Sygn. akt:KIO 316/21

WYROK

z dnia 23 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie**,

przy udziale wykonawcy **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:……

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa serwisowania urządzeń medycznych – 4 zadania.* Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 227-558255.

W dniu 1 lutego 2021 r. wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 2 i zaniechania odrzucenia te oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa serwisowania urządzeń medycznych z podziałem na 4 zadania. W zakresie zadania nr 2 wyszczególniono system kardioangiograficzny INNOVA 3100 C produkcji GE Healthcare. Zakres obsługi tego aparatu wraz z wyposażeniem wyspecyfikowano na stronie 4 SIWZ. Wynika z niego, że ma charakter pełny, tj. obejmuje planowane przeglądy, pracę inżynierów serwisowych bez limitów, wymianę wszystkich części zamiennych, łącznie z częściami specjalnymi, w tym m.in. planowane usługi konserwacyjne (przeglądy techniczne) – 2 w roku, zalecane przez producenta kontrole bezpieczeństwa i sprawności technicznej aparatu, zdalne diagnozowanie uszkodzeń poprzez sieć komputerową, wykonywanie wszelkich napraw, wymianę wszystkich części zamiennych w przypadku ich awarii, łącznie z częściami specjalnymi typu lampa RTG. generator, detektor obrazu, chłodnica. Dodatkowo w pkt 9 rozdziału 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) zawarte zostały wymagania wspólne dla wszystkich zadań. Wśród nich zastrzeżono, m.in. że:

–świadczenie usług obejmuje wykonywanie okresowych przeglądów technicznych i konserwacji sprzętu i aparatury;

–wszystkie czynności przeglądowe zostaną wykonane według zaleceń producenta zawartych w instrukcji obsługi urządzeń i instrukcjach serwisowych;

–przez pojęcie konserwacji rozumieć należy poprzedzające przegląd czyszczenie elementów aparatury, urządzeń i systemów, wymianę materiałów eksploatacyjnych bądź części zużywalnych (np. filtrów, czujników, uszczelek, elektrod, baterii, głowic, bezpieczników itp.), przeprowadzanie testów bezpieczeństwa elektrycznego, legalizacji urządzeń - zgodnie z dokumentacją techniczną, instrukcją obsługi aparatu i instrukcją serwisową, regulację (przywracanie) wymaganych przez producenta parametrów, jak również aktualizację oprogramowania, jeżeli dotyczy ono danego wyrobu medycznego;

–usługi zostaną wykonane przy użyciu aparatury kontrolno-pomiarowej, narzędzi i materiałów wykonawcy;

–wykonawca zobowiązuje się do wykorzystywania przy realizacji usługi materiałów (części zużywalnych) fabrycznie nowych, oryginalnych (zgodne z fabryczną konfiguracją aparatu oraz zaleceniami instrukcji obsługi) i dobrej jakości;

–w sytuacji, gdyby uzyskanie fabrycznie nowych i/lub oryginalnych materiałów eksploatacyjnych było niemożliwe – wykonawca może, po uprzednim poinformowaniu Zamawiającego o wskazanych powyżej okolicznościach i uzyskaniu jego zgody, wykorzystać używane (rekondycjonowane) materiały eksploatacyjne.

Odwołujący zaznaczył, że w odpowiedzi na pytanie 15 z 8 grudnia 2020 r. Zamawiający wyjaśnił, że przez części zużywalne nowe rozumie części zużywalne oraz części zamienne oryginalne, niepozyskane z rynku wtórnego, certyfikowane fabrycznie, pochodzące z oficjalnej dystrybucji producenta. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 2 z 4 grudnia 2020 r. Zamawiający podał, że data ostatniej wymiany lampy w kardioangiografie Innova 3100C to 17 kwietnia 2014 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem kryteriów którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty (rozdz. 12 SIWZ) Zamawiający oceniał okres gwarancji na części zamienne wymienione podczas wykonywanych usług, przypisując mu 30% wagę i punktując w maksymalnym stopniu 12 miesięczną gwarancję.

Ponadto Odwołujący podał, że Zamawiający na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 2 zamierza przeznaczyć 1 836 000,00 zł. W przewidzianym terminie oferty złożyli dwaj wykonawcy: Odwołujący z ceną 1 681 344 zł i 3 miesięczną gwarancją oraz Althea z ceną 729 000 zł i 12 miesięczną gwarancją. Cena oferty Althea stanowi niespełna 40% kwoty oszacowanej przez Zamawiającego i zarazem ok. 44% ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że 28 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Althea do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dla zadania nr 2. W piśmie zażądał przedstawienia informacji i dowodów wskazujących, iż kalkulacja ceny wskazanej w kosztorysie ofertowym jest na poziomie, który gwarantuje prawidłową realizację zamówienia oraz zysk (nie jest ceną dumpingową). Zaznaczył, że w wyjaśnieniach należy wskazać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz konkretne okoliczności, które będą uprawniały Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie stwarza ryzyka niewykonania umowy przez wykonawcę. Wykonawca Althea złożył wyjaśnienia, zastrzegając, że zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Zamawiający udostępnił Odwołującemu część tych wyjaśnień, z których wynika, że:

- Althea kwestionuje wartość szacunkową zamówienia podnosząc, że została ustalona wyłącznie w oparciu o stawki stosowane na rynku przez firmę GE, a w konsekwencji twierdzi, że Zamawiający w ogóle nie powinien wzywać jej do złożenia wyjaśnień, bowiem zachodzą okoliczności oczywiste;
- Althea podnosi, że Zamawiający dopuścił składanie ofert przez nieautoryzowany serwis, a ich rozwiązania techniczne są tańsze; powołuje się przy tym na bardzo bogate doświadczenie w serwisowaniu sprzętu medycznego produkcji GE;
- Althea wskazuje na ceny zaoferowane w 2018 r. dla Szpitala w Świdnicy, gdzie Odwołujący złożył ofertę na serwis aparatu Innova 3100 o wartości 292 740 zł na 24 miesiące.

Odwołujący stwierdził, że od strony 3 wyjaśnień Althea zapewnia o rentowności kontraktu, uwzględnieniu wszystkich kosztów, cytuje orzecznictwo oraz przedstawia ogólne informacje o swoim przedsiębiorstwie. Z ostatniego tiret (z fragmentu udostępnionego Odwołującemu) wynika, że Althea prezentuje wyliczenia dla każdego ze składników ceny ofertowej, które jednak nie są w posiadaniu Odwołującego.

Odwołujący zaznaczył, że nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu wystąpiły przesłanki do wezwania Althea do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny. Drastyczna różnica między wartością szacunkową zamówienia oraz ceną drugiego wykonawcy nie tylko wyczerpywała arytmetyczną przesłankę wynikającą z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ale również musiała budzić wątpliwości każdego zamawiającego, do których referuje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że na skutek wezwania do wyjaśnień obowiązkiem Althea wynikającym z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp było wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zaznaczył, że nie ma możliwości poddania dokładnej analizie wyjaśnień Althea pod kątem tych wszystkich kryteriów, nie ma bowiem dostępu do pełnej ich zawartości. Jednakże na podstawie dokumentacji przetargowej, wiedzy nt. urządzenia będącego przedmiotem opieki serwisowej w przedmiotowym zamówieniu oraz cen rynkowych i możliwości Althea, jest uprawniony do wyciągnięcia nw. wniosków.

W ocenie Odwołującego zarzut nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia jest chybiony. Przedmiotowe zamówienia obejmuje pełny kontrakt serwisowy wysoce specjalistycznego urządzenia medycznego, ale zarazem aparatu ponadprzeciętnym okresie eksploatacji – 13 letniej. Zamawiający wymaga utrzymaniu w sprawności leciwego sprzętu, oczekując, że w zamian za ryczałtowe wynagrodzenie wykonawca, przez kolejne 4 lata będzie realizował wszystkie konieczne konserwacje, przeglądy i naprawy, używając do tego wyłącznie fabrycznie nowych i oryginalnych (zgodne z fabryczną konfiguracją aparatu oraz zaleceniami instrukcji obsługi) materiałów i części. Ustalenie szacowanych kosztów w oparciu o podobne usługi realizowane na jego rzecz w latach ubiegłych jest zatem w pełni usprawiedliwione, niezależnie od tego, kto je świadczył. Dla każdego podmiotu (autoryzowanego przez producenta lub nie) większość kosztów stanowić będą części zamienne, których źródłem zaopatrzenia pozostaje oficjalna dystrybucja producenta. Ewentualne różnice wynikające z posiadanych relacji handlowych (rabaty, upusty etc.) podlegają zaś indywidualnej ocenie i nie sposób z góry założyć ich dostępności w danym okresie. Żaden zamawiający na etapie szacowania wartości zamówienia nie jest w stanie stwierdzić, jakie możliwości w tym zakresie mają poszczególni wykonawcy.

Dalej Odwołujący podniósł, że zawarte na str. 3 wyjaśnień oświadczenie Althea, że rozwiązania techniczne w przypadku serwisu nieautoryzowanego są tańsze jest nieuprawnione na gruncie tej sprawy. Wywodzenie z niej jakiejkolwiek przewagi rynkowej jest błędne. W rezultacie zbudowana na niej argumentacja i kalkulacje nie mogą być zaakceptowane. Odwołujący podkreślił, że techniczna strona usługi została narzucona przez Zamawiającego i nie ma tu miejsca na dowolność. Wymaga on ścisłego przestrzegania wymagań producenta, instrukcji obsługi oraz stosowania wyłącznie nowych oryginalnych części. W ramach umowy nie wolno używać zamienników, części rekondycjonowanych albo nawet nowych, ale pochodzących z niesprawdzonego źródła (w szczególności tzw. „podróbek"). Tak więc *tańsze rozwiązania techniczne*, na które powołuje się Althea, nawet jeśli stanowią dla jakiś klientów alternatywę, to na pewno nie mogą być zaaplikowane w omawianym przypadku. W rezultacie przewaga, którą tak silnie akcentuje Althea, a zarazem okoliczność świadcząca o przeszacowaniu wartości zamówienia, nie występuje. Wręcz stanowi podstawę do tezy, że Althea nie mogąc jej wykorzystać, automatycznie utraciła swój główny „atut", którym stara się uzasadniać niskie ceny stosowane na rynku. Komentowany fragment wyjaśnień nakazuje zatem wyjątkowo krytyczne podejście do kalkulacji

