Sygn. akt: KIO 2038/16

WYROK
z dnia 14 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2016 r. przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie,**

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert połączone z odrzucenie oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11, 03-821 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od Zamawiającego - **Zespołu Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie** na rzecz wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11, 03-821 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący: ……..……..

……..……..

……..……..

Sygn. akt: KIO 2038/16

UZASADNIENIE

Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji fabrycznie nowego systemu do angiografii cyfrowej.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 165-296878 w dniu 27 sierpnia 2016 r.

13 października 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (dalej: „Odwołujący" lub „Siemens"), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa (dalej: „Przystępujący" lub „TMS").

27 października 2016 r. Siemens wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, skutkujących naruszeniem następujących przepisów Pzp:
- art. 7 ust. 1 Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp,
- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp,
- art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty wykonawcy TMS, a w konsekwencji ponowienie czynności oceny ofert połączone z odrzuceniem oferty TMS i wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, co spowoduje uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

I.

W uzasadnieniu odwołania Simens wyjaśniał, że zgodnie z Rozdziałem III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja") przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji fabrycznie nowego systemu do angiografii cyfrowej z pełną obsługa serwisową w okresie gwarancji do dostosowanego pomieszczenia (sala Bloku Operacyjnego) dla ZOZ w Końskich. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 5 do siwz.

W zakresie dotyczącym pogwarancyjnego kontraktu serwisowego, w trakcie postępowania jeden z wykonawców wezwał Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień siwz w tym zakresie.

Odwołujący powoływał się na pytanie i odpowiedź z dnia 21.09.2016 r.

„Czy Zamawiający potwierdzi, że w ramach złożonej oferty oczekuje od Wykonawców przedstawienia dodatkowych kosztów 24 - miesięcznego kontraktu serwisowego, a nie uwzględnienia w cenie przedmiotowej oferty kosztów 24 - miesięcznego serwisu gwarancyjnego oraz 24 - miesięcznego serwisu pogwarancyjnego?"

Odpowiedź: „W cenie oferty należy uwzględnić obsługę serwisową w okresie gwarancji. Usługa serwisowa po okresie gwarancji będzie realizowana na zasadzie podpisania osobnej umowy z autoryzowanym serwisem aparatu z uwzględnieniem wartości podanych w zał.5.".

Następnie Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający wymagał od wykonawców sporządzenia oferty w następujący sposób:

X. Opis sposobu przygotowania oferty oraz wypełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia

1. Oferta
   a) Ofertę stanowi wypełniony formularz ofertowy , formularz cenowy i uzupełniony zał. nr 5 z załączonym Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia
   b) Ofertę należy sporządzić zgodnie z treścią siwz oraz treścią zawartą w formularzach stanowiących załączniki do siwz.

W zakresie sposobu obliczenia cena oferty, Zamawiający wskazał w siwz w Rozdziale XII. Opis sposobu obliczenia ceny:

Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje. Cena oferty musi obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez Wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, a także uwzględnić wszystkie czynności związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia oraz należny podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (Dz. U. 2011r., Nr 117, poz. 1054 z późn. zm.). Wartości składowe powinny zawierać w sobie ewentualne upusty oferowane przez Wykonawcę. Cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen. Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty (związania ofertą). Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu ofertowym i cenowym stanowiącymi załączniki do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Następnie wskazywał, że zgodnie z siwz do obowiązków wykonawców należało także złożenie wraz z ofertą wypełnionego Załącznika nr 5 Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych stanowiącego treść oferty wykonawcy.

Tabela wymagała podania przez Wykonawców następujących informacji:
L.p. Opis parametru Wartość graniczna Punktacja Wartość oferowana

Poza punktowanymi parametrami technicznymi urządzenia, Zamawiający przewidział najistotniejsze dla punktacji w ramach kryterium pozacenowego elementy wyceny w postaci następujących pozycji:

POZOSTAŁE WYMAGANIA 1.
1 Gwarantowana cena koszt Podać Wart. najmniejsza -
dwuletniego, pełnego kontraktu 60 pkt. serwisowego w EUR (wartość netto)
zawierającego lampę RTG rtg tożsamą Wart. inne - wg
z oferowaną oraz wszystkie inne proporcji koszty (w tym przeglądy, robociznę
oraz
wszystkie części zamienne),
możliwego do zawarcia po upływie okresu gwarancyjnego
152. Podać Wart. najmniejsza -
Gwarantowany, w okresie 24 m-cy, 60pkt. koszt zakupu lampy rtg tożsamej z Wart. inne - wg
oferowaną - podać cenę w EUR proporcji
(wartość netto) po upływie gwarancji. 153. Podać Wart. najmniejsza -60
Gwarantowany dwuletni, kontrakt pkt. serwisowy w EUR (wartość netto) Wart. inne - wg
zawierający przeglądy, możliwy do proporcji
zawarcia po upływie okresu gwarancji

Jak wynika ze złożonych w postępowaniu ofert, wykonawca TMS zaoferował w powyższych punktach tabeli następujące wyceny (str. 37 oferty):

