kosztotwórczy (tym bardziej, że zgodnie z SIWZ szkolenia powinny być prowadzone w języku polskim, a Brainomix w swoich wyjaśnieniach deklaruje, że zatrudnia pracowników w Wielkiej Brytanii, co z perspektywy szkoleń i instalacji generuje także dodatkowo koszty podróży do Polski).

(Rabaty oferowane przez Brainomix)

13. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Brainomix dotyczącymi rażąco niskiej ceny z dnia 16 stycznia 2020 roku (w tym kwestii polityki udzielanych rabatów) Brainomix stosuje rabaty uzależnione od liczby ośrodków ujętych w umowie. Wynikać to ma z polityki handlowej firmy.

14. Oznacza to jednak, jeśli jest to wyjaśnienie prawdziwe, że przyjęta jako referencyjna do wyliczeń ceny dla niniejszego Postępowania kwota 6333 euro (wynikająca z referencyjnego postępowania prowadzonego dla ASL Lecce) musi już zawierać rabat dla ilości ośrodków od 6 do 10, a zatem zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Brainomix w wysokości 10%.

15. Tymczasem na potrzeby niniejszego Postępowania kwota ta w dalszych obliczeniach jest ponownie rabatowana dla ilości ośrodków powyżej 11, o kolejne 15%. Oznacza to, że rabat w istocie wynosi 25%, a nie 15%, jak Brainomix w pierwotnych wyjaśnieniach twierdził.

16. Jest to kolejnym przykładem nierzetelności Brainomix i braku spójności i logiczności przedstawianych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Poprawnie do wyliczeń w niniejszym Postępowaniu powinno się bowiem przyjąć kwotę licencji dla ASL Lecce przed naliczeniem rabatu 10% za ilość ośrodków , tj. 7037,03 euro. Stosując dalszy ciąg obliczeń wskazany przez Brainomix, ostateczna kwota różni się więc od kwoty przedstawionej w obliczeniach o 33.814,93 euro (338.154,93 euro wobec 304.340 euro wskazanych w wyjaśnieniach). Dowodzi to błędów w przedstawionej przez Brainomix kalkulacji, co powinno skutkować nieuznaniem wyjaśnień wykonawcy za wystarczające.

17. Stosując podobny mechanizm obliczenia właściwej ceny wyjściowej dla dwóch pozostałych dowodów przedłożonych przez Brainomix wraz z powtórnymi wyjaśnieniami (dotyczą one zamówień realizowanych na Węgrzech oraz w Wielkiej Brytanii) odpowiednio po analogicznym (i konsekwentnie zgodnym z wyjaśnieniami udzielonymi przez Brainomix) odjęciu rabatu za ilość ośrodków otrzymujemy za jedną licencję kwoty 7457,83 euro dla zamówienia w Wielkiej Brytanii oraz 5721,63 euro w przypadku zamówienia realizowanego

na Węgrzech.

18. Dodatkowo Brainomix w przedstawionym dowodzie dotyczącym zamówienia realizowanego w Wielkiej Brytanii potwierdził, że uzyska płatność w ciągu 30 dni od momentu uruchomienia systemu, lub do końca kwietnia 2020 roku. Jak sam określił, taką płatność uznaje za „natychmiastową". Znów zatem, konsekwentnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez Brainomix odnośnie polityki i sposobu naliczania rabatów (obniżenia ceny) w związku z wartością pieniądza w czasie przy dwuletniej umowie z natychmiastową płatnością, stosując proponowane przez sam Brainomix algorytmy dyskontowania przepływów pieniężnych, kwotą wyjściową dla umowy w Wielkiej Brytanii powinna być kwota 9762,98 euro.

19. Powyższe wyliczenia potwierdzają znaczną rozbieżność między ceną zaoferowaną w Postępowaniu, a cenami oferowanymi na rynku przez Brainomix.

(Brak tożsamości przedmiotowej zamówień wskazanych jako referencyjne)

20. Wskazać także należy, że zamówienia, na które Brainomix powołuje się jako na referencyjne zrealizowane projekty nie są tożsame (są węższe), jeśli chodzi o ich zakres.

21. Przede wszystkim w zamówieniach dla ASL Lecce oraz Pecs (Węgry) nie zostały uwzględnione koszty instalacji.

22. Jeśli chodzi o realizowany we Włoszech projekt dla ASL Lecce, na koncie Twitter wykonawcy Brainomix możemy znaleźć informację, o tym, że system w Lecce został zainstalowany już w 2018 roku, więc kwota przedstawiona na fakturze dla ASL Lecce w 2019 roku zawiera tylko koszty licencji (bez kosztów instalacji).

23. Z kolei z faktury wystawionej dla węgierskiego kontrahenta Pecs jasno wynika, że opiewa ona tylko na klucz licencyjny, a instalacja została dokonana wcześniej. Potwierdza to również publikacja na stronie szpitala w Pecs (dostępna pod adresem internetowym (...). Publikacja odwołuje się do badań pacjentów przeanalizowanych przez system w dniach 9-17 września 2019 roku, podczas gdy faktura Brainomix obejmuje okres od 1 października 2019 roku.

24. Oznacza to więc, że instalacja systemu musiała być dokonana wcześniej.

25. Reasumując powyższe, brak jest tożsamości cenowej dla Postępowania (306.000 euro dla 17 ośrodków na 6 lat, co daje 3000,00 euro za licencję dla 1 ośrodka na rok) z zamówieniami przedstawionymi przez Brainomix, gdzie cena za licencję wynosi średnio

6064.95 euro. Różnica cenowa jest ponad dwukrotna. Jeśli natomiast odejmiemy koszt licencji Olea (1050 euro zgodnie z oświadczeniem Brainomix złożonym w niniejszym Postępowaniu), otrzymamy kwoty 1950 euro dla niniejszego Postępowania, wobec średnio

5014.95 euro dla innych realizowanych przez Brainomix zamówień. Różnica cen wynosi zatem ponad 250%. Różnica uwydatnia się jeszcze bardziej, gdy weźmie się pod uwagę brak konieczności wykonania instalacji dla dwóch najtańszych zamówień przedstawionych przez Brainomix.

(Nieuwzględnienie w ofercie istotnych elementów kosztotwórczych)

26. Brainomix w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2020 roku poinformował Zamawiającego, że zgodnie z wyliczeniami planuje zarobić na tym zamówieniu 18.081,82 euro. Wysokość tej kwoty może zaskakiwać (biorąc pod uwagę wartość całego zamówienia). Jednakże należy zasadnie wątpić czy wykonawca Brainomix będzie w stanie uzyskać jakikolwiek zysk z realizacji kontraktu.

27. Brainomix w wyliczeniach nie uwzględnił bowiem ważnego czynnika kosztotwórczego, jakim jest podłączenie skanerów tomografii komputerowej oraz rezonansu magnetycznego do oferowanego systemu. Zamawiający w Załączniku 1 a do SIWZ w punkcie 21 zawarł zapis o konieczności pozyskiwania danych i obrazów z urządzeń w systemie DICOM posiadanych przez ostatecznych użytkowników programu w ramach których umocowany jest Zamawiający. Do pozyskania jakichkolwiek danych w formacie/systemie DICOM niezbędne jest dodanie węzłów DICOM urządzeń, z którymi pożądana jest komunikacja. I tak serwer post-processingowy musi mieć dodany węzeł DICOM (nazwę AETitle, adres IP, port) skanera i odwrotnie: każdy skaner musi mieć wprowadzone dane serwera na który będzie wysyłał obrazy/dane.

28. Do dodania węzła DICOM do większości urządzeń na rynku niezbędna jest ingerencja serwisu danego urządzenia, gdyż dostęp do panelu serwisowego (który jest niezbędny do

dodania węzła DICOM) jest zablokowany dla postronnych osób (poza serwisem). Jak wynika z przedłożonych Odwołującemu ofert przez producentów sprzętu, którego podłączenie objęte jest przedmiotem zamówienia (i który szczegółowo wskazany został przez Zamawiającego w SIWZ), koszty dodania węzłów DICOM dla urządzeń wymienionych przez Zamawiającego sięgają kwoty co najmniej 131.000,00 PLN netto (to jest po zsumowaniu ofert otrzymanych od producentów sprzętu wskazanego w SIWZ-firm Philips, TMS/Toshiba oraz Siemens, bez uwzględnienia kosztów integracji skanerów marki General Electric, oraz kosztów podróży serwisanta firmy Siemens). Dodając te kwoty do (i tak wątpliwych) wycenionych pozycji w ofercie Brainomix staje się oczywistym, że łączny koszt realizacji kontraktu przez Brainomix będzie wyższy, niż zaoferowana przez Brainomix cena w ofercie. Dowód: wycena konfiguracji węzła DICOM przygotowana przez firmę Philips Dowód: wycena konfiguracji węzła DICOM przygotowana przez firmę TMS/Toshiba Dowód: wycena konfiguracji węzła DICOM przygotowana przez firmę Siemens.

Oznacza to, że Brainomix w istocie złożył ofertę z ceną poniżej kosztów realizacji. Jest to oczywiście niezgodne z przepisami p.z.p. i narusza zasady rynkowej konkurencji, stanowiąc niedopuszczalny czyn nieuczciwej konkurencji.