(zakładając, że takowa jest przedłożona),

Odnosząc się do argumentu dotyczącego przebiegu postępowania w Szpitalu w Świdnicy i zaoferowania przez Odwołującego w tym postępowaniu ceny w wysokości niecałych 300 tys. zł za dwuletni serwis angiografu, Odwołujący podniósł, że Althea pominęła wymagania tamtego zamawiającego, stan urządzenia, którego dotyczyło postępowanie i wiele aspektów wpływających na wycenę (w szczególności zapotrzebowanie na nowe części). Odwołujący zaznaczył, że Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Świdnicy wycenił wartość dwuletniej usługi na ponad 500 000 zł, a oferta Althea opiewała na 523 980,00 zł brutto. Odwołujący stwierdził, że można dywagować nad przyczynami zaoferowania przez GE ww. ceny dla wspomnianego klienta, co jednak wykracza poza granice przedmiotowego sporu, natomiast w obliczu warunków zaproponowanych w niniejszym postępowaniu konsternację wzbudzać musi przede wszystkim wynik porównania cen Althea. Trudno wyobrazić sobie jakiekolwiek okoliczności, które mogły się wydarzyć w okresie dwóch lat i które mogły umożliwić Althea zaoferowanie dla Zamawiającego ceny istotnie niższej niż w Świdnicy, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że koszty samych części zamiennych, które należy wziąć pod uwagę kalkulując cenę dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Kliniczny Nr 4 w Lublinie są znacznie wyższe, niż w przypadku Świdnicy. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z SIWZ do wykonawcy należy wymiana wszystkich części zamiennych w przypadku ich awarii, łącznie z częściami specjalnymi typu lampa RTG. generator, detektor obrazu, chłodnica. Tylko te specjalnie wymienione przez Zamawiającego pozycje wymagają wydatków ponad 1 mln zł netto (przy cenie oferty Althea – 675 tys. zł netto). W związku z powyższym przykład Szpitala w Świdnicy nie tylko nie stanowi – zdaniem Odwołującego – żadnej obiektywnej okoliczności tłumaczącej drastyczne zaniżenie ceny w Lublinie, ale pogłębia wątpliwości, co rzetelności wyceny Althea.

Odnosząc się do argumentu dotyczącego doświadczenia firmy, mającego rzekomy walor pozwalający na optymalizację kosztów, Odwołujący podniósł, że wykonawca Althea przyznał, że dla systemów kardioangiograficznych posiada znacznie mniejsze (raptem 5-letnie) doświadczenie, niż w odniesieniu do tomografów czy rezonansów. Ponadto nie wykazał w żadnej mierze, jak owo doświadczenie przekłada się na możliwości zaoferowania niższej ceny niż w przypadku Odwołującego, którego potencjał jest w tym zakresie znacząco większy (kilkunastoletnie doświadczenie).

Podsumowując Odwołujący stwierdził, wyjaśnienia wprowadzające do kalkulacji szczegółowej Althea dowodzą na brak dostępności takich elementów jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty użytych części wymienianych podczas usług jak również, koszty ich transportu, koszty okresu gwarancyjnego na wykonaną pracę. Względem Odwołującego jedyną przewagę kosztową, aczkolwiek nie znaczącą, Althea uzyskuje na polu wynagrodzeń pracowniczych. Ze względu na wymagane przez producenta poziom kwalifikacji osób wykonujących przeglądy i naprawy sprzętu medycznego GE Healthcare, od pracowników Odwołującego wymaga się ciągłego doskonalenia, ich wiedza jest regularnie weryfikowana. Oczekiwania płacowe są więc wyższe. Szacowane korzyści to jednak kilkanaście – kilkadziesiąt tysięcy złotych, natomiast różnica w cenie wynosi prawie 1 000 000 zł. Zatem jawna część wyjaśnień musi prowadzić do wniosku, że oferta Althea jest zaniżona, zawiera cenę dumpingową.

Odwołujący zaznaczył, że nie zna zawartości wyliczenia zapowiedzianego w ostatnim zdaniu jawnej części wyjaśnień, jest jednak w stanie postawić tezę, że kalkulacja nie potwierdza wysokości ceny i jedynie pozornie może sprawiać wrażenie kompletnej. Gdyby bowiem obejmowała wszystkie koszty konieczne dla wykonania zamówienia, to jej podsumowanie musiałoby się zakończyć stratą wykonawcy. Jednocześnie Odwołujący przypuszcza (przy czym jest to przypuszczenie graniczące z pewnością), że wyjaśnienie nie są poparte wiarygodnymi dowodami, w postaci ofert, czy informacji cenowych pozyskanych od oficjalnego dystrybutora części do angiografu INNOVA 3100 C, potwierdzających dostępność oryginalnych części w wyjątkowo przystępnej cenie, niższej niż dla podmiotów autoryzowanych. Zdaniem Odwołującego wszelkie zapewnienia własne firmy Althea należy ocenić jako gołosłowne.