POZOSTAŁE WYMAGANIA 1.
1 Gwarantowana cena koszt Podać Wart. najmniejsza - Tak. 30000 Euro netto.
dwuletniego, pełnego kontraktu 60 pkt. serwisowego w EUR (wartość netto)
zawierającego lampę RTG rtg tożsamą Wart. inne - wg
z oferowaną oraz wszystkie inne proporcji koszty (w tym przeglądy, robociznę
oraz
wszystkie części zamienne), możliwego do zawarcia po upływie

okresu gwarancyjnego 152. Podać Wart. najmniejsza - Tak. 20000 Euro
Gwarantowany, w okresie 24 m-cy, 60pkt. netto. koszt zakupu lampy rtg tożsamej z Wart. inne - wg
oferowaną - podać cenę w EUR proporcji
(wartość netto) po upływie gwarancji. 153. Podać
Wart. najmniejsza -60 Tak. 1 Euro netto.
Gwarantowany dwuletni, kontrakt pkt. serwisowy w EUR (wartość netto) Wart. inne - wg
zawierający przeglądy, możliwy do proporcji
zawarcia po upływie okresu gwarancji

Dla tych samych pozycji Odwołujący dokonał następującej wyceny (str. 38-39 oferty):
150. Okres gwarancji Min. 24 miesiące, Bez oceny Tak, 24 miesiące podać

151. Podać Wart. najmniejsza - 84 550,70 FUR
Gwarantowana cena koszt 60 pkt. dwuletniego, pełnego kontraktu
serwisowego w EUR (wartość netto) Wart. inne - wg zawierającego lampę RTG rtg proporcji
tożsamą z oferowaną oraz wszystkie inne koszty (w tym przeglądy,
robociznę oraz wszystkie części zamienne), możliwego do zawarcia
po upływie okresu gwarancyjnego 152.
Gwarantowany, w okresie 24 m- podać Wart. najmniejsza - 20 000,00 EUR cy, koszt zakupu lampy rtg 60pkt.
tożsamej z oferowaną - podać Wart. inne-wg cenę w EUR (wartość netto) po proporcji
upływie gwarancji. 153. Gwarantowany dwuletni, kontrakt podać Wart. najmniejsza - 13.348,44 EUR
serwisowy w EUR (wartość netto) 60 pkt. zawierający przeglądy, możliwy do Wart. inne - wg
zawarcia po upływie okresu proporcji gwarancji

Zamawiający w celu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zastosował w SIWZ następujący schemat przyznawania punktów:

XIII. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów sposobu oceny ofert
Wybór oferty zostanie dokonany w oparciu o przyjęte w niniejszym postępowaniu kryteria oceny ofert przedstawione poniżej
1) cena 60%
2) ocena techniczno- użytkowa 40%

Odwołujący wskazywał, że z danych podanych przez Zamawiającego w trybie art. 86 ust 5 Pzp w dniu otwarcia ofert tj. 29.09.2016 r. wynika, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 2 700 000,00 zł.
Podnosił, że w terminie do dnia 2016-09-29 do godz.10:45 złożono następujące oferty:
1. TMS
2 640 078,00 zł Cena oferty brutto:
75 dni od daty zawarcia umowy Termin wykonania:

Warunki płatności: przelew 30 dni
2. Siemens
Cna oferty brutto: 2 382 188,68 zł
Termin wykonania: 75 dni od daty zawarcia umowy
Warunki płatności: przelew 30 dni
Simens podkreślał, że wartości jakie podano powyżej nie odzwierciedlają jednak kluczowego dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania aspektu.

Zwracał uwagę, że pozycja nr 153 Załącznika nr 5 i jej wycena na najniższym w postępowaniu poziomie pozwalała na uzyskanie zgodnie z przyjętym dla oceny ofert wzorem matematycznym aż 60 pkt - wartości inne - wg proporcji.

Zdaniem Odwołującego wykonawca TMS dokonał celowej manipulacji wartością wycenioną dla pozycji nr 153 wyłącznie w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów w przyjętym wzorze matematycznym.

Proste porównanie wartości wyceny:

1 EUR w ofercie TMS vs 13 348 EUR w ofercie Siemens, pokazuje że przy takiej manipulacji wartością podaną w tej pozycji Załącznika nr 5 TMS uzyskał maksymalną wartość tj. 60 pkt podczas gdy Siemens mimo że wycena jest realna i uwzględnia rzeczywiste koszty świadczenia opisanego serwisu uzyskał 0 pkt.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w trakcie postępowania po złożeniu ofert, pismem z dnia 3.10.2016 zaniepokojony nierealną wyceną usługi z poz. 153 wezwał wykonawcę TMS w trybie art. 90 ust 1 Pzp do wyjaśnienia powyższego elementu kosztu.

Zgodnie z pismem Zamawiającego:

„Na mocy art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z p. zm) w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

zwracam się o udzielenie wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w poniższym zakresie.

Wykonawca w załączniku nr 5 „Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych" pozycja 153 „Gwarantowany dwuletni, kontrakt serwisowy w EUR (wartość netto) zawierający przeglądy, możliwy do zawarcia po upływie okresu gwarancji „Wykonawca wpisał wartość 1 euro, co budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe zostały skalkulowane prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia, nie mogą być ogólnikowe i powinny w sposób szczegółowy odnosić się do treści zapytania zamawiającego, zawierać konkretne założenia i kalkulacje. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy”.

Zdaniem Odwołującego uzasadnione wątpliwości Zamawiającego odnośnie oczywistej, jak się wydaje, okoliczności, że realny koszt dwuletniego kontraktu serwisowego aparatu nie może mieć poziomu 1 euro stały się przyczynkiem do wyjaśnień TMS, który z oczywistych przyczyn nie odniósł się w nich do rzeczywistej wartości usługi serwisowej.