29. Zwracamy także uwagę, że w wyliczeniach Brainomix brak jest jakiejkolwiek wzmianki o koszcie wytworzenia oprogramowania. Nawet gdyby przyjąć, że podstawowe oprogramowanie zostało już wytworzone, to gdyby Wykonawca chciał dostosować swój produkt do warunków zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem (jak wskazano bowiem w uzasadnieniu zarzutów oznaczonych numerami 5 i 6 poniżej, oferowany przez Brainomix produkt na dzień dzisiejszy nie spełnia warunków, jakie Zamawiający nakreślił w SIWZ) musi zaangażować siły i środki, które w ogóle nie są ujęte w przedstawionych przez Brainomix wyliczeniach. To, jak duży nakład pracy i jak wysokie koszty byłyby niezbędne do poniesienia mógłby w ocenie Odwołującego określić biegły, o powołanie którego Odwołujący wniósł. Sprzeczne wyjaśnienia dotyczące kosztów i realizacji obsługi posprzedażowej

30. Wykonawca Brainomix w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny i wyliczeniach z tym związanych wycenił na 198.900 euro koszt licencji e-ASPECTS, e-CTA (2 moduły produkcji Brainomix), wraz z instalacją, szkoleniem, serwisem wszystkich trzech modułów, łącznie z perfuzją. Jednocześnie w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach Brainomix wskazał, że: „Brainomix Ltd nie przewiduje przy realizowaniu zamówienia zawierania umów, co do których zastosowanie będą miały przepisy prawa polskiego w zakresie prawa pracy oraz prawa o zabezpieczeniu społecznym. Osoby, które będą wykonywać zamówienie, będą albo pracownikami zatrudnionymi przez Brainomix Ltd na podstawie prawa angielskiego albo będą świadczyć na rzecz Brainomix Ltd usługi na podstawie umów podlegających prawu angielskiemu" oraz „Brainomix Ltd nie przewiduje przy realizowaniu zamówienia powierzenia wykonania jakiejkolwiek części zamówienia podwykonawcy"'.

31. W nowych wyjaśnieniach Brainomix w odpowiedzi na powtórne wezwanie wskazał z kolei, że „większość zgłoszeń analizujemy i naprawiamy zdalnie poprzez zdalny dostęp, który mamy non stop. Tylko w wyjątkowych sytuacjach wymagana jest wizyta pracownika z obsługi technicznej THM. Dlatego też posiadamy w Polsce Agenta (Umowa Agencyjna), który przyjmuje zgłoszenia i przekazuje je obsłudze technicznej znajdującej się w Oksfordzie. A w przypadku awahi wymagającej wizyty nasz pracownik THM i/lub Agent dokonuje napraw na miejscu w szpitalu".

32. Te stwierdzenia stoją jednak w sprzeczności z wcześniej przedstawionymi wyjaśnieniami i ofertą.

33. Po pierwsze takie wyjaśnienie oznacza, że aby zrealizować zamówienie (konkretnie punkt 23 OPZ) należy mieć wsparcie techniczne w języku polskim 24h/7 dni w tygodniu przez okres 36 miesięcy. Takie wsparcie sumuje się zatem do 26.280 godzin, co przy założeniu minimalnej stawki wynagrodzenia w Wielkiej Brytanii (8,21 GBP) wynosi: 215.758,80 GBP (ok. 258.302 Euro). Już sam ten koszt znacznie przekracza kwotę 198.900 Euro wskazaną przez Brainomix jako wynagrodzenie w tym punkcie

34. Wyjaśnienia złożone przez Brainomix w dniu 16 stycznia 2020 roku wskazują natomiast na możliwość zatrudnienia (jak chyba należy przypuszczać w Polsce) pracownika THM, który będzie mógł w koniecznych sytuacjach dokonywać serwisu na miejscu w poszczególnych szpitalach. Te wyjaśnienia wskazują także na istotną rolę działającego w Polsce Agenta, z którym Brainomix wiąże umowa (chociaż umowa ta nie została załączona do wyjaśnień i nie sposób ustalić, jak kalkulowane rzeczywiście są koszty współpracy z agentem). Wskazanie roli pracownika THM i agenta należy uznać za sprzeczne z wyjaśnieniami pierwotnie złożonymi przez Brainomix. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że tak skonstruowane wyjaśnienia z dnia 16 stycznia 2020 roku są nieudolną próbą ukrycia błędów w pierwotnej kalkulacji oferty przez Brainomix i próbą dopasowywania rzeczywistości do zaproponowanej oryginalnie kwoty.

35. Złożone przez Brainomix w dniu 16 stycznia 2020 roku wyjaśnienia w tym zakresie wskazują więc wyraźnie, że Brainomix nie jest i nie będzie w stanie wykonać w zaproponowanej cenie oferty przedmiotu zamówienia w zakresie obsługi posprzedażowej lub gwarancji. W tym zakresie wyjaśnienia, w szczególności wskazanie Agenta, należy też traktować jako niedozwoloną modyfikację pierwotnej oferty i pierwotnych wyjaśnień. Na gruncie p.z.p. modyfikacja taka jest niedopuszczalna, a uwzględnienie wyjaśnień w tym zakresie przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie ustawy, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców.

36. Powyższe argumenty wskazują, że zaproponowana przez Brainomix cena jest rażąco niska.

Tym samym oferta Brainomix powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona w myśl art.

89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. Nie odrzucając oferty Brainomix, Zamawiający naruszył ustawę p.z.p. Odnośnie zarzutu nr 4;

1. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. (ze zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje,

że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji jest w szczególności utrudnianie dostępu do rynku które może przybierać formę sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy).

2. Opierając się na wyliczeniach przedstawionych przez Brainomix (i mając na uwadze argumenty przedstawione w ramach uzasadnienia zarzutu oznaczonego numerem 3 powyżej), można więc przyjąć za pewne, że zaproponowana w ofercie Brainomix kwota nie pozwoli na pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem, nie wspominając o pokryciu kosztów wytworzenia samego oprogramowania będącego faktycznym przedmiotem Postępowania. Przy zaproponowanej strukturze kosztów wykonanie tego zamówienia będzie nierentowne i w przypadku jego realizacji przyniesie stratę firmie Brainomix, co stanowi opisanym powyżej czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Być może takie działanie Brainomix jest pochodną sytuacji finansowej tego wykonawcy. Jak wynika z publicznie dostępnego bilansu, spółka Brainomix jest spółką deficytową generującą na przestrzeni lat 2017-2018 straty na poziomie 2-3 min GBP rocznie.

4. Takie działanie oznacza w praktyce sprzedaż poniżej kosztów wykonania, Kalkulacja istotnego elementu ceny zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3) p.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

5. Nierealność i fikcyjność najniższej ceny ofertowej równoznaczna jest z naruszeniem przez oferenta zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i 15 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji.

6. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jak słusznie wskazuje Izba „od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagana jest staranność profesjonalisty. (...) Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, co należy mieć na uwadze oceniając naruszenie dobrych obyczajów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" (wyrok sygn. KIO 509/19).. Nie ulega wątpliwości, że Brainomix przedstawiając kalkulację ceny nie wykazał się wystarczającą skrupulatnością i rzetelnością wymaganą w obrocie od profesjonalisty, tym samym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji,

7. „Sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie", (wyrok KIO 1823/16).

8. Tym samym działanie Brainomix bez wątpienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

zatem oferta tego wykonawcy powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Odnośnie zarzutu nr 5 i 6:

41. Zamawiający w OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 a do SIWZ, określił parametry, jakie musi spełniać oferowane przez wykonawców oprogramowanie.

42. W ocenie Odwołującego, Brainomix nie spełnił wymaganych parametrów, w związku z czym jego oferta winna być odrzucona oraz nie otrzymać punktów w wysokości przyznanej przez Zamawiającego.

Parametr 29 OPZ:

9. Jednym z wymagań, było przedstawienie przez wykonawców potwierdzonych parametrów zgodnie z kryteriami w badaniach DAWN i DEFUSE 3 (punkt 29 OPZ).

10. Tytułem wstępu, wskazał, że w związku z pojawieniem się nowych wytycznych w postępowaniu dotyczącym leczenia pacjentów dotkniętych udarem mózgu, znacząco zmieniły się możliwości związane z leczeniem pacjentów w tzw. „późnym oknie czasowym" tj. pomiędzy 6 a 24 godziną od momentu, kiedy pacjent był ostatnio widziany sprawny. Aby poprawnie (czyli zgodnie z obecnym stanem wiedzy medycznej) kwalifikować pacjentów, należy stosować kryteria selekcji pacjentów co najmniej jednego z dwóch Randomizowanych Badań Klinicznych: DAWN lub DEFUSE 3, o których mowa w pkt. 29 OPZ. Aby było to możliwe, niezbędne jest oprogramowanie pozwalające poprawnie wyliczyć odpowiednie objętości.

11. W związku z tym, prawidłowe działanie oprogramowania jest kluczowe dla spełnienia parametru określonego w punkcie 29 OPZ.

12. W przypadku przedmiotowych badań, mamy do czynienia z leczeniem pacjentów z ostrym udarem niedokrwiennym mózgu z zastosowaniem trombektomii mechanicznej (metoda mechanicznego usunięcia zatoru z naczyń mózgowych). Wszyscy pacjenci w tych dwóch badaniach byli kwalifikowani (bądź wykluczani) do zabiegu za pomocą oprogramowania RAPID (kryteria obrazowe). Oprogramowanie RAPID, a przede wszystkim moduł perfuzji, stanowi jednoznaczną metodę wyznaczania rdzenia udaru (tkanki, której nie da się już uratować) i/lub penumbry (tkanki, zagrożonej obumarciem, ale możliwej do uratowania).

13. Brainomix wskazał w swojej ofercie moduły kombinowane, gdzie trzeci moduł dotyczący perfuzji będzie dostarczany przez zewnętrzny podmiot, tj. Olea Medical. Zaznaczenia wymaga, że moduł dotyczący perfuzji jest najważniejszym modułem, bez którego lekarz nie będzie w stanie dokonać prawidłowej diagnozy. To moduł Perfuzji (jako jedyny moduł wymagany, a nie dodatkowo punktowany, zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia) jest niezbędny do selekcji pacjentów zgodnie z wszelkimi wytycznymi do zabiegu trombektomii mechanicznej. W związku z tym, niezwykle istotne jest jego prawidłowe działanie.

