Sygn. akt: KIO 913/22

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2022 r. przez wykonawcę Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 134 (02-305 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie ul. Alejach Jerozolimskich 155 (02-326 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Novohemo K.E. N. Sp. j. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Mydlanej 1 (51-502 Wrocław), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z

siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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: .....

Sygn. akt: KIO 913/22

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w imieniu: Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa (zwanych dalej jako: „RCKiK”) w Białymstoku, RCKiK w Gdańsku, RCKiK w Kaliszu, RCKiK w Lublinie, RCKiK w Poznaniu, RCKiK w Wałbrzychu, RCKiK we Wrocławiu, RCKiK w Zielonej Górze, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Sukcesywna dostawa zestawów do plazmaferezy wraz z dzierżawą separatorów osoczowych (numer sprawy: ZZP-177/21), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2021 r., pod numerem 2021/S 250-659906.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 31 marca 2022 r. wykonawca Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 22 marca 2022 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty, zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującego.

Odwołujący przedstawił zarzuty dotyczące:

1) wadliwej czynności w postaci wyboru oferty jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Novohemo K.E. N. Sp. j. z siedzibą we Wrocławiu (zwaną dalej jako: „Novohemo" lub „Spółka Novohemo"), co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp;

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez „Novohemo", ze względu na zastosowanie rażąco niskiej ceny a w szczególności udzielenie przez „Novohemo" ogólnikowych, niepełnych i lakonicznych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 537 ust. 1 Pzp;

3) zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie następujących czynności w postępowaniu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Spółki Novohemo" w postępowaniu;

- powtórzenia badania i oceny oferty z uwzględnieniem odrzucenia oferty „Spółki Novohemo";

- odrzucenia oferty „Spółki Novohemo";

- wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, natomiast w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Spółkę Novohemo oraz zaniechanie czynności odrzucenie tej oferty, odwołujący został pozbawiony szans uzyskania przedmiotowego zamówienia, czyli stratę 5.452.612,92 zł, zatem wskazany przez odwołującego interes w złożeniu odwołania niewątpliwie wypełnia przesłanki możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w świetle przepisu art. 505 Pzp. Interes odwołującego miał wyrażać się w tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być przeprowadzone zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wyjaśnił, że w dniu 22 marca 2022 r., zamawiający umieścił na stronie prowadzonego postepowania oraz przekazał mu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. W trakcie badania i oceny ofert zamawiający wezwaniem z dnia 2 lutego 2022 r., zobowiązał „Spółkę Novohemo" do złożenia wyjaśnień w wyniku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 224 ust. 1 Pzp. W dniu 4 lutego 2022 r., Spółka Novohemo złożyła zamawiającemu wyjaśnienia. Zamawiający zbadał i ocenił złożone wyjaśnienia Spółki Novohemo z dnia 4 lutego 2022 r., i jak należy rozumieć uznał je za wystarczające, gdyż w dniu 22 marca 2022 r., dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Spółkę Novohemo.

Odwołujący wskazał że w wyniku przeprowadzonej szczegółowej analizy wyjaśnienia Spółki Novohemo z dnia 4 lutego 2022 r. oraz Tabeli cenowej nr 1 - „Usługa dzierżawy separatorów osoczowych", stanowiącej element oferty stwierdziła, że istotny element składowy ceny oferty „Novohemo" jest „rażąco niski", gdyż znacząco odbiega od jakichkolwiek cen rynkowych a w szczególności, nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia. Co najważniejsze „Spółka Novohemo" udzieliła lakonicznych, ogólnych oraz mało konkretnych wyjaśnień, oraz w żaden sposób nie udowodniła tych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, dla kosztu dzierżawy separatorów w wysokości 100 zł netto za sztukę miesięcznie w 8 lokalizacjach. Odwołujący podniósł również, że według ugruntowanego w orzecznictwie i doktrynie stanowiska, zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny istotnych elementów składowych