Wykonawca TMS w wyjaśnieniach z dnia 6.10.2016r. podkreślał wyłącznie, że:

- szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia nie uwzględniała kosztu serwisu pogwarancyjnego;
- gwarantowany dwuletni kontrakt serwisowy w EUR (wartość netto) zawierający przeglądy, możliwy do zawarcia po upływie okresu gwarancji nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia i nie jest elementem mającym wpływ na cenę oferty;
- TMS podkreślał również, że przyjęty w SIWZ system przyznawania punktów za parametry techniczne ustalił, że miały zostać wyliczone w oparciu o oceniane parametry przedstawione w zestawieniu parametrów technicznych w Załączniku nr 5 do SIWZ;

- zdaniem TMS Zamawiający w SIWZ nie zawarł opisu metody, którą wykonawcy powinni zastosować do określenia wartości parametru opisanego w punkcie 153 a także, że Zamawiający w specyfikacji nie zawarł kryterium kosztu;

- w opinii TMS art. 90 Pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do pozycji 153 Załącznik nr 5, gdyż wartość tego parametru nie stanowi ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w rozumieniu ustawy Pzp. Parametr ten nie będzie dostarczony w ramach realizowanego przedmiotu zamówienia, gdyż nie jest on elementem przedmiotu zamówienia, tak jak np. serwis gwarancyjny. Równocześnie parametr z pozycji 153 nie stanowi samodzielnego kryterium oceny ofert;
- TMS argumentował ponadto, iż nawet gdyby w przedmiotowym postępowaniu można było uznać, że parametr określony w pozycji 153 Załącznika nr 5 stanowi cenę lub koszt, lub ich istotną część składową, należy podkreślić, że ocena, czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt, dotyczy całości oferty podczas gdy jego zdaniem z treści art. 90 Pzp wynika jednoznacznie, że rażąco niska cena odnoszona jest do przedmiotu zamówienia, a nie jego wybranego elementu;
- argumentem o właściwej rzetelnej wycenie usługi ma być to iż wykonawca samodzielnie przyjmuje strategie budowy ceny w taki sposób, aby całość oferowanej ceny nie odbiegała od cen rynkowych i nie była zaniżona w stosunku do kosztów świadczenia gdy oferta TMS stanowi 96% wartości szacunkowej zamówienia oraz jest o 10% wyższa od oferty drugiego Wykonawcy.

Odwołujący zwracał uwagę, że pomimo, że wezwanie Zamawiającego dotyczyło konkretnej pozycji Załącznika nr 5 Wykonawca wyjaśniając nierealną wycenę wskazywał, że:

- spodziewa się długofalowych korzyści przekraczających zakres przedmiotu zamówienia, które umożliwią mu zawarcie w przyszłości wskazanego kontraktu za cenę wskazaną w opisanym powyżej pkt 153;

- po stronie wykonawcy zachodzą sprzyjające warunki cenotwórcze odnośnie możliwości wykonywania serwisu pogwarancyjnego (w tym wielkość rynku jaki obsługuje)

Zdaniem TMS okoliczności wskazane w wyjaśnieniach skutkują możliwością zaoferowania przez wykonawcę wyjątkowo konkurencyjnej ceny ewentualnego kontraktu serwisowego zawierającego przegląd po okresie gwarancji.

Podsumowując TMS stwierdził wręcz, że skalkulowana i zaoferowana przez niego kwota w zakresie gwarantowanego dwuletniego kontraktu serwisowy w EUR (wartość netto) zawierającego przeglądy, możliwego do zawarcia po upływie okresu gwarancji pozwala na terminowe i całościowe wykonanie zamówienia, nie zawiera elementów dumpingowych i opiera się na doświadczeniu wykonawcy w zakresie podobnych zamówień, których realizacja przebiegła prawidłowo.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż kwota ta jest rzeczywista i mieszcząca się w rozsądnych granicach, umożliwiających wykonanie zobowiązania. Zatem realizacja usługi, o której mowa w punkcie powyżej, za przedstawioną przez TMS kwotę jest całkowicie możliwa i z perspektywy wykonawcy - opłacalna.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia powyższe po pierwsze w żaden sposób nie wyjaśniają nierealnej wyceny usługi, której rynkowa wartość oscyluje w granicach nie mniej niż 10 000 euro netto.

Zakres świadczeń pogwarancyjnych, o których mowa w poz. 153 Załącznika nr 5 obejmuje standardowo następujące elementy:

- sprawdzenie bezpieczeństwa mechanicznego i elektrycznego
- kontrola występowania usterek zewnętrznych inspekcja zużycia części
- oczyszczenie dróg chłodzenia i odprowadzania ciepła
- smarowanie ruchomych części mechanicznych
- konserwacja software'u systemowego i aplikacyjnego
- porządkowanie przestrzeni dyskowej i bazy danych
- kontrola jakości - sprawdzenie wartości pomiarowych z wykorzystaniem

specjalistycznej aparatury pomiarowej i fantomów, przeprowadzenie czynności korygujących w przypadkach odchyleń

- sprawdzenie funkcjonowania urządzenia i jego gotowości do pracy.

Doskonale zdaje sobie sprawę z powyższego zarówno TMS jak i Odwołujący a także Zamawiający, że jedynym celem podania dla poz. 153 wyceny na poziomie najniższym z możliwych wartości 1 EUR było jedynie uzyskanie w punktowanym istotnie kryterium oceny ofert maksymalnej ilości punktów.