14. Brainomix, na potwierdzenie spełniania parametru 29 OPZ, przedstawił wraz z ofertą prezentację, w której wskazał, że kryteria z DAWN/DEFUSE 3, można zastosować jako parametry progowe dla przetwarzania CTP i MR (prezentacja: REF 22 slajd 16-19 dołączona do oferty Brainomix). Zamawiający określił wymagany parametr jako „zgodnie z kryteriami zastosowanymi w badaniach DAWN i DEFUSE 3". Co istotne, o ile protokół badania DAWN stanowi, że rdzeń udaru winien być wyznaczony przez wartość CBF < 30%, o tyle jak wynika z protokołu badania DEFUSE 3 (punkt 3.3.3.. podpunkt 2), objętość niedopasowania jest określona przez oprogramowanie RAPID f..,1 bazując na różnicy miedzy objętością rdzenia a objętością zmiany Tmax>6s. Nie ma wiec tutaj wskazania konkretnej wartości liczbowej. „3.3.3. Neuroimaging Inclusion Criteria:

1. ICA or MCA-M1 occlusion (carotid occlusions can be cervical or intracranial; with or without tandem MCA lesions) by MRA or CTA

AND

2. Target Mismatch Profile on CT perfusion or MRI (ischemic core volume is < 70 ml, mismatch ratio is > 1.8 and mismatch volume* is > 15 ml)

Notes: The mismatch volume is determined by the RAPID software in real time based on the difference between the ischemic core lesion volume and the Tmax>6s lesion volume. If both a CT perfusion and a multimodal MRI scan are performed prior to enrollment, the later of the

2 seans is assessed to determine eligibility. Only an intracranial MRA is required for patients screed with MRA; cervical MRA is not required. Cervical and intracranial CTA are typically obtained simultaneously in patients screened with CTA, but only the intracranial CTA is required for enrollment.

Rysunek 1 Wycinek z protokołu DEFUSE 3

[Tłumaczenie:
3.3.3. Kryteria włączenia neuroobrazowe:

1. Okluzja tętnicy szyjnej wewnętrznej (ICA - internat carotid artery) lub tętnicy środkowej mózgu (MCA) - klinowa (MI) (zwężenie tętnicy szyjnej może być w odcinkach tętnicy szyjnej wewnętrznej i zewnętrznej; z lub bez tandemu zmian tętnicy środkowej mózgu) przez angiografię rezonansem magnetycznym, (MRA - magnetic resonance angiography) lub angiografię tomografii komputerowej (CTA - computed tomography angiography).

ORAZ

2. Profil niedopasowania w tomografii komputerowej lub rezonansie magnetycznym

(niedokrwienna objętość rdzenia wynosi < 70 ml, stosunek niedopasowania wynosi >1,8, a objętość niedopasowania *-> 15 ml)

Uwagi: Objętość niedopasowania jest określana przez oprogramowanie RAPID w czasie rzeczywistym na podstawie różnicy pomiędzy objętością zmiany niedokrwiennej rdzenia a objętością zmiany Tmax>6s. Jeżeli zarówno tomografia komputerowa, jak i multimodalne badanie rezonansu magnetycznego są wykonywane przed rejestracją, ostatnia z tych dwóch metod zostanie poddana ocenie pod kątem przydatności. Angiografia tętnic mózgowych

(angiografia śródczaszkowa) jest wymagana jedynie w przypadku pacjentów poddanych wcześniej badaniu MRA; angiografia rezonansem magnetycznym tętnic szyjnych nie jest wymagana. Tomografia komputerowa w odcinkach tętnicy szyjnej wewnętrznej i zewnętrznej jest zwykle wykonywana równocześnie u pacjentów, poddanych wcześniej badaniu CTA, jednak tylko badanie CTA w odcinkach tętnicy szyjnej wewnętrznej jest wymagane do rejestracji.]”

15. Wskazał, że producent oprogramowania RAPID, tj. firma iSchemaView nie udostępniła publicznie szczegółów potoku przetwarzania badania perfuzji zastosowanych w oprogramowaniu RAPID. W związku z tym, bez znajomości żądanych parametrów, tj. wszystkich branych pod uwagę w potoku przetwarzania m.in. algorytmu dekonwolucji, wyboru globalnego lub lokalnego AIF, wygładzania przestrzennego itp.) nie jest możliwe uznanie przez Zamawiającego, iż wymagane przez niego parametry zostały spełnione. Wartość progów wyliczania poszczególnych objętości jest tylko jednym z parametrów potoku

przetwarzania, czego potwierdzeniem jest publikacja Olea Medical znajdująca się na stronie

producenta: (...)

16. Jak wynika z tej publikacji (strony 12 i 13 cytat wraz z publikacją naukową (...) rezultaty pomiaru poszczególnych parametrów mogą się znacznie różnić ze względu na wykorzystane

oprogramowanie.

17. Ponadto, jak wynika z Podręcznika Użytkownika, złożonego przez Brainomix Limited do oferty, na oszacowanie objętości może wpływać wiele czynników, takich jak: (...) potok przetwarzania końcowego stosowany przez oprogramowanie Olea Sphere®3.0 (obejmujący filtrowanie obrazu, korekcję ruchu, wybór funkcji AIFA/OF, metody dekonwolucji itd.).

18. W załączonych dokumentach oraz publikacjach producenta oprogramowania znajduje się informacja, że na wynik obliczeń wpływa wiele parametrów, a nie tylko jeden. O ile brak jest zastrzeżeń do spełnienia parametrów badania DAWN, ponieważ sa one określone jako CBF<30%, o tyle nie jest możliwe potwierdzenie zastosowania parametrów badania DEFUSE 3, ponieważ zastosowany potok przetwarzania (i obliczania parametrów) stanowią tajemnicę handlowa iSchemaView. Brainomix nie wykazał się żadnym potwierdzeniem zbieżności wyników (czy choćby potoku przetwarzania) z zastosowaniem parametrów RAPID oraz Olea Sphere. O braku wątpliwości co do rozumienia parametru numer 29 OPZ może świadczyć choćby fakt, że na etapie postępowania przetargowego, żaden z wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym tego parametru.

19. Jest to o tyle istotne, że diametralnie różne wyniki (zważywszy na fakt, że Olea Medical stosuje rutynowo próg rrBF<40% & Tmax >2s) mogą wpłynąć na podejmowane przez lekarzy decyzje. W skrajnym przypadku, pacjent może nie otrzymać (często ratującej życie)

terapii trombektomii mechanicznej, bądź zostać niewłaściwie zakwalifikowany (sytuacja, w której, RAPID nie zakwalifikowałby pacjenta, natomiast Olea dokonałaby takiej klasyfikacji, a zabieg kończy się komplikacjami). Biorąc pod uwagę wielkość zamówienia (17 szpitali), istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że taka sytuacja będzie miała miejsce, co w konsekwencji może mieć negatywne w skutkach następstwa dla pacjenta. Poruszając się w obszarze Evidence Based Medicine (to jest medycyna oparta na dowodach naukowych - korzystanie w postępowaniu klinicznym z wiarygodnych dowodów naukowych dotyczących skuteczności i bezpieczeństwa terapii), może to również spowodować wysokie ryzyko roszczeń wobec lekarza oraz szpitala. Rekomendacje AHA/ASA (American Hearth Association / American Stroke Association), na które Brainomix powołuje się w swojej prezentacji szkoleniowej (REF

22, strona 3), załączonej do oferty, jasno wskazują, że badanie perfuzji TK, MR lub MR-DWI zastosowane pomiędzy 6 a 24 godziną od momentu ostatnio widzianego sprawnego pacjenta, jest rekomendacją do kwalifikacji pacjenta do trombektomii mechanicznej, tylko w przypadku ścisłego stosowania kryteriów z Randomizowanych Badań Klinicznych. Wskazał na Międzynarodowe wytyczne selekcji pacjentów do terapii wewnątrznaczyniowej: [Tłumaczenie:

„Wytyczne z 2018 roku dotyczące wczesnej terapii pacjentów z ostrym udarem niedokrwiennym mózgu Obrazowanie mózgu (kontynuacja); U wybranych pacjentów, u których wykryto ostry udar niedokrwienny mózgu (AIS) w ciągu 6 do 24 godzin od ostatniej znanej normy, u których występuje zamknięcie dużych naczyń krwionośnych w przednim układzie krążenia, zaleca się wykonanie CTP, DW MRI lub MRI, aby pomóc w selekcji pacjentów do trombektomii mechanicznej , ale tylko wtedy, gdy obrazowanie i inne kryteria kwalifikacji Randomizowanych Badań Klinicznych (RCT - Rendomized Clinical Trial) ukazujących korzyśści są ściśle przestrzegane przy selekcji pacjentów do trombektomii mechanicznej]”.

20. Mając powyższe na uwadze, zaoferowane przez Brainomix moduły nie spełniają parametru opisanego w punkcie 29 OPZ, a tym samym nie gwarantują prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Parametr 25 OPZ:

21. Brainomix Limited nie wykazał także spełnienia parametru określonego w punkcie 25 OPZ, dotyczącego m.in. strzałkowych projekcji dla danych angiografii TK. Na potwierdzenie spełniania tego wymogu Brainomix przedłożył skróconą instrukcję obsługi (REF 18a), Podręcznik użytkownika e-CTA (REF 10), oraz przykładowy Raport Przypadku (REF 19). Jedyna wzmianka o projekcjach strzałkowych znajduje się w Raporcie przypadku, z tym, że z adnotacją: „zastosowanie wyłącznie do celów badawczych". W Podręczniku Użytkownika natomiast, jedyna wzmianka o projekcjach jest zawarta na stronie 17 i dotyczy obrazów MIP w projekcji osiowej i czołowej. Obrazy MIP w projekcji osiowej i czołowej: Dostępne do wyświetlania są projekcje o maksymalnej intensywności wykrytego układu naczyniowego w widokach osiowych i czołowych, z kodowaniem kolorystycznym w celu wskazania szczytowego czasu dotarcia bolusa, jeżeli źródłem był wielofazowy skan Angio TK. Przełączaj pomiędzy nimi za pomocą menu tytułu na obrazie MIP. Jeżeli wykryto LVO, lokalizacja zostanie przedstawiona na tych obrazach jako czerwone kółko (lub pomarańczowe w przypadku ręcznej edycji). To menu umożliwia ponadto dostęp do skanu nieopisanego. Rysunek 2 Podręcznik użytkownika e-CTA, REF 10 s. 17.