oferty tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 224 ust. 5 i 6 Pzp. Według odwołującego już pobieżna analiza kilkuzdaniowych "wyjaśnień" dowodzi, że „Novohemo" nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi. Odwołujący wskazał także, że „Spółka Novohemo", jako profesjonalny wykonawca, do którego stosuje się miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), winien dołożyć wszelkiej rzetelności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe oraz zawierające odpowiednie kalkulacje.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia „Novohemo" w żaden sposób nie dają podstaw, do stwierdzenia, że spółka ta sprostała wyjaśnieniu i udowodnieniu w zakresie zaoferowanej ceny dzierżawy za wymagane separatory i wyprowadzeniu z dowodu skonkretyzowanego wyjaśnienia. Trudnym jest nazwać wykazaniem i wyjaśnieniem w zakresie zastosowanej ceny dzierżawy separatorów, fakt, że: „... producent urządzeń i wyrobów medycznych oferowanych przez Wykonawcę - firma NIGALE, od niedawna wchodzi na rynek z nowymi urządzeniami do pobierania osocza oraz z nowymi zestawami do poboru osocza" i tym samym „. Aby stosowanie nowych urządzeń i zestawów mogło się upowszechnić sprzęt ten musi być tańszy, tak aby zachęcić potencjalnych użytkowników do zapoznania się z nowym sprzętem, jego używania i ewentualnego zakupu."

Jak wskazał odwołujący z treści powołanego wyjaśnienia zupełnie nic nie wynikało, co więcej proces dowodowy, był żaden a pomimo to zamawiający ocenił te wyjaśnienia Spółki Novohemo za wystarczające i dokonał czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zwrócił uwagę na fakt, że przyjęte wyjaśnienia trudno nazwać wyjaśnieniami wraz z dowodami w kontekście zakresu dzierżawy separatorów wymaganych regulacjami SWZ dla postępowania. Według odwołującego „Novohemo" winien przedstawić szczegółową analizę kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika, gdzie ciężar dowodowy wskazany w art. 224 ust. 5 i art. 537 Pzp, jednoznacznie stanowiło, że to „Novohemo" winien wyjaśnić wątpliwości zamawiającego oraz przedstawić logiczny proces dowodowy, którego faktycznie „Novohemo" nie spełnił. Odwołujący dodał, że „Spółka Novohemo", oparła swoje wyjaśnienie na działaniach producenta urządzeń i jednorazowych zestawów, z którego faktycznie nic nie wynikało, a tym bardziej żaden proces dowodowy, gdzie w zakresie wyjaśnień była kwestia kosztów dzierżawy a nie cena zestawów, urządzeń bądź polityka cenowa producenta w kontekście działań marketingowych. Według odwołującego, Spółka „Novohemo" winna szczegółowo odnieść się do kosztów dzierżawy 45 separatorów osoczowych, 17 zestawów komputerowych w 8 lokalizacjach oraz 45 zasilaczy awaryjnych UPS, które wymagał zamawiający regulacjami SWZ wraz z wyjaśnieniami treści tej SWZ, gdyż o tym stanowił wniosek o wyjaśnienie zamawiającego skierowany do „Novohemo" w dniu 2 lutego 2022 r. Spółka Novohemo za powyższe zaoferowała cenę jednostkową 100 zł netto za każdy separator za miesiąc, gdzie cena ta miała również obejmować koszt podłączenia do systemu informatycznego „e-Krew" oraz innych dodatkowych związanych z utrzymaniem, serwisowaniem oraz ewentualną naprawą dla separatorów wyprodukowanych nie później niż w 2020 r. przez okres od 24 do 35 miesięcy dla 8 ośrodków rozrzuconych na terytorium RP w znacznych odległościach, co przy czynszu dzierżawy 100 zł netto za każdy separator za miesiąc, jest w żaden sposób niemożliwe i z całkowitą pewnością nie zapewnia wykonania zamówienia. Ponad powyższe odwołujący wskazał, że wyjaśnienia „Spółki Novohemo" były ogólnikowe i zdawkowe, nie zawierały żadnych dowodów, kalkulacji ani wyliczeń i w żaden sposób nie wyjaśniały powziętych wątpliwości tj. w szczególności nie pozwalały na określenie czy i jaki wpływ miały poszczególne czynniki na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej oraz nie obaliły domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według odwołującego dla obalenia powstałego stanu niepewności zamawiającego, nie wystarczy tylko i wyłącznie złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ogólnych czy zdawkowych, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy. Odwołujący dodał również, że istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny, tj. przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, jak i przedstawienie stosownych dowodów oraz wyliczeń. W ocenie odwołującego zamawiający winien badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zweryfikować skonkretyzowany wniosek do „Novohemo" w kontekście udzielonych wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez tego wykonawcę. Jednak jeżeli Spółka „Novohemo" złożyła wyjaśnienia lakoniczne bez jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie zawartych w nim tez, które w konsekwencji nie doprowadziły do obalenia domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że art. 537 ust. 1 Pzp, stanowi szczególną regulację w zakresie ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z tym przepisem to obowiązek ten spoczął na