Zdaniem Siemens wyjaśnienia dowodzą wręcz, że ta manipulacja była zabiegiem świadomym i celowym a nierealność wyceny gwarantowanego kontraktu pogwarancyjnego na poziomie symbolicznym (wartość zerowa dla poz. 153 uwzględniając przyjęty wzór matematyczny musiałaby skutkować unieważnieniem postępowania) jest niepodważalna.

Argumentem podstawowym TMS jest to, że w jego ocenie przedmiot niniejszego zamówienia nie obejmuje gwarantowanego kontraktu serwisowego z poz. 153 Załącznika 5. Powyższe prowadzi go do wniosku, że skoro usługa nie jest przedmiotem zamówienia, to jej sztuczna wycena nie może być podstawą do zarzutu o rażąco niskiej cenie oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób w pełni świadomy i uzasadniony zadbał o swój interes ekonomiczny i dokonał wyceny kosztu jaki poniesie po 2 latach świadczeń gwarancyjnych. Koszt gwarantowanego dwuletniego kontraktu serwisowego zawierającego przeglądy jak widać po ofercie Odwołującego, który dokonał jego wyceny na rzeczywistym poziomie to kwota nie 1 EUR ale minimum 13 348 EUR netto.

Wykonawca TMS nie był w stanie w wyjaśnieniach wykazać, że koszt 1 EUR ma cokolwiek wspólnego z rzeczywistymi nakładami jakie poniesie w celu jego realizacji.

Jak podkreśla się w aktualnym orzecznictwie Izby manipulacja kosztowa z jaką mamy bez wątpienia w przedmiotowym postępowaniu, mająca wyłącznie na celu uzyskanie maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Izby, tj. uchwałą KIO z dnia 16.04.2014 r. KIO/KD 30/14 okolicznością przesadzająca o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność

zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.

Natomiast w wyroku KIO z dnia 14.06.2013 r. w sprawie o sygn. akt stwierdzono: Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej - cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.

Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest "manipulowanie" proporcjami

poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i ceną oferty, aby otrzymać zamówienie. Kalkulacji ceny nie usprawiedliwia ewentualna oferta podwykonawcza. Wykonawca, który w świetle kryteriów oceny ofert miał obowiązek skalkulowania odrębnie dwóch cen winien zadbać, aby jego kontrahenci podali mu odrębne ceny za realizację usług, a przynajmniej samodzielnie ustalić i podać zamawiającemu takie ceny, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.

Wliczenie do jednej ceny po okresie gwarancji kosztów niezwiązanych z tą usługą, a odnoszących się do odrębnie ocenianej w ramach kryteriów oceny ceny drugiej oznacza, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu dobrych obyczajów, które godziło w interes zamawiającego, jak i innych wykonawców.

W wyroku z dnia 19.02.2014 r. w sprawie o sygn. akt Izba stwierdziła:

13

Niedopuszczalnym jest powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę.

Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne.

Kolejno Odwołujący przytoczył treść wyrok KIO z dnia 24.09.2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1844/14

Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione.

Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego.

Celem powyższego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie cena, a jedynie wykorzystanie przyjętych w SIWZ założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkoda dla zamawiającego.

14

Zgodnie z art. 15 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zdaniem Odwołującego bezspornie nierealna wycena istotnej kosztowo usługi komplementarnej do przedmiotu zamówienia i z nim związanej w sposób bezpośredni podyktowana jedynie chęcią pozyskania maksymalnej oceny punktowej w stosowanym dla wyboru oferty najkorzystniejszej kryterium oceny ofert stanowi

przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, do którego nawiązuje art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp.

Wyjaśnienia samego wykonawcy potwierdzają w ocenie Odwołującego, że złożenie oferty i wycena usługi w poz. 153 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak wskazuje wyrok Izby z dnia 4 maja 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 825/15 ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku.

W zakresie dotyczącym zarzutu podania rażąco niskiego kosztu, w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z brzmieniem przepisu po nowelizacji Pzp podstawą odrzucenia oferty jest sytuacja, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Zamawiający w trybie art. 90 ust 1 Pzp w brzmieniu po nowelizacji ustawy, wezwał TMS do udzielenia wyjaśnień, że zaoferowany 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. W tej sytuacji zgodnie z art. 90 ust 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiego kosztu spoczął na wykonawcy.
W ocenie Odwołującego pomimo wezwania i ciężaru dowodu spoczywającego na TMS wykonawca ten wręcz przyznał, że wycena ta jest nierealna (zacytowane na wstępie odwołania fragmenty wyjaśnień).

Wykonawca wskazywał w szczególności, że skalkulowana i zaoferowana przez niego kwota w zakresie gwarantowanego dwuletniego kontraktu serwisowy w EUR (wartość netto) zawierającego przeglądy, możliwego do zawarcia po upływie okresu gwarancji pozwala na terminowe i całościowe wykonanie zamówienia, nie zawiera elementów dumpingowych i opiera się na doświadczeniu Wykonawcy (...) kwota ta jest rzeczywista i mieszcząca się w rozsądnych granicach, umożliwiających wykonanie zobowiązania. Zatem realizacja usługi, o której mowa w punkcie powyżej, za przedstawioną przez Wykonawcę TMS kwotę jest całkowicie możliwa i z perspektywy Wykonawcy - opłacalna.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia TMS w zakresie kosztu, którego dotyczyło wezwanie tj. poz. 153 nie tylko nie wyjaśniają podstawy do jej wyceny ale wręcz stanowią dowód tego, że wycena symboliczna miała wyłącznie za cel uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert i nie ma nic wspólnego z jej realną wartością.