22. Biorąc pod uwagę powyższe, wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane za wystarczające, a tym samym nie można uznać, że Brainomix spełnił wymagania także tego parametru. Parametry 27 i 33 OPZ:

23. W ocenie Odwołującego, Brainomix nie spełnił również wymogów Zamawiającego odnośnie parametrów 27 i 33 OPZ. Jak wynika bowiem z tych wymagań, dla wszystkich oferowanych danych należy zapewnić wspólną platformę oprogramowania, wspólny interfejs graficzny wyświetlania i zachowywania danych oraz możliwy powinien być dostęp do aplikacji przez przeglądarkę www.

24. Jak wynika z przedłożonych przez Brainomix wraz z ofertą materiałów, oprogramowanie e- ASPECTS, e-CTA (2 moduły produkcji Brainomix) ma wyraźnie inny interfejs graficzny niż oprogramowanie Olea Sphere (1 moduł e-mismatch) zaoferowane przez Brainomix.

25. Jak wynika z załączonej przez Brainomix dokumentacji, wyświetlenie wyników przetwarzania perfuzji odbywa się poprzez jeden interfejs graficzny dostępny z poziomu przeglądarki www, niemniej jednak działanie związane ze zmianą parametrów przetwarzania związane jest z
korzystaniem z oddzielnej, niezależnej aplikacji Olea Sphere, niedostępnej z poziomu

przeglądarki www.

26. Przykładowo, wskazać można postanowienia załączonego przez Brainomix, jako REF11 Podręcznika Użytkownika Olea Sphere® 3.0. Na stronie 10 wskazano bowiem „Olea

Sphere® 3.0 stanowi pakiet oprogramowania do przeglądania, analizy i przetwarzania obrazów medycznych (system PACS), zgodny ze standardem DICOM. Oprogramowanie to działa w systemach operacyjnych Windows i Linux".

27. Idąc dalej, opisany na stronie 45 (i dalej) Podręcznika Użytkownika Olea Sphere interfejs jest różny od tego opisanego w REF 18 i REF 18a, oraz w podręcznikach użytkownika e-ASPECTS oraz e-CTA (REF 09, REF 10).

28. Wybór konkretnego badania / serii wygląda całkowicie inaczej dla modułów perfuzji (Rysunek 7), oraz e-ASPECTS (Rysunek 8).

29. Z załączonych przez Brainomix danych wynika, że wyniki oprogramowania Olea Sphere mogą być wyświetlane spełniając parametry 27 i 33 OPZ, natomiast jakakolwiek ingerencja (zgodnie z wymogiem nałożonym na użytkownika przez producenta: Olea Medical - REF 11 s 105; Rysunek 9 poniżej: „Użytkownik musi sprawdzić [...] i w razie potrzeby poprawić wyniki.") wymaga użycia oddzielnej aplikacji Olea zainstalowanej na stacji roboczej (zgodnie z przeznaczeniem - REF 11 str. 12). Zgodnie z załączona przez Brainomix dokumentacją, wykonawca ten jest w stanie spełnić wymogów SIWZ określonych w parametrach 27, 33 i 32 OPZ każde z osobna, ale nie jednocześnie. Dodatkowo, dokumenty dostarczone przez Brainomix zawierają sprzeczności. Przykładowo, w Podręczniku Użytkownika widnieje informacja, że oprogramowanie Olea może być zainstalowane na platformie Linux lub Windows, natomiast z ulotki Brainomix dotyczącej Olea Sphere - REF 08 - wynika, że minimalne wymaganie do instalacji Olea Sphere, to system Windows w kilku edycjach wymienionych w ulotce, co również wskazuje, że oferowany przez Brainomix produkt nie jest w stanie spełnić wymogów SIWZ określonych w parametrach 27, 33 i 32 OPZ jednocześnie. Ta konkluzja powinna zaś spowodować odrzucenie oferty Brainomix przez Zamawiającego. „A Użytkownik powinien zachować ostrożność podczas korzystania z oprogramowania. Wyświetlane objętości zainteresowania są wyodrębniane na podstawie wartości pro-gowych zastosowanych do ilościowych map parametrycznych obliczonych przez opro-gramowanie OleaSphere 3.0. Na oszacowanie objętości może wpływać wiele czyn-ników, takich jak: jakość danych obrazowych zależna od protokołu akwizycji (w tym od wstrzyknięcia środka kontrastowego) czy potok przetwarzania końcowego stosowany do danych przez oprogramowanie OleaSphere" 3.0 (obejmujący filtrowanie obrazu, korekcję ruchu, wybór funkcji AIFA/OF, metody dekonwolucji itd.). Użytkownik musi zade-cydować, czy dane wyjściowe z oprogramowania odpowiadają spodziewanym wynikom. Użytkownik musi sprawdzić trafność doboru potoku przetwarzania końcowego i w razie potrzeby poprawić wyniki. Niniejsze oprogramowanie nie jest podstawowym narzędziem diagnostycznym i w żaden sposób nie zastępuje kompetencji i opinii wykwalifikowanego lekarza. Może być ono używane wyłącznie przez wykwalifikowane i przeszkolone osoby z pełną świadomością możliwości i ograniczeń związanych z oprogramowaniem."

30. Biorąc pod uwagę powyższe, w zakresie także i tych parametrów, Brainomix nie spełnił wymagań Zamawiającego.

31. W związku z tym, Zamawiający nie spełnił podstawowego swojego obowiązku, a mianowicie nie dokonał rzetelnej oceny oferty Brainomix. Gdyby w całości ją zweryfikował, to zgodnie z tym co zostało wykazane powyżej, uznałby, że oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ, w związku z czym winna ona zostać odrzucona.

32. Wskazał na wyrok KIO 1032/19 i podał: „Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę".

33. Zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty powinna odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli taka sytuacja nie ma miejsca, to nie można uznać, że treść oferty Brainomix jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. W myśl wyroku KIO 103/17: „Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty kreuje natomiast oświadczenie (zobowiązanie) wykonawcy. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie, w tym odnoszone do sprecyzowania przedmiotu dostawy - nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, w tym do sprecyzowania oferowanego

świadczenia - co stanowi element sine qua non oferty, a więc mateńalnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ".

34. Wskazane przez Brainomix parametry są niezgodne z wymaganiami SIWZ opisanymi przez Zamawiającego, w związku z czym nie jest on w stanie zapewnić realizacji zamówienia określonego w dokumentacji przetargowej. Dlatego też oferta Brainomix powinna zostać odrzucona. Nie odrzucając jej, Zamawiający naruszył p.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie i w uzasadnieniu stanowiska podał:

1. Zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie poprawności oferty Przystępującego. W konsekwencji wybór oferty Przystępującego w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający uznaje za zgodny z przepisami.

2. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby uzupełniające wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień (odpowiedzi na poszczególne, konkretnie sformułowane pytania Zamawiającego) było w okolicznościach niniejszej sprawy niedopuszczalna na gruncie art. 90 ust. 1 PZP. W szczególności Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, który określa wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2020 r. jako wezwanie „powtórne" (rozumiane jako nowe wezwanie). Zamawiający skierował do Przystępującego w dniu 12 listopada 2019 r. wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny. Wezwanie to uruchomiło procedurę ustalania przez Zamawiającego czy w przypadku oferty Przystępującego mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W związku z faktem, iż wezwanie z dnia 12 listopada 2019 r. miało ogólny charakter (odwoływało się w głównej mierze do zacytowania przepisów ustawy PZP, nie wskazywało na konkretne pozycje mające podlegać wyjaśnieniu) oraz wystąpienia po stronie Zamawiającego dalszych i nowych wątpliwości (w związku z przedłożonymi wyjaśnieniami z 18 listopada 2019 r.), Zamawiający w dniu 13 stycznia 2020 r. skierował do Przystępującego wezwanie wskazując konkretne pytania uszczegóławiając zakres informacji jakie konieczne są dla Zamawiającego aby ostatecznie rozstrzygnąć, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

3. W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia nie z dwoma odrębnymi wezwaniami do wyjaśnień (jak zdaje się sugerować Odwołujący) ale z jedną zamkniętą procedurą składającą się z pierwszego ogólnego wezwania, odpowiedzi Przystępującego, wystąpieniem po stronie Zamawiającego dalszych wątpliwości, kolejnego wezwania zawierającego szczegółowe pytania (względem pierwotnych wyjaśnień), uszczegółowionych wyjaśnień i ostatecznej oceny Zamawiającego, że w przypadku oferty Przystępującego nie występuje rażąco niska cena. Przedmiotowe działania stanowią pewną całość — jest to proces badania oferty pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny, a nie jednostkowa czynność Zamawiającego.

4. W zakresie możliwości występowania przez zamawiających z dalszymi wezwaniami do wyjaśnień wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza. Tytułem przykładu można zacytować poniższe tezy:

- Ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia (wyrok KIO 728/19);

- Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia (wyrok KIO 2212/17);

- Nie ma przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia odnośnie ceny zaoferowanej przez wykonawcę wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości, oczywiście poza przypadkiem, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień (wyrok KIO 266/18);

- Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieodnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niepotwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Możliwość wezwania do

dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparte dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego (wyrok KIO 2411/17).

5. Odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niską jest z perspektywy wykonawcy najbardziej skrajnym rozstrzygnięciem zamawiającego. Dlatego też decyzja ta powinna być poprzedzona szczegółową analizą i w przypadku wystąpienia po stronie zamawiającego dalszych wątpliwości zamawiający powinien mieć możliwość (a w zasadzie jest to jego obowiązkiem) wystąpienia z wezwaniem o dalsze wyjaśnienia. Oczywiście granicą realizacji tego obowiązku jest przestrzeganie przez zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, w szczególności określonych w art. 7 ust. 1 PZP. Zdaniem Zamawiającego w okolicznościach niniejszej sprawy nie możemy jednak przyjąć, iż uzupełniające wezwanie Przystępującego do wyjaśnień naruszyło ww. zasady. W praktyce Zamawiającego podobna sprawa toczyła się przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 1253/18) gdzie KIO podzieliła pogląd Zamawiającego o możliwości uzupełniającego wezwania o złożenie wyjaśnień.

6. Należy dodać, iż przedstawiona przez Przystępującego odpowiedź na wezwanie o udzielenie wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2020 r. w żadnym wypadku nie zmodyfikowała wcześniejszych wyjaśnień lecz miała na celu wyłącznie ich uszczegółowienie. Wyjaśnienia dodatkowe nie zostały przedstawione w oderwaniu od pierwotnie złożonych lecz odniosły się do ich

konkretnych elementów, o których wyjaśnienie zawnioskował Zamawiający. Odpowiedź ta nie wprowadziła nowych pozycji cenotwórczych względem pierwotnej, odniosła się do tych samych kwot (cen) wykazanych w poprzednich wyjaśnieniach. Jej zakres ma zatem charakter wyjaśniający wątpliwości Zamawiającego oraz uszczegółowiający i uzupełniający

informacje Zamawiającego w przedmiocie badania czy zachodzi przypadek rażąco niskiej

ceny w ofercie Przystępującego.

7. Mając na uwadze powyższe Zamawiający stoi na stanowisku, iż w okolicznościach niniejszej sprawy miał prawo (nawet obowiązek) skierować do Przystępującego pismo z dnia 13 stycznia 2020 r. wzywające do udzielenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny. W konsekwencji zarzut Odwołującego w przedmiotowym zakresie nie znajduje uzasadnienia.

8. W konsekwencji przyjęcia przez Zamawiającego, iż zarzut nr 1 odwołania nie znajduje uzasadnienia należy przyjąć, iż tożsamy los dzieli zarzut nr 2.

9. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 PZP zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie

udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze niniejszy przepis, w ocenie Zamawiającego przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody nie potwierdzają, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Na potwierdzenie tego stanowiska Zamawiający pokrótce odniesie się do poszczególnych kwestii poruszanych w ramach zarzutu nr 3 odwołania.

10. Odwołujący wskazał, iż cena zaoferowana przez Przystępującego za wykonanie przedmiotu zamówienia drastycznie odbiega od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz od ceny zaoferowanej przez samego Odwołującego - jest to fakt bezsporny i oczywisty dla wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, iż cena zawarta w ofercie Przystępującego jest niższa o około 50% od ww. wartości. Zamawiający podkreśla jednak, że nie byłoby procesu badania rażąco niskiej ceny, gdyby cena ta była na poziomie przewidzianego budżetu, czy oferty Odwołującego. Właśnie dlatego, że wystąpiły ustawowe przestanki Zamawiający rozpoczął procedurę wyjaśniania czy zachodzi przypadek ceny rażąco niskiej czy też nie. W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia w ramach procesu badania ceny stanowią potwierdzenie, iż w ofercie Przystępującego nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

11. Odwołujący podkreśla również, iż ceny oferowane przez Przystępującego w innych postępowaniach odbiegają od ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazuje natomiast, że Przystępujący przedstawił w procesie wyjaśniania rażąco niskiej ceny trzech odbiorców (pierwotnie we Włoszech, oraz dodatkowo w Wielkiej

Brytanii i na Węgrzech), u których wykazał zbliżony i nie odbiegający od siebie poziom zaoferowanych cen. Jak wskazał podstawą do ceny w niniejszym postępowaniu stało się zamówienie dla ASL Włochy, względem którego przedstawił szczegółowe wyliczenia i uzasadnienie jak przekłada się cena z tamtego zamówienia na niniejsze. Przedstawił również wyjaśnienie jak korelują ze sobą ceny oferowane dla poszczególnych odbiorców we Włoszech, w Wielkiej Brytanii i na Węgrzech.

12. W zakresie zarzutu dotyczącego naliczania rabatów Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego. Przystępujący szczegółowo odniósł się do konstrukcji naliczanych przez siebie rabatów / dyskonta wartości pieniądza w czasie. Wskazał również sposób ich naliczania względem zastosowanej ceny wyjściowej. Zamawiający nie widzi podstaw, bazując na kompleksowych wyjaśnieniach Przystępującego, do doszukiwania się jeszcze kolejnego rabatu Zgodnie z posiadaną wiedzą wynikającą z procesu badania ceny Przystępujący przewidział dwa rabaty / dyskonta, których zastosowanie oddaje cenę zaoferowaną w postępowaniu.

13. Zamawiający nie podziela zarzutu o nieporównywalności przedmiotowego zamówienia z trzema zamówieniami wykazanymi w ramach dowodów do wyjaśnień. Przystępujący wprost w wyjaśnieniach wskazał (str. 3 wyjaśnień z 16 stycznia 2020 r. pkt fa), iż oferuje oprogramowanie wraz z jego instalacją i szkoleniami dla klienta (taka jest jego praktyka firmowa). Fakt ten podkreślił również w kontekście poszczególnych zamówień wykazywanych jako zbliżone do obecnego w tych samych wyjaśnieniach w pkt. La. (str. 2) czy pkt. 2.d. (str. 3). Istotne też jest to, że niniejszy projekt (Telestroke) jest w pewnym sensie unikatowy co do zakresu i skali, co podkreślił również Przystępujący w wyjaśnieniach (str. 2). Oznacza to, iż trudno jest odnaleźć w Polsce czy Europie zamówienie identyczne czy też zbliżone. Tym bardziej wyjaśnienia ceny i poczynione w nich założenia, oparte na stosowanych przez Przystępującego rozwiązaniach w innych kontraktach, czy to w ramach jego polityki finansowej, ukazują rzetelne uzasadnienie braku rażąco niskiej ceny.

14. Zamawiający nie ma podstaw by twierdzić, że pewne czynności / parametry wymagane opisem zamówienia nie zostaną przez Przystępującego wykonane czy też że nie zostały uwzględnione w procesie wyjaśniania braku rażąco niskiej ceny. Przystępujący złożył w ofercie oświadczenie, iż wykona cały przedmiot zamówienia zgodnie ze specyfikacją w tym w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia. Co więcej potwierdził spełnianie poszczególnych parametrów / wymogów, przedstawiając szeroką dokumentację firmową

i techniczną nawet w przypadku parametrów, względem których nie był do tego zobowiązany specyfikacją. Ponad to szerokie wyjaśnienia w przedmiocie zaoferowanej ceny przesądzają kwestię, iż Przystępujący wycenił wszystkie elementy wpływające na poziom jego ceny, w tym przede wszystkim oprogramowanie wraz z pełną instalacją. W myśl powyżej przywołanego oświadczenia nie sposób domniemywać, iż jakiś element zamówienia nie zostanie wykonany.

15. W przedmiocie zarzutu o sprzeczności wyjaśnień, Zamawiający nie może zgodzić się z Odwołującym, który próbuje tak dostosowywać poszczególne elementy wyjaśnień Przystępującego do swoich twierdzeń z odwołania, aby przedstawić te wyjaśnienia jako wewnętrznie sprzeczne. Zamawiający podkreśla, iż takowa sprzeczność nie występuje. W pierwszych wyjaśnieniach wskazano sposób współpracy czy zatrudnienia osób, natomiast w uszczegółowieniu tych wyjaśnień Przystępujący odwołuje się do faktu posiadania agenta w Polsce, nie dyskredytując sposobu czy też formy współpracy z nim w kontekście pierwotnych wyjaśnień. Zamawiający nie znajduje sugerowanej przez Odwołującego sprzeczności. Stwierdza natomiast iż uzupełniające wyjaśnienia są logiczną kontynuacją pierwotnie przedstawionych twierdzeń Przystępującego.

16. Po przeprowadzeniu procedury badania zaoferowanej ceny, Zamawiający uzyskał przekonanie, iż przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami i kalkulacjami nie stanowią podstawy do uznania, że oferta ta zawiera rażąco niska cenę. W ocenie Zamawiającego Przystępujący sprostał obowiązkowi wykazania i udowodnienia braku w swojej ofercie ceny rażąco niskiej.

17.Odnosząc się do zarzutu nr 4 odwołania Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, iż oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i w konsekwencji jej złożenie nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

18.Odnosząc się do zarzutu nr 5 i 6 (zarzuty merytoryczne) odwołania Zamawiający podtrzymał w całości stanowisko, że oferta Przystępującego spełnia wymagania i warunki określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Szczegółowe, a ustosunkowanie się do przedmiotowych zarzutów nastąpi na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca BRAINOMIX LIMITED z siedzibą w Oxfordzie (wykonawca Brainomix lub Przystępujący) (pismo z dnia 6 lutego 2020 r.) wnosząc także o oddalenie odwołania i podając m.in., że podtrzymuje (...) wszystkie twierdzenia, wyjaśnienia i dowody przedstawiane Zamawiającemu w odpowiedzi na pytania dotyczące kalkulacji ceny. Wobec przedstawianych przez odwołującego zarzutów w zakresie dwukrotnego zwracania się do Brainomix Ltd o udzielenie wyjaśnień, oświadczam, że pierwsze wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 12 listopada 2019 roku) odnosiło się do konkretnych zagadnień w tym piśmie wymienionych, wobec czego odpowiedź do tych zagadnień została ograniczona. Nie można zarzucać zatem Zamawiającemu, że kolejne z wezwań dotyczyło innych zagadnień, których potrzeba wyjaśnienia powstała w dalszym toku postępowania".