Spółce „Novohemo”, gdyż w zakresie istotnego elementu składowego ceny oferty (koszt dzierżawy separatorów i innych urządzeń), zamawiający sformułował wezwanie i wątpliwości, które w żaden sposób nie zostały obalone. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO oraz sądów okręgowych wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny winien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień. W orzecznictwie przesądzono także, że wyłącznie formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w bogatym orzecznictwie KIO, a z ich treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, lakoniczne, bez przywołania niezbędnych dowodów. Złożone wyjaśnienia winny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie. Według odwołującego art. 224 ust. 1 pkt. 6 Pzp stanowi samodzielną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy w wyniku wezwania, zostały co prawda złożone wyjaśnienia, (jak w przypadku „Novohemo”), ale ich treść była na tyle lakoniczna i w żaden sposób nie zawierająca żadnych na potwierdzenie podnoszonych tez, że w zasadzie powinna uniemożliwić zamawiającemu ich merytoryczną ocenę. W przedmiotowej sprawie trudnym było zająć jakiekolwiek stanowisko na podstawie wyjaśnienia, gdyż nie przedstawia absolutnie żadnych wyliczeń kosztów dzierżawy dla zaoferowanej dzierżawy separatorów dla 8 lokalizacji. Odwołujący wskazał, że „Spółka Novohemo”, jako profesjonalny wykonawca, do którego stosuje się miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.) winien dołożyć wszelkiej rzetelności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe oraz zawierające odpowiednie kalkulacje, czemu wykonawca nie sprostał. W ocenie odwołującego wyjaśnienie „Novohemo” z dnia 4 lutego 2022 r., może być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią wyjaśnienie ceny oferty, gdyż oparte jest tylko na ogólnikach.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Novohemo K.E. N. Sp. j. z siedzibą we Wrocławiu. Wykonawca ten już w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

W dniu 19 kwietnia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

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

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Novohemo K.E. N. Sp. j. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, za pośrednictwem poczty elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez odwołującego;

- ofertę złożoną przez przystępującego;

- wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 2 lutego 2022 r. skierowane do przystępującego;

- wyjaśnienia przystępującego z dnia 4 lutego 2022 r., złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 22 marca 2022 r.;

2) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- umowę nr 1/ZP/PN-15/19 z dnia 22 listopada 2019 r. zawartą pomiędzy RCKiK w Białystoku a przystępującym;

- umowę dzierżawy z dnia 18 stycznia 2021 r. zawartą pomiędzy RCKiK w Poznaniu a odwołującym, wraz z aneksem z dnia 31 stycznia 2022 r.;

- umowę nr PZP/5/16.03.2020/D z dnia 16 marca 2022 r. zawartą pomiędzy RCKiK w Poznaniu a przystępującym;

- umowę nr 04/P/2019 z dnia 13 maja 2019 r. zawartą pomiędzy RCKiK we Wrocławiu a odwołującym;

- analizę rynku wykonanej przez zamawiającego w związku z oceną wyjaśnień przystępującego z dnia 4 lutego 2022 r.;

3) złożoną na rozprawie przez przystępującego umowę z dnia 7 lipca 2021 r. nr 5/ZP/2021 zawartej pomiędzy RCKiK w Bydgoszczy a przystępującym.

Izba ustaliła co następuje

Wzór szczegółowego formularza ofertowego stanowił załącznik nr 2 do SWZ. Formularz ten składał się z dwóch tabel cenowych. Tabela nr 1 dotyczyła usługi dzierżawy separatorów osoczowych, a tabela nr 2 dostawy zestawów do plazmaferezy.