W ocenie Odwołującego realizacja przedmiotu zamówienia wiąże się z kosztami (netto) następujących elementów (przy czym są to główne wydatki, które nie wyczerpują wszystkich nakładów): przeglądy – ok. 50 tys. zł, konserwacje – ok. 20 tys. zł, części zamienne, usługi obce – min. 900 tys. zł, gwarancja – kilka procent wartości kontraktu, koszty zarządu – kilka procent wartości kontraktu, ryzyka – kilka procent wartości kontraktu. Odwołujący podkreślił, że powyższe koszty szacunkowe części zamiennych znajdują oparcie w cennnikach części zamiennych i zużywalnych do angiografu INNOVA 3100 C, spełniających wymogi SIWZ (tj. oryginalne, niepozyskane z rynku wtórnego, certyfikowane fabrycznie, pochodzące z oficjalnej dystrybucji producenta), jak również uwzględniają wszystkie części, jakie dla tego rodzaju sprzętu, o takim okresie eksploatacji i natężeniu eksploatacji powinny zostać wkalkulowane dla 4-letniego „pełnego" kontraktu serwisowego. Odwołujący zaznaczył również, że zamówienie obejmuje nie tylko serwis angiografu, ale także jego wyposażenia wyspecyfikowanego na stronie 4 SIWZ, tj.: monitory, konsole, generator, wstrzykiwacz kontrastu, pozycjoner, stół z wyposażeniem. Tak szerokie spektrum obowiązków jakie spoczywają na wykonawcy uzasadniały wysoką wartość szacunkową oraz cenę oferty Odwołującego, mimo wszystko prawie 10% niższą od estymacji klienta.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Althea jako najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia tej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 1 lutego 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. 2 SIWZ przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 2 jest usługa serwisowania systemu kardioangiograficznego INNOVA 3100 C, obejmująca:

a)Planowane usługi konserwacyjne (przeglądy techniczne) – 2 w roku,

b)Zalecane przez producenta kontrole bezpieczeństwa i sprawności technicznej aparatu.

c)Zdalne diagnozowanie uszkodzeń poprzez sieć komputerową.

d)Wykonywanie wszelkich napraw.

e)Wymianę wszystkich części zamiennych w przypadku ich awarii, łącznie z częściami specjalnymi typu lampa RTG, generator, detektor obrazu, chłodnica,

Zgodnie z rozdz. 10 SIWZ cena ma charakter ryczałtowy i musi uwzględniać podatek VAT, cło, koszt usługi, koszty pracy, koszty dojazdów, części zamiennych (jeśli będzie dotyczyć), utylizacji wymontowanych części, kalibracji, testów (jeśli będzie dotyczyć), zdalnej diagnostyki (jeśli możliwa), ubezpieczenia towaru podczas transportu oraz wszystkie inne koszty realizacji zamówienia. Cena obejmuje wszystkie czynności Wykonawcy niezbędne do uzyskania efektu finalnego, w postaci wolnej od wad prawnych i technicznych. Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji przetargowej, jak również wszelkie inne koszty w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

Wartość szacunkowa dla zadania 2 został ustalona na kwotę 1.700.000,00 zł netto (1.836.000,00 zł brutto).

W odniesieniu do zadania 2 zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1)oferta Odwołującego z ceną 1.681.344,00 zł,

2)oferta Przystępującego z ceną 729.000,00 zł.

Pismem z 28 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Zamawiający podał w wezwaniu, że zaoferowana cena dla Zadania nr 2- System kardioangiograficzny INNOVA 3100 C, jest niższa więcej niż o 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT i równocześnie od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wskazał, że:

W wyjaśnieniach należy uwzględnić w szczególności (jeśli mają zastosowanie w Państwa sytuacji):

- oszczędność metody wykonania zamówienia,

- wybrane rozwiązania techniczne,

- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy,

- koszty użytych części wymienianych podczas usług jak również koszty ich transportu,

- koszty okresu gwarancyjnego na wykonaną pracę

- koszty pracownicze ponoszone w związku z realizacją tych usług i przejazdami

W wyjaśnieniach należy wskazać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, konkretne okoliczności, które będą uprawniały Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie stwarza ryzyka niewykonania umowy przez wykonawcę.

Pismem z 4 stycznia 2021 r. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, które częściowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W części jawnej wyjaśnień Przystępujący podał:

Różnica pomiędzy ceną oferty ALTHEA POLSKA sp. z o.o. a wartością przedmiotu zamówienia, oszacowaną przez Zamawiającego, według naszej najlepszej wiedzy wynika z faktu, iż Zamawiający ustalił wartość szacunkową jedynie na podstawie wyceny firmy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. („GE"), gdyż nie otrzymaliśmy zapytania o podanie szacowanej wartości zamówienia. Gdyby Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością, w oparciu o pełne rozeznanie rynku, szacowana wartość była by dużo niższa, a tym samym w chwili obecnej nie byłoby podstaw do wzywania do przedmiotowych wyjaśnień. Ponadto, wskazujemy, że w chwili obecnej, skoro Zamawiający uzyskał wiedzę co do tego, że na rynku funkcjonują także inne podmioty niż GE, które mogą świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia, mógł odstąpić od wzywania naszej spółki do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, iż rozbieżność pomiędzy ceną Althea Polska sp. z o.o. a wartością szacunkową zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia, tj. nieprawidłowo oszacowanej wartości zamówienia.