Koszt świadczenia usług, o których mowa w poz. 153 Załącznika nr 5 ma swoją znaczną realną rynkową wartość. Wyłącznie na potrzeby pozyskania punktów w kryterium oceny wykonawca podał jej nierealną wycenę. Wycena na poziomie 1 EUR ma oczywiście nierynkową wartość i uniemożliwia jej świadczenie za podaną kwotę czynią tę wycenę sztuczną.

II.
Zamawiający wymagał w siwz identyfikacji i konkretyzacji przedmiotu oferty wykonawcy. Zgodnie z wymaganą treścią Załącznika nr 5 obowiązkiem wykonawcy było podanie w Załączniku 5 wraz z ofertą nazwy oraz typu oferowanego urządzenia.

Wykonawca TMS zaoferował w postępowaniu aparat systemu INFX-8000V

(Inifnix CF-i/SP) producenta Toshiba.

Jak ustalono to powyżej wypełniony Załącznik nr 5 stanowił treść oferty wykonawcy w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia i winien zawierać potwierdzenie tak parametrów granicznych jak i tych, które były punktowane w ramach przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Zamawiający w Rozdziale VI. siwz Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy, na wezwanie Zamawiającego, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wskazujących brak podstaw wykluczenia wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania Zamawiającego następujących dokumentów:

3. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda, w wyznaczonym przez siebie terminie, następujących dokumentów:

1) katalogu w języku polskim oferowanego sprzętu na potwierdzenie wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych oraz firmowe materiały i informacje z parametrami technicznymi (w języku polskim) w których winny być potwierdzone informacje spełniające wymagane parametry graniczne

Na załączonych katalogach, materiałach informacyjnych Wykonawca powinien zaznaczyć fragmenty tekstu potwierdzające spełnienie określonego wymogu. Obok należy wpisać numer wymogu (pozycja z tabeli, w której Zamawiający opisał wymóg z zał nr 5).

2) wpisu, zgłoszenia/powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, deklaracja zgodności dla oferowanego modelu i typu angiografu,

- Certyfikat CE dla oferowanego sprzętu

W Załączniku nr 5 do siwz w pkt. 61. Zamawiający wymagał, aby promieniowanie przeciekowe kołpaka lampy rentgenowskiej zaoferowanego angiografu było nie większe niż 0,5 mGy/godz. - parametr ten miał charakter

parametru granicznego, którego niespełnienie musiało skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający oczekiwał podania wartości tego parametru w określonych warunkach (przy min. 125 kV, min. 2000 W i w odległości maks. 1 m). Zamawiający oczekiwał podania tej wartości przy maksymalnym obciążeniu kołpaka mocą ciągłą, powołując się przy tym na normę IEC/PN-EN 60601-1-3.

Wykonawca TMS w ofercie spełnienie tego parametru i podał na str. 28 „Tak. 0,44 mGy/godz przy 125 kV, 2500 W i w odległości 1 m".

Taka odpowiedź jest w ocenie Odwołującego niezgodna z przywołaną normą, albowiem ta w kwestii ochrony przed promieniowaniem ubocznym (ang. „leakage radiation", tłumaczone często jako „promieniowanie przeciekowe"; rozdział 12) wskazuje (pkt. 12.3), iż:

„dokumentacja towarzysząca zespołom lamp rentgenowskich i zespołom źródeł promieniowania rentgenowskiego powinna wskazywać wartości parametrów obciążenia, które jeśli zostałyby zastosowane przy nominalnym napięciu lampy rentgenowskiej, to odpowiadałyby największej określonej energii wejściowej anody w ciągu jednej godziny. W tym celu - maksymalna określona energia wejściowa w ciągu jednej godziny może być:

- wartością dopuszczalną w związku z obciążeniem w radiografii dla napięcia lampy rentgenowskiej, zgodnie z obciążalnością odpowiedniego radiograficzną odpowiadającej całkowitemu obciążeniu prądowo-czasowemu w ciągu jednej godziny; albo
- wartością odpowiednią dla określonej ciągłej mocy anodowej."

Zamawiający w pkt. 51. Załącznika nr 5 do SIWZ wymagał maksymalnego

obciążenia anody mocą ciągłą w czasie fluoroskopii (dla min. 30 min.) min. 2000 W.

Wykonawca TMS Sp. z o.o. podał w tym miejscu wartość 3000 W.

18

Oznacza to, że zadeklarowana w pkt. 61. wartość promieniowania przeciekowego/ubocznego dotyczy sytuacji, gdy lampa rentgenowska pracuje pod obciążeniem mniejszym niż pełne, a zatem w warunkach innych niż określone w normie IEC/PN- EN 60601-1-3.

W tej sytuacji dowodem niezgodności treści oferty TMS z wymaganiem SIWZ jest sama oferta i jej wewnętrzna sprzeczność.

Ponadto wartość podana przez TMS w pkt. 61. Załącznika nr 5 do SIWZ i załączonych do oferty „Firmowych materiałach i informacjach dla systemu INFX-8000V (Inifnix CF-i/SP)" wyraźnie odbiega od wartości wymienionych przez producenta angiografu - firmę Toshiba Medical Systems Corporation - w oryginalnych danych technicznych dla systemu INFX-8000V (Inifnix CF-i/SP): 0,75 mGy/godz. w odległości 1 m przy 125 kV i prądzie 18 mA (co odpowiada obciążeniu anody 2250 kW).