W złożonym formularzu ofertowym przystępujący w kolumnie D tabeli cenowej nr 1 dotyczącej ceny jednostkowej netto oferty za 1 miesiąc dzierżawy 1 separatora wyrażonej w PLN podał cenę 100 zł netto, a odwołujący - 1816,00 zł netto.

Pismem z dnia 2 lutego 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty

poprzez wskazanie czynników cenotwórczych zgodnie z wymogami SWZ oraz o podanie zakładanych kosztów ogólnych wraz z uwzględnieniem zysku Wykonawcy. Ponadto w treści wezwania zamawiający wskazał, że:

Szczególnie prosimy o przedstawienie założeń do kalkulacji kosztu dzierżawy separatorów osoczowych oraz terminu ważności zestawów do plazmaferezy - licząc od momentu dostarczenia zestawu do Zamawiającego - mając na uwadze, iż zgodnie z rozdz. VIII ust. 2 SWZ dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia i obowiązków Wykonawcy jako zestaw określa się: „zestaw jednorazowego użytku, jednoigłowy, sterylny, umożliwiające pobór osocza metodą automatycznej aferezy z pojedynczego wkłucia wraz z niezbędnymi akcesoriami: igły, płyn antykoagulacyjny”.

Przystępujący przekazał wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 4 lutego 2022 r. Do pisma z wyjaśnieniami nie zostały załączone żadne dokumenty.

Informacją z dnia 22 marca 2022 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 239 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 5 Pzp - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.;

- art. 224 ust. 6 Pzp - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega

oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;

- art. 537 ust. 1 Pzp - Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego decydujące znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy miały następujące okoliczności, które ostatecznie doprowadziły Izbę do przekonania, że odwołanie należało oddalić.

Po pierwsze, zdaniem składu orzekającego, punktem wyjścia do rozpoznania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny była treść wezwania z dnia 2 lutego 2022 r. W tym kontekście Izba stwierdziła, że zamawiający w powyżej wskazanym wezwaniu, skierowanym do przystępującego, położył szczególny nacisk na przedstawienie założeń do kalkulacji kosztu dzierżawy separatorów osoczowych oraz terminu ważności zestawów do plazmaferezy - licząc od momentu dostarczenia zestawu do Zamawiającego - mając na uwadze, iż zgodnie z rozdz. VIII ust. 2 SWZ dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia i obowiązków Wykonawcy jako zestaw określa się: „zestaw jednorazowego użytku, jednoigłowy, sterylny, umożliwiające pobór osocza metodą automatycznej aferezy z pojedynczego wkłucia wraz z niezbędnymi akcesoriami: igły, płyn antykoagulacyjny". Ponadto w treści wezwania zamawiający w ogóle nie odniósł się, ani nie wspomniał o kwestii przedłożenia dowodów.

Po drugie Izba doszła do przekonania, że przystępujący składając wyjaśnienia pismem z dnia 4 lutego 2022 r. zastosował się i zrealizował dyspozycje wynikające z wezwania z dnia 2 lutego 2022 r. Powyższe stwierdzenie wynikało z tego, że przystępujący w wyjaśnieniach odniósł się do zarządzania procesem produkcji i świadczonych usług stosowanych w firmie producenta urządzeń i wyrobów medycznych oferowanych przez niego, wskazując czynnik cenotwórczy - prowadzoną politykę sprzedażową i cenową firmy