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła:

Zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu (i specyfikacją) po ich zmianach Szpital Uniwersytecki w Krakowie jako realizator oraz koordynator programu polityki zdrowotnej pn.: „Program Profilaktyki i Leczenia Chorób Układu Sercowo Naczyniowego Polkard na lata 2017-2020" przeprowadza niniejszą procedurę w celu udzielenia zamówienia publicznego w imieniu pozostałych 17 jednostek będących uczestnikami przywołanego programu. Przedmiotem zamówienia jak wskazano w jego nazwie jest „Dostawa licencji wraz z wdrożeniem systemu informatycznego służącego do post-processingu obrazowania mózgu u chorych na udar niedokrwienny mózgu", jednakże opisu przedmiotu zamówienia podanym w załączniku 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ze wzoru umowy (m.in. § 1 i 2 ust.3 wzoru umowy) - jego uszczegółowionego zakresu - wynika, że to zamówienie obejmuje: dostawę sprzętu komputerowego m.in. serwer oraz wdrożenie Systemu dla szpitala, w tym instalacja oprogramowania, udzielenie licencji na korzystanie z Systemu, przeszkolenie użytkowników oraz udzielenie gwarancji, serwisu i nadzoru autorskiego oraz wykonywania czynności serwisowych przez okres 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego). Według załącznika nr 1a do siwz w jego tytule wskazano, że: „Przedmiotem zamówienia jest: pakiet oprogramowania do przeglądania, analizy i przetwarzania danych medycznych z funkcjami do dynamicznej analizy obrazu i przetwarzania/wyświetlania danych obrazowania dyfuzyjnego rezonansu magnetycznego, analizy danych bezkontrastowej tomografii komputerowej mózgu, perfuzji TK i MR oraz angiografii TK mózgu, o parametrach określonych (.). Według dalszych opisów w formularzu 1a wyodrębniono dwie tabele (nie podzielone).

W pierwszej tabeli składającej się z czterech kolumn;

- ✓ w kolumnie 1 wskazano na przedmiot z opisem jak w Ogłoszeniu i specyfikacji (pkt ..);
- ✓ w kolumnie 2 wymagano podania ceny jednostkowej brutt (zł);
- ✓ w kolejnej 3 wskazano na ilość (szt.) - 17;
- ✓ a w ostatniej kolumnie [4=2x3] miała być podana Cena całkowita brutto [zł].

Cena z kolumny czwartej miała być podana w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do specyfikacji) zgodnie z jego punktem 1: „ 1.Oferujemy wykonanie całego przedmiotu zamówienia za cenę:

Cena brutto oferty..... zgodnie ze specyfikacją wraz z załącznikami w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia (załączniku nr 1a do specyfikacji) oraz wzorem umowy (załącznik nr 3 do specyfikacji)."

W drugiej tabeli składającej się z trzech kolumn [Lp. - Parametr - Parametry podlegające uzupełnieniu] opisano 37 parametrów zaznaczając, który z nich jest wymagany, a który punktowany i które nie wymagają wypełnienia (dotyczyło to wymaganych nie punktowanych w kryterium z opisami zamawiającego - z wyjątkiem pozycji 1, który dotyczył serwera dla którego wymagane było podanie producenta i modelu). Parametry punktowane (według opisu w kryteriach) zamieszczono w pozycjach: 5, 25, 26,32 i 35 załącznika 1a.

Wynagrodzenie w przypadku tego zamówienia ma być płatne (§ 4 ust.1) za należyte wykonanie przedmiotu umowy (§ 1 ust.1), a w szczególności za dostarczenie sprzętu, wdrożenie Systemu, w tym instalację oprogramowania, udzielenie licencji, przeprowadzenie szkoleń oraz udzielenie gwarancji, serwis i nadzór autorski. Podstawą zapłaty faktury będzie podpisany przez Strony bezusterkowy protokół odbioru końcowego.

Wartość szacunkowa zamówienia określona została według Ogłoszenia z dnia 13 10. 2019 r. (ustalenie z dnia 23.05.2019 r. i jego aktualizacja z 9.09.2019) na kwotę (bez VAT): 1.198 800.00 PLN (342.681,45 euro), a następnie skorygowana i według Protokołu kwota ta została w dniu 16.10.2019r. skorygowana do kwoty 3.855.600 zł (894.218,06 euro). Tak jak wskazał Zamawiający podstawą ustalenia wartości zamówienia było: „Rozpoznanie rynku, oferty producentów i dystrybutorów sprzętu". Według dokumentacji prośby o oferty cenowe zostały skierowane do dwóch producentów oprogramowania, a mianowicie: do Medotronic Poland sp. z o.o. z Warszawy (Odwołujący) oraz do Brainomix Suites z Oxfordu. Na otwarciu ofert podano kwotę 4.164 048,00 zł, która to kwota przeznaczona została na sfinansowanie zamówienia.

Oferty złożyło dwóch wykonawców: 1) Medtronic Poland Sp. z o.o. z Warszawy z ceną 4.031.856 zł oraz 2) Brainomix Limited z Oxfordu z ceną 2 175 660,00 zł * (* wartość netto: Zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp na potrzeby oceny ofert doliczył do zaoferowanej ceny podatek VAT, i ta cena wynosiła: „2 349 712,80 zł", o czym powiadomił wykonawcę). W związku z powyższymi cenami Zamawiający w dniu 12/11/2019 skierował do wykonawcy Brainomix Limited z Oxfordu wezwanie o wyjaśnienie ceny następującej treści:

„W związku z zaistnieniem przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (cena oferty jest niższa 0 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT) proszę o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny przedmiotowego zamówienia, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ww. ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy."

Wykonawca w piśmie z dnia 15 listopada 2019 r. podał:

„W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny wyjaśnia się co następuje :

1) Brainomix Ltd nie korzysta w żadnym zakresie z pomocy publicznej ani na podstawie prawa właściwego ze względu na siedzibę spółki, ani na podstawie prawa polskiego,

2) Brainomix Ltd nie przewiduje przy realizowaniu zamówienia zawierania umów, co do których zastosowanie będą miały przepisy prawa polskiego w zakresie prawa pracy oraz prawa o zabezpieczeniu społecznym. Osoby, które będą wykonywać zamówienie, będą albo

pracownikami zatrudnionymi przez Brainomix Ltd na podstawie prawa angielskiego albo

będą świadczyć na rzecz Brainomix Ltd usługi na podstawie umów podlegających prawu

angielskiemu,

3) opis przedmiotu zamówienia i charakter tego przedmiotu wyklucza aby przy jego realizacji zastosowanie miały przepisy o ochronie środowiska i dlatego niezastosowanie się do takich

przepisów nie ma żadnego wpływy na wysokość oferowanej ceny,

4) Brainomix Ltd nie przewiduje przy realizowaniu zamówienia powierzenia wykonania jakiejkolwiek części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Brainomix Ltd wyjaśnia, że oprogramowanie, które zostało zaoferowane w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostało, w dwóch z trzech modułów, opracowane i wytworzone przez pracowników Spółki w ramach ich zatrudnienia na podstawie umów o pracę, a umowy te przewidywały pierwotne (nie translatywne) nabycie przez pracodawcę (Brainomix Ltd) wszelkich praw do oprogramowania wytworzonego przez pracowników oprogramowania oraz do oferowania tego oprogramowania w działalności gospodarczej spółki. W katalogu głównym kodu źródłowego oferowanego oprogramowania zamieszczona została informacja (copyright notice), o przysługujących Brainomix Ltd prawach autorskich. Dlatego też Brainomix Ltd jest jedynym i wyłącznym uprawnionym z tytułu praw autorskich do oferowanego oprogramowania. W konsekwencji powoduje to, że poza wynagrodzeniem pracowników, nie poniesiono jakichkolwiek kosztów związanych z nabyciem praw do oferowanego oprogramowania, nie ma zwłaszcza konieczności ponoszenia przez Brainomax Ltd jakichkolwiek opłat za korzystanie z własności intelektualnej osób trzecich.

Wynagrodzenia pracowników, którzy wytworzyli oprogramowanie zostały określone i wypłacone w zgodzie z mającymi zastosowanie przepisami prawa angielskiego oraz z warunkami ukształtowanymi na relewantnym rynku pracy.

Jeden z trzech modułów oprogramowania to jest Brainomix Ltd oferuje korzystając z licencji udzielonej przez Olea - Medical.

Poza tym oferta odrębnie przewiduje dostarczenie licencji na oprogramowanie PACS, a koszt nabycia tej licencji nie odbiega od warunków rynkowych.

Reasumując, cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu nie odbiega od cen wskazywanych przez Brainomix Ltd w innych ofertach dotyczących przedmiotowego oprogramowania. Na dowód powyższego przedstawiona zostaje faktura wystawiona dla ASL Lecce, włoskiego podmiotu organizującego sieć szpitali monitorujących obraz mózgu pacjentów po przebytym udarze mózgu oraz kalkulacja ceny.

Jednocześnie przedstawiona zostaje kalkulacja ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu oraz kalkulacja ceny dla ASL Lecce.

Braimomix LTD zastrzega, że nie mogą być udostępniane zawarte w fakturze wystawionej dla ASL Lecce dane dotyczące poszczególnych szpitali (ich nazwy). Dane te stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, przedstawiają bowiem jakie jest źródło uzyskiwanych przez Brainomix Ltd dochodów i zysków.

Ani informacje o kontrahentach Brainomix Ltd, ani też załączona do niniejszego wyjaśnienia faktura nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Brainomix Ltd podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania wskazanych powyżej informacji w poufności. Każdy z mających dostęp do tych informacji pracowników i współpracowników został pouczony o obowiązku zachowania ich w tajemnicy oraz o konsekwencjach uchybienia temu obowiązkowi.”