Zamawiający w przedmiotowym przetargu dopuścił składanie ofert przez nieautoryzowany serwis, a ich rozwiązania techniczne są tańsze (adekwatnie do innych dziedzin gospodarki). Jako potwierdzenie przedstawiamy Wyrok KIO 2017-2184 (załącznik nr 1), gdzie cytowane jest oświadczenie przedstawiciela GE, że: „podmioty autoryzowane ponoszą wyższe koszty". Jako niezależny serwis, przy zachowaniu wysokich standardów świadczenia usługi (posiadamy certyfikat ISO w zakresie normy 13485 oraz 9001 – załącznik nr 2), możemy zaoferować cenę niższą. Althea Polska sp. z o.o. (dawniej MVS Sp. z o.o.) posiada bardzo bogate doświadczenie w serwisowaniu sprzętu medycznego produkcji GE, tj. tomografów komputerowych, rezonansów magnetycznych, kardioangiografów wraz z urządzeniami peryferyjnymi tj. strzykawkami automatycznymi czy stacjami opisowymi.

Wskazujemy, że autoryzowany przedstawiciel producenta systemu kardioangiograficznego - GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w podobnym postępowaniu na serwis aparatu INNOVA 3100 w Szpitalu w Świdnicy w dniu 21.12.2018 r. złożył ofertę o wartości: 292 740,00 zł brutto na okres 24 miesięcy, co daje kwotę: 585 480,00 zł na okres 48 miesięcy – przy ponoszonych większych kosztach – co potwierdził sam przedstawiciel GE w Wyroku KIO 2017-2184. • Dowód:

informacja z otwarcia ofert z dnia 21.12.2018 r. – załącznik nr 3 do niniejszych wyjaśnień.

Reasumując, potwierdzamy, że cena zaoferowana przez Wykonawcę w Postępowaniu uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. W szczególności, wskazujemy, że Wykonawca skalkulował cenę oferty zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą oraz doświadczeniem zdobytym podczas realizacji zamówień publicznych przedmiotowo tożsamych do objętego niniejszym Postępowaniem.

Ponadto, w załączeniu przedkładam dowody potwierdzające, że zaoferowana przez Wykonawcę cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, oraz że zapewnia ona wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością. Co więcej, realizacja zamówienia będzie dla Wykonawcy rentowna, a przyjęty przez Wykonawcę zysk obejmuje również odpowiednią rezerwę kosztów na wypadek wystąpienia czynników nieprzewidzianych. (...)

1.Wyjaśnienia wprowadzające

–W pierwszej kolejności, Wykonawca pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego, że sam fakt, iż Wykonawca jest gotów wykonać przedmiotowe zamówienia za kwotę niższą od wartości, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia nie przesądza jeszcze, że cena ofertowa Wykonawcy jest rażąco niska.

–Jak słusznie bowiem zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 283/13, odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium. Nie istnieje też, i nie można wywieść na żadnej podstawie, jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 12 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 126/09).

–Zaznaczamy, że kalkulacje budżetów ofertowych u Wykonawcy realizowane są w oparciu o szereg czynników, w szczególności uwzględniając historyczne dane statystyczne, które są kolekcjonowane w całym okresie działalności Wykonawcy. Przy wycenie danego kontraktu, Wykonawca opiera się też na informacjach pozyskiwanych podczas aktualnie realizowanych (nie tylko przez Wykonawcę) tożsamych zamówień publicznych.

–Biorąc pod uwagę, że Wykonawca posiada ponad 10-letnie doświadczenie w świadczeniu usług serwisowych aparatury medycznej (tomografów komputerowych oraz rezonansów magnetycznych), w tym ponad 5-letnie doświadczenie w świadczeniu usług serwisowych systemu kardioangiograficznego INNOVA, przez co jest w stanie prawidłowo ocenić i skalkulować budżet na realizację zamówienia oraz swój zysk, jaki osiągnie w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Więcej informacji o profilu naszej działalności dostępnych jest na stronie

–Podsumowując niniejsze wyjaśnienia wprowadzające, Wykonawca oświadcza, że:

–Cena ofertowa uwzględnia wszelkie wymagania Zamawiającego zawarte w dokumentacji Postępowania;

–Cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz pozwala na osiągnięcie Wykonawcy satysfakcjonującego zysku;

–Wszystkie elementy oferty zostały wycenione zgodnie z wymaganiami dokumentacji Postępowania; Cena ofertowa została wyliczona rzetelnie, z uwzględnieniem poziomu możliwych do zaoferowania cen jednostkowych w okresie realizacji zamówienia;

–Cena ofertowa wynika z założonej konkurencyjności Wykonawcy w ubieganiu się o zamówienie publiczne, pozwalającej Wykonawcy – niezależnemu od producenta – na zaoferowanie ceny odpowiednio wyższej niż koszty realizacji przedmiotu zamówienia, a możliwie najniższej, aby maksymalnie zwiększyć szanse na uzyskanie zamówienia.