Dodatkowo brak cech typowych dla prospektów dostawców sprzętu medycznego, błędy merytoryczne, liczne „literówki", a nawet błędy ortograficzne, przede wszystkim zaś rozbieżności w stosunku także do innych wartości podawanych przez producenta angiografu nakazują mieć wątpliwości co do pochodzenia przedstawionego przez TMS Sp. z o.o. dokumentu, a tym samym - co do rzeczywistego spełnienia wymaganych przez Zamawiającego parametrów.

W tej sytuacji w ocenie Odwołującego wobec podania powołanego powyżej parametru granicznego cechującego oferowany aparat w sposób, który uniemożliwia ocenę zgodności oferty z SIWZ uznać należy, że podana wartość w treści oferty TMS potwierdza niezgodność treści oferty z SIWZ co w trybie art. 89 ust 1pkt 2 Pzp winno skutkować odrzuceniem tej oferty. Zgodnie z art. 87 ust 1 Pzp prowadzenie w takiej sytuacji procedury wyjaśniającej treść oferty musiałoby prowadzić do zmiany treści oferty czego wprost zakazuje powołany przepis. Zważywszy na charakter Załącznika nr 5 jako treści oferty wykonawcy a dodatkowo uwzględniając fakt, że jako taki w zakresie parametru granicznego nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 Pzp (uzupełnienie dotyczyłoby treści oferty czego wprost zakazuje wskazany przepis Pzp) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

19

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie w sprawie ma miejsce także przesłanka wykluczenia Wykonawcy z postępowania w trybie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp w brzmieniu po nowelizacji ustawy, zgodnie z którym sankcjonowane wykluczeniem jest przedstawienie choćby w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bez wątpienia informacje zawarte w treści Załącznika nr 5 jak również przedłożone w „Firmowych materiałach i informacjach dla systemu INFX-8000V (Inifnix CF-i/SP)")" wyraźnie odbiegające od wartości wymienionych przez producenta angiografu - firmę Toshiba Medical Systems Corporation - w oryginalnych danych technicznych dla systemu INFX-8000V (Inifnix CF-i/SP) uznać należy za taką okoliczność.

31 października 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy TMS, wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie,

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W toku rozprawy do Izby wpłynęły następujące dowody:

1. Oświadczenie z dnia 7 listopada 2016 r. podpisane przez Pana H. R. S., który w imieniu producenta firmy Toshiba Medical Systems Corporation potwierdził, że zaoferowany system angiografii cyfrowej INFX-8000V w konfiguracji INFX-8000V/G6 umożliwia zdalny dostęp do systemu z określonymi funkcjami.
2. Wyciąg z Polskiej Normy PN-EN 60601-1-3 z okresu: maj 2011 (str. 31-33) Medyczne urządzenia elektryczne Część 1-3 Wymagania ogólne dotyczące bezpieczeństwa podstawowego oraz funkcjonowania zasadniczego Norma uzupełniająca: ochrona przed promieniowaniem zestawów rentgenowskich diagnostycznych.

20

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołania zasługuje na uwzględnienie.

I.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty, dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TMS pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę. Izba uznała zgłoszone zarzuty za niezasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że usługa serwisowa po okresie gwarancji nie jest elementem składającym się na przedmiot zamówienia i będzie realizowana na podstawie odrębnej umowy. Powyższe wynika wprost z odpowiedzi na pytanie z dnia 21 września 2016 r.
Pytanie:
- „Czy Zamawiający potwierdzi, że w ramach złożonej oferty oczekuje od Wykonawców przedstawienia dodatkowych kosztów 24-miesięcznego kontraktu serwisowego, a nie uwzględnienia w cenie przedmiotowej oferty kosztów 24-miesięcznego serwisu gwarancyjnego oraz 24-miesięcznego serwisu pogwarancyjnego?”

Odpowiedź:
„W cenie oferty należy uwzględnić obsługę serwisową w okresie gwarancji. Usługa serwisowa po okresie gwarancji będzie realizowana na zasadzie podpisania osobnej umowy z autoryzowanym serwisem aparatu z uwzględnieniem wartości podanych w zał. 5”.

21

W dniu otwarcia ofert tj. 29 września 2016 r. Zamawiający wskazał, że w ramach niniejszego postępowania ofertę złożył wykonawca TMS. Kwota oferty wynosiła 2 640 078,00 zł brutto.

W ramach złożonej oferty w załączniku nr 5 – Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych - w pozycji nr 153 - **Gwarantowany dwuletni, kontrakt serwisowy w EUR (wartość netto) zawierający przeglądy, możliwy do zawarcia po upływie okresu gwarancji – TMS zaoferował cenę 1 Euro netto.**