Zgodnie z tym wyjaśnieniem załączył do pisma: 1) kalkulację ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu oraz 2) kalkulację ceny dla ASL Lecce. W tych dokumentach

wskazano, że kalkulacja dotyczy (dla 17 szpitali) Licencji e-ASPCETS, e-CTA, wraz z instalacją, szkoleniem, serwisem wszystkich trzech modułów łącznie z perfuzją. Wymieniono:

Olea Sphere licencja, Serwer, Koszty transportu, Gwarancję, PACS oraz określono koszty dla każdego tytułu. Także przedstawiono kalkulację cenową dla e-SS (e-ASPECTS, e-CTA, Perfuzja), a odrębnym załączniku zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawiono fakturę na potwierdzenie stosowanych cen w relacjach biznesowych z kontrahentami.

Odnośnie potwierdzenia parametrów technicznych opisanych w OPZ, Zamawiający także w piśmie z dnia 12 listopada 2019 r. (odrębnym) wezwał wykonawcę Brainomix Ltd do złożenia dokumentów, a mianowicie podał w piśmie:

„Na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywam (...) do złożenia dokumentów wymienionych w punkcie 6.5 specyfikacji, aktualnych na dzień złożenia. Jeżeli dany dokument został złożony w ofercie, zamiast uzupełnienia dokumentu Wykonawca może złożyć oświadczenie, że dokument, który został już złożony w ofercie (pomimo tego, że nie było to wymagane na tym etapie postępowania), jest aktualny i Zamawiający ma ten dokument zbadać. (....). Dokumenty wymienione w podpunkcie 6.5.1 (objęte tym wezwaniem) dotyczą dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, dla których parametry według wzoru z formularza 1a wykonawca przedłożył w ofercie.

Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę - jak poinformował w piśmie z dnia 9 grudnia 2019 r. - uznał ofertę wykonawcy Brainomix. Wybór tej oferty został zaskarżony przez wykonawcę Medtronic, który w odwołaniu z dnia 16 grudnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 2580/19) wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp - w związku z wyborem oferty tego wykonawcy i zaniechaniem odrzucenia tej oferty - a mianowicie: (1) art. 90 ust. 3 - Brainomix nie złożył skutecznie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, gdyż przedłożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i niepoparty dowodami, a przedłożona kalkulacja zawiera liczne błędy obliczeniowe, logiczne i nieścisłości, powodujące, że nie można uznać ich za wyjaśnienie ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, co oznacza, że Brainomix nie udzielił wyjaśnień; (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3: - cena zaproponowana przez Brainomix jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia; (3) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji - oferta złożona przez Brainomix, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powyższych przepisów, gdyż zakłada sprzedaż towarów i usług objętych ofertą poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia; (4) art. 91 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 - oferta Brainomix nie spełnia wymogów w zakresie parametrów opisanych w Opisie przedmiotu zamówienia („OPZ"), parametru nr 25, 27, 29 oraz 33 oraz 32 (jak wskazywał w uzasadnieniu). Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie wyboru oferty

wykonawcy Brainomix; (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (3) odrzucenie oferty Brainomix; (4) wybór oferty Odwołującego.

Zamawiający decyzją z dnia 23 grudnia 2019 r. w zakresie przedmiotowego postepowania unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Brainomix Limited (dokonaną w dniu 09.12.2019 r.). W piśmie skierowanym do wykonawców oraz w odpowiedzi na odwołanie skierowanym do Prezesa KIO poinformował, że (...) powtórzy również czynność badania i oceny ofert w przedmiotowym postepowaniu. O kolejnych czynnościach Zamawiający będzie informował odrębnymi pismami". Odwołujący mając na uwadze te okoliczności w dniu 30 grudnia 2019 r. na posiedzeniu oświadczył, że wycofuje powyższe odwołanie. Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2580/19 postanowieniem i w jego uzasadnieniu m.in. wskazała, że: „Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie. Zaznaczyć należy, że wycofanie nastąpiło w sytuacji, w której Zamawiający unieważnił czynność, od której odwołał się Odwołujący. Jak trafnie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wobec zniesienia czynności będącej podstawą wniesienia zarzutów przez Odwołującego, odwołanie w takiej sytuacji utraciło rację bytu. W konsekwencji

Odwołujący będzie miał prawo do wniesienia odwołania od rezultatów czynności powtórzonych i na nowo podjętych przez Zamawiającego po tym, jak zdecydował się cofnąć prowadzone postępowanie do fazy badania i oceny ofert." Powtarzając czynność badania i oceny ofert zamawiający skierował do wykonawcy Brainomix pismo w dniu 13 stycznia 2020 r. wezwanie podając w tym piśmie, że: „Działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaistnieniem przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a, a także mając na uwadze złożone już (.) (dnia 18.11.2019 r.) wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny zamówienia (.), wzywa (.) do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny w następującym zakresie: (.). Zakres pytań (ich treść zawarty w literach od a) do d) został zgodnie z ich oryginalną treścią zacytowany w całości w odwołaniu i został już zamieszczony powyżej w uzasadnieniu (jego stanie faktycznym ustalonym na podstawie odwołania wykonawcy). Wykonawca w odpowiedzi odniósł się do wszystkich zagadnień których dotyczyło wezwanie, zawarł w części opisowej także obliczenia, a na ich poparcie załączniki zawierające kalkulacje (2) oraz zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa formularze Zamówienia (z ich tłumaczeniem) stosowane w kontaktach handlowych z odbiorcami dostaw (Formularz zamówienia z CAM w Wielkiej Brytanii a także faktury dostawy (Faktura dla PECS na Węgrzech) oraz oferty (Oferta od firmy DELL za serwery, Oferta za niektóre licencje PACS)

W zawiadomieniu z dnia 21 stycznia 2020 r. w związku z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert na dostawę licencji wraz z wdrożeniem systemu informatycznego

służącego do post-processingu obrazowania mózgu u chorych na udar niedokrwienny

mózgu wskazano, że wybrano ofertę Brainomix Limited (.) na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji, która uzyskała najwyższą liczbę punktów. W punkcie 3 tego pisma: „Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert" zamawiający wskazał:

	Liczba punktów w kryterium cena (60%)	Liczba punktów w kryterium parametry techniczne (20%)	Liczba punktów w kryterium okres trwania licencji oprogramowani	Razem
Oferta 1: Braino Limited	60,00	16,67	20,00	96,67
Oferta 2: Medtronic Poland	34,97	20,00	10,28	65,25

W uzasadnieniu liczby przyznanych punktów podał, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, każda powyższa oferta otrzymała punkty w poszczególnych kryteriach oceny ofert zgodnie ze sposobem ich przyznawania, określonym w Specyfikacji.

Izba mając na uwadze powyższe zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniu - w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Brainomix i zaniechaniem odrzucenia tej oferty - dotyczą naruszenia: (1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z jej art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a z uwagi na skierowanie do tego wykonawcy ponownego wezwania (z dnia 13.01.2020 r.) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, w sytuacji gdy pierwotne wyjaśnienia (z dnia 15.11.2019 r.) były niepełne i ogólnikowe, niepoparte dowodami, co naruszało art. 90 ust.2 ustawy Pzp i w konsekwencji skutkować powinno odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp bez dodatkowych wezwań, albowiem wykonawca Brainomix nie udzielił wyjaśnień; (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z jej art. 90 ust. 3 z uwagi na to, że cena zaproponowana jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia; (3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Brainomix, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powyższych przepisów, gdyż zakłada sprzedaż towarów i usług objętych ofertą poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia; (4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp albowiem oferta Brainomix nie spełnia wymogów określonych w zakresie parametrów opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia - zał. nr 1a - a mianowicie parametru nr 25, 27, 29 oraz 33 i parametru 32 (według argumentacji z uzasadnienia).

W stanie faktycznym sprawy należało zgodzić się z Zamawiającym i wykonawcą Przystępującym po jego stronie (wykonawcą Brainomix), że skierowanie do tego wykonawcy wezwania z dnia 13 stycznia 2020 r. nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z

jej art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a. Przede wszystkim te wyjaśnienia nie zmieniały wyjaśnień z 15 listopada 2019 r., ale w żądanym zakresie stanowiły m.in. ich uszczegółowienie. Te wyjaśnienia dodatkowe odnoszą się do konkretnych elementów, o których wyjaśnienie zawnioskował Zamawiający. Nie wprowadziły nowych pozycji cenotwórczych względem pierwotnych, odnoszą się do tych samych kwot (cen) wykazanych w poprzednich wyjaśnieniach. Ich zakres ma charakter wyjaśniający wątpliwości Zamawiającego oraz uszczegółowiający i uzupełniający informacje Zamawiającego w procedurze badania czy zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Brainomix. Niewątpliwie (jak wskazywał Zamawiający) odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niską jest z perspektywy wykonawcy najbardziej skrajnym rozstrzygnięciem zamawiającego. Dlatego też decyzja ta powinna być poprzedzona szczegółową analizą i w przypadku wystąpienia po stronie zamawiającego dalszych wątpliwości zamawiający powinien mieć możliwość (a w zasadzie obowiązek) wystąpienia z dalszym wezwaniem o dalsze wyjaśnienia. Oczywiście granicą realizacji tego obowiązku jest przestrzeganie przez zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, w szczególności określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. W okolicznościach tej sprawy nie możemy przyjąć, że uzupełniające wezwanie wykonawcy do wyjaśnień naruszyło te zasady. Zdaniem Izby wezwanie z 13 stycznia 2020 r. było kontynuacją procedury wyjaśnień uruchomionej wezwaniem z 12 listopada 2019 r. Niewątpliwie wezwanie z dnia 12 listopada 2019 r. miało ogólny charakter (odwoływało się w głównej mierze do zacytowania przepisów ustawy Pzp, nie wskazywało na konkretne pozycje mające podlegać wyjaśnieniu). Z kolei w wezwaniu z dnia 13 stycznia 2020 r. Zamawiający wskazał w formie pytań na konkretne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, uszczegóławiając zakres informacji jakie konieczne są dla Zamawiającego aby ostatecznie rozstrzygnąć, czy oferta Przystępującego nie zawiera