–Jeżeli w wyniku przedstawionych wyjaśnień u Zamawiającego nadal będą istniały (choć zdaniem Wykonawcy nie powinny) jakiekolwiek wątpliwości co do zaoferowanej przez Wykonawcę ceny, to Wykonawca niniejszym wyraża pełną gotowość do przedstawienia dalszych wyjaśnień, jeżeli zaszłaby (w ocenie Zamawiającego) taka potrzeba.

–Co więcej, zarówno z przepisów dyrektywy 2014/24/UE, jak i z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wprost wynika, że zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień w drodze konsultacji z wykonawcą. Z uwagi na charakter komunikacji pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, która ma formę konsultacji, uznaje się, że zamawiający ma prawo do wielokrotnego wyzwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu uzyskania odpowiedzi co do elementów oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego. Tryb konsultacji ma bowiem na celu zapewnienie, że ustalenia czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy.

–Podsumowując niniejszą część pisma, Wykonawca pragnie raz jeszcze podkreślić, że zaoferowana przez niego w Postępowaniu cena ma charakter rynkowy.

–Tym niemniej, w kolejnym punkcie niniejszych wyjaśnień Wykonawca pragnie przedstawić możliwie wyczerpujące wyliczenia dla każdego ze składników ceny ofertowej skalkulowanej w Postępowaniu.

Z uwagi na zastrzeżenie części szczegółowej wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba odstępuje od przytoczenia ich treści, wskazując jedynie ogólnie ich zakres, który obejmuje:

–opis założeń co do metodyki wykonania zamówienia,

–kalkulację ceny z podziałem na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, w której przedstawiono założenia co do liczby roboczogodzin i kosztów pracy w odniesieniu do poszczególnych obowiązków obciążających wykonawcę, w tym koszty dojazdu,

–opis przyjętych założeń co do kosztów części zamiennych,

–wycenę kosztów prac dotyczących wyposażenia dodatkowego,

–marżę uwzględniającą ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz określenie minimalnego zysku wykonawcy.

Załącznikami do części niejawnej wyjaśnień są: zanonimizowana umowa o pracę z inżynierem serwisu oraz

oferta na zakup lampy RTG.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu 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 2018 r.);

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 wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy 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.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób ich sformułowania. Odwołujący zakwestionował w odwołaniu przede wszystkim część jawną wyjaśnień, wyprowadzając z niej wniosek o tym, że wyjaśnienia są ogólnikowe i nie potwierdzają realności ceny. Tymczasem zasadnicza część wyjaśnień, zawierająca konkretne informacje na temat sposobu kalkulacji ceny i przyjętych do tego celu założeń, znajduje się w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, zatem na podstawie części jawnej, stanowiącej de facto wstęp do właściwych wyjaśnień, nie sposób wnioskować o tym, że wyjaśnienia były ogólnikowe i niewystarczające, a przedstawione w nich okoliczności nie wykazują prawidłowości zaoferowanej ceny. Z kolei w odniesieniu do tej właściwej części wyjaśnień Odwołujący nie podniósł skonkretyzowanych zarzutów, poprzestając na ogólnikowym zaprzeczeniu ich prawidłowości. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że chociaż nie zna tej części wyjaśnień, jest w stanie postawić tezę, że kalkulacja nie potwierdza wysokości ceny i jedynie pozornie może sprawiać wrażenie kompletnej oraz że wyjaśnienia nie są poparte wiarygodnymi dowodami, w postaci ofert, czy informacji cenowych pozyskanych od oficjalnego dystrybutora części do angiografu. Odwołujący nie zakwestionował jednak żadnych konkretnych elementów wyjaśnień i nie sprecyzował zarzutów w tym zakresie.

Następnie, dopiero podczas posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił dodatkowe twierdzenia faktyczne co do elementów wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący przedstawił w tym piśmie m.in. obliczenia dotyczące kosztów pracy inżynierów, zakwestionował stawkę, jaką – jak zakłada – Przystępujący przyjął do kalkulacji ceny. Pismo zawiera także obliczenia dotyczące kosztów materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych. Dodatkowo Odwołujący zarzucił w piśmie procesowym pominięcie przez Przystępującego w cenie oferty kosztów administracyjnych, na które składają się wydatki na wynajem lub amortyzację lokalu biurowego, pracowników biurowych, usługi obce, mediów, sformułował także zarzut pominięcia w cenie ryzyk kontraktowych.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 nowej ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 nowej ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane

przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

W odwołaniu wniesionym w tej sprawie sprecyzowane zarzuty odnoszą się jedynie do części jawnej wyjaśnień, w odniesieniu do części zastrzeżonej Odwołujący ograniczył się do ogólnikowego zanegowania ich prawidłowości. Oceniając zasadność odwołania Izba nie może wykroczyć poza tak sformułowane zarzuty i ani, działając niejako z urzędu, poddać generalnej weryfikacji wyjaśnienia złożone przez Przystępującego i ustalić w zastępstwie Odwołującego zakresu faktyczny zarzutów, ani rozpoznać zarzutów sprecyzowanych dopiero w piśmie procesowym. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona.