Pismem z dnia 3 października 2016 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę TMS do złożenia wyjaśnienia wskazując, że wykonawca w pozycji 153, załącznika nr 5 wpisał kwotę 1 Euro netto, co budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie TMS w piśmie z dnia 6 października 2016 r. złożył stosowne wyjaśnienia. W treści wyjaśnień wykonawca podał m. in.: „ (…) Z powyższego wynika, że punkt 153 - **Gwarantowany dwuletni, kontrakt serwisowy w EUR (wartość netto) zawierający przeglądy, możliwy do zawarcia po upływie okresu gwarancji nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia i nie jest elementem mającym pływ na cenę oferty. (…) Pragniemy wskazać,** że **zgodnie z art. 90 pkt. 1 ustawy pzp Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) dotyczących wyliczenia,** że **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 wymogami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W naszej opinii art. 90 nie znajduje zastosowania w odniesieniu do pozycji 153 Załącznika nr 5, gdyż wartość tego parametru nie stanowi ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w rozumieniu ustawy pzp. Parametr ten nie będzie dostarczony w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż nie jest on elementem przedmiotu zamówienia, tak jak np. serwis gwarancyjny. Równocześnie parametr z pozycji 153 nie stanowi samodzielnego kryterium oceny ofert. (…)".**

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, dotyczącego ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając zasadność zgłoszonych zarzutów uznała, że są one nietrafione.

Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego, którzy zgodnie twierdzili w toku rozprawy, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy oferta TMS nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Z ustaleń Izby, dokonanych w oparciu o dokumentację postępowania wprost wynika, że usługa serwisowa po okresie gwarancji nie jest elementem składającym się na przedmiot zamówienia i będzie realizowana na podstawie odrębnej umowy. Tym samym cena usługi opisanej w pkt 153 Załącznika nr 5 **nie jest składnikiem ceny ofertowej.** W związku z tym rację ma Przystępujący, który w złożonych wyjaśnieniach twierdził, że przepis **art. 90 ust. 1 Pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do pozycji 153 Załącznika nr 5, gdyż cena 1 Euro zawarta w pkt 153 Załącznika nr 5 nie stanowi ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w rozumieniu ustawy. Wobec tego Izba uznała,** że **w obliczu tak ustalonego stanu faktycznego Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z procedury opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp, co potwierdził również w toku rozprawy pełnomocnik Zamawiającego.**

Podsumowując, Izba stwierdziła, że **zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp należy uznać za niezasadny.**

II.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty TMS, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdziła, że **zarzut potwierdził się.**

Stan faktyczny omawianego zarzutu został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny, a zatem Izba uznała, że jego powielanie jest niecelowe. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie sformułował w sposób prawidłowy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, dotyczącego oferty TMS w kontekście tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że w treści odwołania na stronie 2 Odwołujący wskazał na podstawę prawną zgłaszanego zarzutu, tj. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Następnie na stronach od 8-10 Siemens przedstawił argumentację w tym zakresie. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał, że wykonawca TMS dopuścił się manipulacji kosztowej, która polegała na tym, że Przystępujący w pkt 153 załącznika nr 5 zaoferował nierealną wycenę kosztową usługi komplementarnej do przedmiotu zamówienia (1 Euro netto), aby uzyskać maksymalną ilość punktów w istotnym dla oceny punktowej kryterium. W treści odwołania Siemens co prawda odwołał się do przepisu art. 15 ustawy o z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503) - dalej: „u.z.n.k." to Izba jednak stanęła na stanowisku, że w omawianej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

W zakresie charakteru zarzutów podnoszonych przez stronę aktualne pozostaje stanowisko wyrażone z uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09 „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazywane przez tę stronę".

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę jeżeli **jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**

Przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowi, że **czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.**

W świetle zacytowanej powyżej treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający dokonując oceny ofert każdorazowo ma obowiązek zbadać, czy złożenie każdej z ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., do której odsyłają przepisy Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie, obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, oferowanie cen na nierealnie niskim poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby

wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie.

Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż wykonawca TMS w ramach złożonej oferty w załączniku nr 5 – Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych - w pozycji nr 153 - **Gwarantowany dwuletni, kontrakt serwisowy w EUR (wartość netto) zawierający przeglądy, możliwy do zawarcia po upływie okresu gwarancji – zaoferował cenę 1 Euro netto.**

Wyjaśnienia Przystępującego złożone w toku rozprawy zdają się potwierdzać wskazaną powyżej tezę, ponieważ wykonawca TMS stwierdził, że pozycje w pkt 151-153 Załącznika nr 5 są wzajemnie powiązane. W pkt 151 Zamawiający żądał podania kosztu

dwuletniego pełnego kontraktu serwisowego, podczas gdy w pkt 152 znajduje się jedynie koszt zakupu lampy, a w pkt 153 zawarto koszt przeglądów. Koszty z pkt 152 i 153 zawierają się w koszcie z pkt 151. **Przystępujący wskazywał,** że ukształtował koszt w pkt 153 na maksymalnie niskim poziomie, można powiedzieć symbolicznym, z uwagi na to, że liczył na zamówienie ze strony Zamawiającego w innych obszarach, m.in. na zakup części.

Nie sposób również uznać za wiarygodne twierdzeń Przystępującego, który w oparciu o dowód w postaci oświadczenia z dnia 7 listopada 2016 r. twierdził, że cena usługi może być tak niska, ponieważ może realizować usługę zdalnie, bez konieczności przyjazdu pracownika do siedziby Zamawiającego. Nawet gdyby uznać możliwość takiego realizowania usługi serwisu pogwarancyjnego to oczywistym jest, że realizacja tego rodzaju usługi, również będzie wymagała czynnika ludzkiego, a w takim przypadku, opierając się już jedynie na zasadach doświadczenia życiowego, stwierdzić należy, że niemożliwym jest, aby 2 letni kontrakt, obejmujący serwis pogwarancyjny był realizowany za kwotę 1 Euro.