rażąco niskiej ceny. Izba tym samym zgodziła się z Zamawiającym, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z dwoma wezwaniami do wyjaśnień, ale w ramach jednej zamkniętej procedury składającej się z pierwszego ogólnego wezwania, odpowiedzi Przystępującego adekwatnej do treści wezwania, wystąpieniem po stronie Zamawiającego dalszych wątpliwości, kolejnego wezwania zawierającego szczegółowe pytania (względem pierwotnych wyjaśnień), uszczegółowionych wyjaśnień i następnie ostatecznej oceny przez Zamawiającego, że w przypadku oferty wykonawcy Brainomix nie występuje rażąco niska cena. Przedmiotowe działania stanowią pewną całość — jest to proces badania oferty pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny, a nie jednostkowa czynność Zamawiającego. Tym samym także drugi z zarzutów naruszenia w tym postępowaniu art. 90

ust.2 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 (odnoszący się do wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 15 listopada 2019 r.) nie został uwzględniony.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z jej art. 90 ust. 3 Izba stwierdza przede wszystkim, że po pierwsze wykonawca Brainomix w piśmie z dnia 15 listopada udzielił wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej, co prawda ogólnych w stosunku do tych które udzielił z 16 stycznia 2020 r., jednakże odniósł się do treści wezwania z dnia 12 listopada 2019 r. Z tych wyjaśnień (podobnie z kolejnych) nie wynika, aby wykonawca przedstawiając kalkulację nie uwzględnił pełnego zakresu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, wykonawca Brainomix w składanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazując na dostawy na rzecz trzech odbiorców (pierwotnie we Włoszech, oraz dodatkowo w Wielkiej Brytanii i na Węgrzech), wykazał zbliżony i nie odbiegający od siebie poziom zaoferowanych cen. Jak wskazał podstawą do ceny w niniejszym postępowaniu stało się zamówienie dla ASL Włochy, względem którego przedstawił szczegółowe wyliczenia i uzasadnienie jak przekłada się cena z tamtego zamówienia na niniejsze. Przedstawił również wyjaśnienie jak korelują ze sobą ceny oferowane dla poszczególnych odbiorców we Włoszech, w Wielkiej Brytanii i na Węgrzech. Odnośnie zarzutu dotyczącego naliczania rabatów Przystępujący szczegółowo odniósł się do konstrukcji naliczanych przez siebie rabatów / dyskonta wartości pieniądza w czasie. Wskazał również sposób ich naliczania względem zastosowanej ceny wyjściowej. Izba także zwraca uwagę, że wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2020r. wskazał (str. 3 wyjaśnień), że jego oferta dotyczy standardowo oprogramowania wraz z jego instalacją i szkoleniami dla klienta (taka jest jego praktyka firmowa). Fakt ten podkreślił również w tych wyjaśnieniach w kontekście poszczególnych zamówień wykazywanych jako zbliżone do obecnego. Niewątpliwie z uwagi na zakres i skalę tego zamówienia zarówno na rynku krajowym jak i w UE trudno jest wskazać na zamówienie identyczne czy też zbliżone. Tym bardziej wyjaśnienia ceny i poczynione w nich założenia, oparte na stosowanych przez wykonawcę rozwiązaniach w innych kontraktach, czy to w ramach jego polityki finansowej, ukazują rzetelne uzasadnienie braku rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, Zamawiający nie ma podstaw aby wątpić, że czynności/parametry wymagane opisem zamówienia nie zostaną przez wykonawcę w pełni wykonane czy też że nie zostały uwzględnione w procesie wyjaśniania braku rażąco niskiej ceny. Z pewnością Odwołujący nie wykazał, że jakiś element zamówienia nie zostanie wykonany w ramach ceny wskazanej w ofercie przez Brainomix. Izba zwraca uwagę, że wykonawca Brainomix nie tylko złożył w ofercie oświadczenie, że wykona cały przedmiot zamówienia zgodnie ze specyfikacją w tym

w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia. Także (podobnie jak Odwołujący) uczestniczył w procedurze ustalania wartości zamówienia, co także dowodzi, że posiadał gruntowną wiedzę co do zakresu tego świadczenia i jego złożoności. Także Odwołujący - zdaniem Izby - nie wykazał, że w treści wyjaśnień wystąpiły sprzeczności. W wyjaśnieniach z 15 listopada 2019 r. wykonawca Brainomix wskazuje na sposób współpracy czy zatrudnienia osób, natomiast w uszczegółowieniu tych wyjaśnień wykonawca odwołuje się do faktu posiadania agenta w Polsce, nie dyskredytując sposobu czy też formy współpracy z nim w kontekście pierwotnych wyjaśnień. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec ustaleń nie potwierdzających, że oferta Brainomix zawiera rażąco niską cenę w konsekwencji jej złożenie nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a o którym stanowi art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, który to zarzut został oparty na twierdzeniu, że wykonawca Brainomix, składając ofertę zakłada sprzedaż towarów i usług objętych ofertą poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Stosowny zysk został przedstawiony w kalkulacji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba także stwierdza jego niezasadność. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że oferta Brainomix nie spełnia wymogów określonych w zakresie parametrów opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia - zał. nr 1a - a mianowicie parametru nr 25, 27, 29 oraz 33 i parametru 32. Dokumentacja

jaką przedłożył wykonawca Brainomix na wezwanie zgodnie z pkt 6.5.1 specyfikacji obrazuje spełnianie poszczególnych parametrów (wymogów).

Odnośnie parametru 25 wnoszący odwołanie oparł twierdzenie, co do braku informacji o projekcji strzałkowej na niekompletnym obrazie (brak drugiej części obrazu - istotnej z perspektywy zarzutu). W tym przypadku dokument przesłany przez wykonawcę Brainomix (zgodnie z punktem 6.5.1 specyfikacji) potwierdza taką projekcję. Odwołujący kwestionując ten parametr nie udowodnił jego twierdzeń. Odnośnie parametru 29 Izba stwierdza, że Zamawiający wbrew opinii Odwołującego w OPZ nie wskazał, że parametr ten wyznaczany jest przez system RAPID, stwierdzając „wg pkt. 29 OPZ odniesienie ma być do RAPIDu". Punkt 29 brzmi: „Potwierdzone parametry zgodnie z kryteriami zastosowanymi w badaniach DAWN i DEFUSE3". Ani w tym ani w innych opisach OPZ nie wskazuje na system RAPID. Ponadto twierdzenie wykonawcy Brainomix, że oprogramowanie z jego oferty jest równoważne oprogramowaniu RAPID nie zostało podważone. W tym przypadku Odwołujący stwierdza, że tylko oprogramowanie RAPID daje pewność ponownej prawidłowej

kwalifikacji pacjenta. Co do systemu oprogramowania oferowanego przez Brainomix

wskazuje na brak dowodu, że możliwe jest zreplikowanie parametru. Stwierdza także, że to wymaganie należy odnosić do całości, nie tylko do statycznego wykazania spełniania wymagania. Z kolei wykonawca Brainomix wykazywał w trakcie rozprawy, że

oprogramowanie oferowane jest w stanie odczytać dwa parametry, przedstawiając na poparcie tych twierdzeń zestawienie cech równoważności oprogramowania RAPID i oferowanego oprogramowania OLEA, z którego wynikało, że są to równoważne (alternatywne) rozwiązania, w szczególności co do podstawowych funkcje PACS oraz rozwiązań co do platformy komputerowej.

Także wymagania co do parametru 27 oraz 33 nie zostały przez Odwołującego skutecznie zakwestionowane. Podobnie co do parametru 32. Także co do tych parametrów wykonawca Brainomix przedstawił stosowną (wymaganą siwz) dokumentację. Odnośnie parametru 27 wykonawca ten wskazał, że jest producentem dwóch oprogramowań, trzeciego natomiast jest OLEA, które to oprogramowania mogą także działać jako jedno wspólne oprogramowanie. Na okoliczność, że jest to wspólna platforma, wspólny interfejs, przedłożył stosowne dowody obrazujące że możliwe jest jedno logowanie do trzech modułów. Odnośnie parametru 33 wykazał, że system umożliwia instalacje na jednym serwerze 3 modułów zintegrowanych. Możliwy jest również dostęp przez przeglądarkę „www" i system PACS. Fakt przedstawienia stosownych dowodów potwierdzał w toku rozprawy Zamawiający. W odniesieniu do parametru 32 także przedłożył stosowne dokumenty (podręcznik) i tak jak jest to wymagane w OPZ w zakresie tego parametru, obrazują one korekty ruchu, także kontrole przepływów. W zakresie tych parametrów Odwołujący stwierdził, że oferowane przez Brainomix oprogramowanie nie jest w stanie spełnić wymaganych parametrów jednocześnie, także stawiał zarzut braku co do jednoczesnego spełnienia parametru 32, podczas gdy wymaganie „jednoczesności" spełniania tych parametrów przez oprogramowanie nie wynika z OPZ.

Izba w konkluzji do wskazanych zarzutów skierowanych do parametrów opisanych w OPZ (załącznik 1a) zwraca uwagę na regułę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne". Mając na uwadze rozkład ciężaru dowodu, to odwołujący powinien w pierwszej kolejności, na poparcie swych twierdzeń, złożyć stosowne dowody. Z OPZ, nie wynikają wskazane przez niego wymagania. Także dokumentacja przedłożona przez wykonawcę i ogólnie dostępne informacje techniczne (także te z publikacji) nie przeczyły stanowisku Brainomix.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).