Przyjęcie stanowiska dopuszczającego ogólne zaprzeczenie prawidłowości wyjaśnień, a następnie nadawanie temu twierdzeniu konkretnej treści w toku postępowania odwoławczego, prowadziłoby do tego, że strona przeciwna byłaby postawiona w sytuacji, w której dopiero podczas posiedzenia Izby dowiaduje się, jakie konkretnie elementy stanu faktycznego są kwestionowane i dlaczego, co uniemożliwiałoby podjęcie właściwej decyzji co do stanowiska procesowego oraz przygotowanie się do rozprawy. Nie może więc być tak, że Odwołujący stwierdza w odwołaniu, że *(...) nie zna zawartości wyliczenia zapowiedzianego w ostatnim zdaniu jawnej części wyjaśnień. Jest jednak w stanie postawić tezę, że kalkulacja nie potwierdza wysokości ceny i jedynie pozornie może sprawiać wrażenie kompletnej. Gdyby bowiem obejmowała wszystkie koszty konieczne dla wykonania zamówienia, to jej podsumowanie musiałoby się zakończyć stratą wykonawcy. Jednocześnie Odwołujący przypuszcza (przy czym jest to przypuszczenie graniczące z pewnością), że wyjaśnienie nie są poparte wiarygodnymi dowodami (...)*, a dopiero w toku postępowania Odwołujący wskazuje, dlaczego tak twierdzi i na jakich okolicznościach te twierdzenia opiera. Jeżeli powyższe jest wyrazem strategii procesowej Odwołującego, to nie może to – w ocenie Izby – korzystać z ochrony.

Powyższej oceny nie może zmieniać okoliczność, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego zostały w istotnej części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Okoliczność ta nie może zmieniać formuły postępowania odwoławczego, czyniąc z Izby organ dokonujący generalnej kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania, bez względu na wyznaczony odwołaniem zakres podstaw faktycznych zarzutów. Wskazać należy, że Odwołujący nie podjął kroków zmierzających do ujawnienia tych dokumentów. Jeśli nawet uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za zgodne z przepisami prawa i zdecydował się podnieść zarzut bez znajomości ich treści, to zrobił to na własne ryzyko i miał obowiązek określić, jaki aspekt kwestionuje i dlaczego. Jeżeli miał wiedzę czy podejrzenia, dlaczego szczegółowa treść wyjaśnień jest nieprawidłowa, powinien to opisać już w odwołaniu. Jeżeli natomiast takich podejrzeń nie miał, powstaje pytanie o celowość podniesienia zarzutów w formie, która nie mogła prowadzić do ich uwzględnienia.

Podkreślenia wymaga również, że jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości ceny (który należy rozumieć jako ciężar wykazania, że złożone zamawiającemu wyjaśnienia potwierdzały prawidłowość ceny), stosownie do art. 537 pkt 1 nowej ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia Odwołującego z obowiązku sformułowania konkretnych i precyzyjnych twierdzeń co do podstaw faktycznych podnoszonych zarzutów. Przepisu art. 537 pkt 1 nowej ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień.

Konkludując należy stwierdzić, że Izba zobowiązana była ocenić zasadność zarzutów wyłącznie w zakresie ich podstaw faktycznych określonych w odwołaniu oraz pominąć takie twierdzenia co do faktów, które zostały podniesione dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Jak już wyżej wskazano, zarzuty odwołania dotyczą przede wszystkim jawnej części wyjaśnień. Odwołujący zarzucił, że Przystępujący w tej części wyjaśnień:

–zakwestionował wartość szacunkową zamówienia,

–powołał się na niższe koszty rozwiązań technicznych oferowanych przez nieautoryzowany serwis,

–powołał się na bogate doświadczenie w serwisowaniu sprzętu medycznego produkcji GE,

–przedstawił porównanie do wartości oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym w 2018 r. przez Szpital w Świdnicy,

–przedstawił zapewnienia o rentowności kontraktu, uwzględnieniu wszystkich kosztów, ogólne informacje o swoim przedsiębiorstwie oraz cytaty z orzecznictwa.