Nigale. Przystępujący podał zamawiającemu informacje odnoszące się do korzystnych warunków dostaw, wskazał bowiem, że producent urządzeń i wyrobów medycznych oferowanych przez Wykonawcę - firma NIGALE, od niedawna wchodzi na rynek z nowymi urządzeniami do pobierania osocza oraz z nowymi zestawami do poboru osocza. Aby stosowanie nowych urządzeń i zestawów mogło się upowszechnić, sprzęt ten musi być tańszy, tak aby zachęcić potencjalnych użytkowników do zapoznania się z nowym sprzętem, jego używania i ewentualnego zakupu. Przystępujący wyjaśnił też, jakie w odniesieniu do niego były konsekwencje działań producenta, u którego się zaopatruje: sprzedaż sprzętu staje się coraz większa, a zyski uzyskiwane ze sprzedaży tym bardziej pozwalają producentowi i dystrybutorom oferować korzystniejsze ceny sprzedaży, co bezpośrednio przekłada się na ceny oferowane przez NOVOHEMO w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w przedmiotowym przetargu. Przystępujący odniósł się też do żywotności produktu, wyjaśniając, że dzierżawa urządzeń w niniejszym przetargu to maksymalnie 35 miesięcy, czas technicznego życia tego typu urządzeń jest o wiele dłuższy co daje gwarancję dalszej pracy wspomnianych urządzeń i tym samym pozwala czerpać zyski z dalszej dzierżawy lub sprzedaży tych maszyn. Tym samym należało przyjąć, że przystępujący przedstawił zamawiającemu założenia do kalkulacji kosztu dzierżawy separatorów osoczowych, tj. ich niski koszt nabycia bezpośrednio od producenta i nieobciążanie zamawiającego całością kosztu nabycia, mając w perspektywie zyski z późniejszej sprzedaży albo dzierżawy urządzeń także po zakończeniu okresu dzierżawy, której dotyczy postępowanie. Przystępujący wyjaśnił zamawiającemu, że zastosowane czynniki pozwolą mu na osiągniecie zysku z wykonanych w ramach zamówienia publicznego dostaw. Na potwierdzenie tej okoliczności przystępujący wskazał zamawiającemu postępowania dla RCKiK w Bydgoszczy (postępowanie 5/ZP/2021) oraz RCKiK w Poznaniu

(postępowanie PZP/5/16.03.2020/D), w których przez niego oraz innych dostawców tego typu sprzętu oferowane były ceny na podobnym poziomie. Przystępujący odpowiedział też na pytanie o termin ważności zestawów do plazmaferezy.

W odniesieniu do złożonych przez przystępującego wyjaśnień, odwołujący wskazywał przede wszystkim na ich lakoniczność, brak załączenia dowodów oraz nieuwzględnienie w cenie dzierżawy jednego separatora kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia w tym przede wszystkim kosztów serwisu. Jeśli chodzi o kwestie lakoniczności wyjaśnień Izba uznała, że co prawda nie były one szczególnie rozbudowane to jednak nie można było stwierdzić, że nie odnosiły się do zakresu wezwania. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia należy analizować przede wszystkim w odniesieniu do treści wezwania. W przedmiotowym przypadku przystępujący odniósł się do wszystkich zagadnień podniesionych w wezwaniu, ponieważ przedstawił założenia do kalkulacji kosztu dzierżawy separatorów osoczowych oraz terminu ważności zestawów do plazmaferezy. W zakresie dowodów skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów na poparcie swojej argumentacji, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak ten nie mógł skutkować uwzględnieniem zarzutu. Jak już wskazano powyżej zamawiający w wezwaniu skierowanym do przystępującego nie wymagał złożenia dowodów przez co przystępujący mógł założyć, że nie ma konieczności ich składania. Co istotne w trakcie postępowania odwoławczego okazało się, że zamawiający był w posiadaniu dokumentów, które zostały wymienione w treści wyjaśnień m. in. umowy nr PZP/5/16.03.2020/D z dnia 16 marca 2022 r. zawartej pomiędzy RCKiK w Poznaniu a przystępującym. Umowa ta jak i inne umowy na podobny przedmiot zamówienia zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie. Tym samym skład orzekający stwierdził, że zamawiający mógł łatwo zweryfikować twierdzenia przystępującego, a ponadto przystępujący nie musiał załączać do wyjaśnień umów, które i tak były dostępne zamawiającemu, przez co niezałączenie dowodów przez przystępującego do wyjaśnień nie mogło czynić samych wyjaśnień wadliwymi. W przypadku natomiast kosztów serwisu, skład orzekający wobec braku argumentacji przeciwnej ze strony odwołującego przyjął za własne stanowisko zamawiającego i uznał, że z zamówień dotychczas udzielonych przez niektóre z Regionalnych Centrów Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa na rzecz których prowadzone jest postępowanie - gdzie przedmiot zamówienia również obejmował dzierżawę separatora osoczowego wraz z serwisem - wynikało, iż separatory osoczowe, co do zasady, pozostają sprawne przez cały okres trwania dzierżawy. Twierdzenia zamawiającego znalazły uzasadnienie w dokonanej w ramach RCKiK w Białymstoku analizie kosztów realizacji umów o zamówienie obejmujących dzierżawę separatora osoczowego wraz z serwisem. Zamawiający stwierdził, że z analizy dokumentacji serwisowej dotyczącej umowy nr 1/ZP/PN-15/19 z dnia 22 listopada 2019 r. zwartej z przystępującym wynikało, iż podczas całego okresu realizacji umowy na dzierżawę separatorów osoczowych firmy Nigale (urządzenia oferowane przez przystępującego także w tym postępowaniu) w latach 2019 (grudzień - instalacja urządzeń) - 2022 (kwiecień - do chwili obecnej) przystępujący:

- przeprowadził instalację urządzeń w 2019 r. (8 sztuk);

- 3-krotnie zgłosił się rutynowo celem przeglądu okresowego i walidacji wszystkich urządzeń (8 sztuk), przy czym podczas 1 wizyty dokonywany jest przegląd wszystkich urządzeń;

- 5-krotnie zgłosił się celem eliminacji awarii (awarie pojedynczego urządzenia), przy czym awarie te polegały na prostych czynnościach serwisowych, nie wymagały wymiany jakichkolwiek istotnych podzespołów urządzeń.

Po trzecie Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego, uwzględniając przy tym okoliczności przedmiotowego postępowania, sytuację rynkową oraz swoje dotychczasowe doświadczenia związane z realizacją zamówień o podobnym zakresie. Skład orzekający nie znalazł powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego, który wskazał, że z umów załączonych do odpowiedzi na odwołanie wynikało, iż rynkowo stawka za 1 miesiąc dzierżawy 1 separatora osoczowego wynosiła około 250,00 zł netto, przy czym zwrócić należało uwagę, że taka wartość stawki rynkowej ukształtowana została również przez samego odwołującego. Tymczasem w ofercie odwołującego w postępowaniu cena jednostkowa za 1 miesiąc dzierżawy 1 separatora osoczowego wynosiła aż 1816,00 zł netto. Jednocześnie z analizy przeprowadzonej przez zamawiającego w związku z oceną wyjaśnień przystępującego z dnia 4 lutego 2022 r. wynikało, że w przypadku zamówień na dzierżawę urządzeń medycznych wraz z dostawą materiałów medycznych do wykorzystania na dzierżawionych urządzeniach (zestawów, odczynników, materiałów zużywalnych) - stosunek wartości czynszu za dzierżawę do ceny całkowitej za zrealizowanie zamówienia był taki, że wartość czynszu za dzierżawę stanowiła średnio około 4% ceny całkowitej (analiza stanowiła załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie). Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu w przypadku oferty odwołującego wartości czynszu za dzierżawę stanowiła aż 55% ceny całkowitej oferty (3 002 065,92 zł brutto / 5 452 612,92 zł brutto). Z kolei w przypadku oferty przystępującego wartości czynszu za dzierżawę stanowiła około 5% ceny całkowitej oferty (165 312,00 zł brutto / 3 352 122 zł

brutto), a zatem odpowiadała realiom rynkowym. Ponadto wedle wiedzy zamawiającego praktyka oferowania stawek za dzierżawę 1 separatora osoczowego przez 1 miesiąc oraz również dzierżawa innych urządzeń medycznych - na poziomie zbliżonym do poziomu zaoferowanego przez przystępującego w postępowaniu - wynikała z okoliczności polegającej na tym, że po zakończeniu okresu dzierżawy urządzenie wraca w posiadanie wykonawcy oraz pobiera on dalsze pożytki przynoszone przez urządzenie. Jednocześnie praktyka oferowania stawek na poziomie zbliżonym do poziomu zaoferowanego przez przystępującego w postępowaniu - w przypadku zamówień na dostawę separatorów osoczowych wraz z dostawą zestawów do plazmaferezy - znajduje uzasadnienie w okoliczności polegającej na tym, że realny zysk wykonawca osiąga z tytułu dostawy zestawów do plazmaferezy, a nie dzierżawy separatora osoczowego.

Reasumując Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 537 ust. 1 Pzp uznając, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy cena oferty przystępującego nie nosiła znamion rażąco niskiej.

W konsekwencji nie mogły znaleźć potwierdzenia także zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp szczególnie, że przepis ten odnosi się do zagadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a odwołujący skupił się wyłącznie na kwestii rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego oraz zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....