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że gdyby Przystępujący przedstawił Zamawiającemu tylko takie wyjaśnienia, które zawarł w części niezastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, to z pewnością należałoby je uznać za ogólnikowe i niewystarczające, a zarzuty odwołania za zasadne. W zdecydowanej większości stanowią one ogólne twierdzenia i zapewnienia, które same w sobie nie mogłyby świadczyć o rzetelnej kalkulacji ceny oferty. Bez wątpienia polemizowanie z prawidłowością ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, powoływanie się na bogate doświadczenie, bez skonkretyzowania jego wpływu na cenę, czy porównanie do cen oferowanych w innym postępowaniu, bez wykazania tożsamości zakresu i okoliczności towarzyszących obu postępowaniom, nie mogą być uznane za dowodzące prawidłowości ceny. Jak już jednak wspomniano, twierdzenia te stanowią jedynie fragment wyjaśnień, których zasadnicza część (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) zawiera przedstawienie szczegółowych założeń i obrazuje sposób kalkulacji ceny. Przedstawiono w tej części opis założeń co do metodyki wykonania

zamówienia, kalkulację ceny z podziałem na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, w której określono założenia co do liczby roboczogodzin i kosztów pracy w odniesieniu do poszczególnych obowiązków obciążających wykonawcę, w tym koszty dojazdu, opis przyjętych założeń co do kosztów części zamiennych, wycenę kosztów prac dotyczących wyposażenia dodatkowego, marżę uwzględniającą ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz określenie minimalnego zysku wykonawcy. Nieuprawnione jest zatem – co próbował zrobić Odwołujący – wnioskowanie o całości wyjaśnień na podstawie ogólnikowego charakteru jednej z ich części.

W odniesieniu do szczegółowej części wyjaśnień Odwołujący ogólnie zanegował w odwołaniu, że potwierdzają one realny poziom ceny. Takie ogólnikowe zanegowanie wyjaśnień nie może być podstawą uwzględnienia odwołania. Zastrzeżona część wyjaśnień przedstawia szczegóły kalkulacji ceny, które nie zostały w skonkretyzowany sposób zakwestionowane. Nie potwierdziło się również podejrzenie Odwołującego co do braku przedstawienia dowodów. Przystępujący załączył bowiem dowody w postaci umowy o pracę z inżynierem oraz ofertę na zakup lampy RTG. Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja uwzględnia koszty wynikające z tych dowodów.

Zauważenia wymaga również, że z postanowień SIWZ nie wynika, aby Zamawiający dopuścił wyłącznie części zużywalne i zamienne wyprodukowane przez producenta serwisowanego aparatu. W odpowiedzi z 8 grudnia 2020 r. na pytanie nr 15 Zamawiający poinformował, że części mają pochodzić z oficjalnej dystrybucji producenta, przy czym nie wskazał, że chodzi o producenta angiografu. Należy wiec stwierdzić, że Zamawiający wymaga, aby części pochodziły z oficjalnej dystrybucji podmiotu, który je wyprodukował.

Następnie stwierdzić należy, że przedstawione w odwołaniu rozbicie ceny ofertowej na poszczególne części składowe prezentuje jedynie założenia Odwołującego w tym zakresie i nie świadczy o tym, że inny poziom kosztów nie jest możliwy do osiągnięcia. Jednocześnie Odwołujący nie wskazał, które z tych składników nie zostały uwzględnione w cenie oferty Odwołującego, a które zostały uwzględnione na zbyt niskim poziomie i z czego to wynika. Doprecyzowanie zarzutów w tym zakresie nastąpiło w piśmie złożonym podczas posiedzenia z udziałem stron.

Odnosząc się natomiast do złożonych przez Odwołującego dowodów należy zauważyć, że w znacznej mierze odnoszą się one do twierdzeń faktycznych przedstawionych dopiero w toku postępowania odwoławczego, a niesprecyzowanych w odwołaniu. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 535 nowej ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, to twierdzenia będące przedmiotem dowodu powinny być sformułowane już w odwołaniu, stanowią one bowiem składnik zarzutu, jakim jest jego podstawa faktyczna. W ocenie Izby niezasadne byłoby przyjęcie, że dopuszczalne jest ogólne zanegowanie w odwołaniu prawidłowości wyjaśnień, a następnie, przez skorzystanie z możliwości określonej art. 535 nowej ustawy Pzp, dowodzenie tez niemających oparcia w podstawach faktycznych zarzutów.

Niezależnie od powyższego, przyjmując nawet korzystną dla Odwołującego interpretację, zgodnie z którą przedstawione dowody dotyczą twierdzeń, które – co prawda w sposób bardzo ogólny – ale jednak zostały sformułowane w odwołaniu, stwierdzić należy, że:

–wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w innym postępowaniu (prowadzonym przez Giżycką Ochronę Zdrowia Sp. z o.o.) nie mogą mieć znaczenia dla oceny prawidłowości ceny w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, badaniu podlegają bowiem wyjaśnienia złożone w konkretnym stanie faktycznym, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia;

–pismo spółki GE Medical Systems Societe en Commandite Simple (europejskiej centrali spółki GE Healthcare) nie dowodzi, że GE Medical Systems jest jedynym dystrybutorem części zamiennych, które mogą być wykorzystane na potrzeby realizacji zamówienia;

–oświadczenie własne Odwołującego może mieć jedynie walor stanowiska strony;

–zestawienia cen i dowody sprzedaży potwierdzają jedynie poziom cen oferowanych przez GE Healthcare oraz stanowią podstawę kalkulacji własnych prezentowanych przez Odwołującego, co nie może być uznane za brak możliwości realizacji zamówienia za niższą cenę.

Podsumowując, należy stwierdzić, że nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……