W ocenie Izby oczywistym jest, że **dzięki zaoferowaniu ceny na tak niskim poziomie wykonawca TMS otrzymał maksymalną ilość punktów w tym kryterium – 60 pkt. W ocenie Izby u** stalanie ceny na poziomie 1 Euro miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w pkt 153 w ramach kryterium ocena techniczno użytkowa wykonawca TMS uzyskał maksymalną liczbę (60 pkt), a Odwołujący, który zaoferował cenę rynkową (13348,44 Euro netto), czy też zbliżoną do minimów istniejących na rynku, otrzymał zerową ilość punktów.

W tej sytuacji oczywistym jest, że opisane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert zostaje pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, gdyż podanie przez TMS nierealnej ceny na poziomie 1 Euro, ma wpływ na całość punktacji w ramach oceny techniczno użytkowej. Zafałszowanie ceny w jednym z parametrów podlegających ocenie punktowej ma bezpośredni, negatywny wpływ ostatecznie przyznaną ilość punktów, co w konsekwencji powoduje błędny obraz czynności oceny i porównania złożonych ofert. Zatem biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktację w ramach oceny ofert, niewątpliwie należy uznać, iż celem zaniżenia ceny za realizację ww. usługi było zdobycie maksymalnej ilości punktów i poprzez to działanie na szkodę innych wykonawców oraz Zamawiającego.

Izba w pełni podziela argumentację Izby wyrażoną w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 216/14 w którym Izba stwierdziła:

„W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden *z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości* świadczenia, *uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza i zakłóca rynkowe reguły uczciwego konkurowania.*

Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane wtym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony wart. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, woderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie wcelu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok wydany wsprawie o sygn. akt KIO 7/13, łączonych KIO 1240 1246, 1248/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wstopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług, a wkonsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie".

Potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty TMS w omawianym stanie faktycznym skutkuje również stwierdzeniem naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

II.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i stwierdziła bezzasadność zgłoszonego zarzutu.

Izba ustalił, że wykonawca TMS zaoferował w złożonej ofercie aparat systemu INFX-8000V (Inifnix CF-i/SP) producenta Toshiba. Wraz z ofertą wykonawca złożył

wypełniony Załącznik nr 5 „Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych".

W Załączniku nr 5 w pkt. 61. Zamawiający wymagał, aby promieniowanie przeciekowe kołpaka lampy rentgenowskiej zaoferowanego angiografu było nie większe niż 0,5 mGy/godz. Zamawiający oczekiwał podania wartości tego parametru w określonych warunkach (przy min. 125 kV, min. 2000 W i w odległości maks. 1 m). Zamawiający oczekiwał podania tej wartości przy maksymalnym obciążeniu kołpaka mocą ciągłą, powołując się przy tym na normę IEC/PN-EN 60601-1-3.

TMS w złożonej ofercie w pkt 61 na str. 28 podał: „Tak. 0,44 mGy/godz przy 125 kV, 2500 W i w odległości 1 m".

Zamawiający w pkt 51. Załącznika nr 5 do SIWZ wymagał maksymalnego obciążenia anody mocą ciągłą w czasie fluoroskopii (dla min. 30 min.) min. 2000 W.

Wykonawca TMS podał w tym miejscu wartość 3000 W (dla 30 min) dla anody.

Z ustaleń Izby wynika, że w danych technicznych katalogu informacyjnego urządzenia na str. 25 podano: „Promieniowanie przeciekowe (IEC 60601-1-3) 0,44 mGy/godz przy 125 kV, 2500W i w odległości 1 m (wartość gwarantowana potwierdzona certyfikatem), Maksymalne obciążenie anody mocą ciągłą 3000W (do 30 min)".

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i

Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: *„(…) Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.*
Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego)”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pkt 12.3 Polskiej Normy PN-EN 60601-1-3 Medyczne urządzenia elektryczne Część 1-3 Wymagania ogólne dotyczące bezpieczeństwa podstawowego oraz funkcjonowania zasadniczego Norma uzupełniająca: ochrona przed promieniowaniem zestawów rentgenowskich diagnostycznych podano: „dokumentacja towarzysząca zespołom lamp rentgenowskich i zespołom źródeł promieniowania rentgenowskiego powinna wskazywać wartości parametrów

obciążenia, które jeśli zostałyby zastosowane przy nominalnym napięciu lampy rentgenowskiej, to odpowiadałyby największej określonej energii wejściowej anody w ciągu jednej godziny. W tym celu maksymalna określona energia wejściowa w ciągu jednej godziny może być:

- wartością dopuszczalną w związku z obciążeniem w radiografii dla odpowiedniego napięcia lampy rentgenowskiej, zgodnie z obciążalnością radiograficzną odpowiadającej całkowitemu obciążeniu prądowo-czasowemu w ciągu jednej godziny; albo
- wartością odpowiednią dla określonej ciągłej mocy anodowej".

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że w pkt 12.3 powołanej wyżej normy wyspecyfikowano określone wartości do pomiarów i są to: wartość dopuszczalna w ciągu godziny, natomiast w ust. 2 wartość odpowiadająca dla określonej ciągłej mocy anodowej. W związku z tym w pkt 61, w którym Zamawiający odwołał się do normy Przystępujący podał moc 2 500W oraz określony współczynnik, podczas gdy mocy tej nie należy utożsamiać z mocą wskazaną w pkt 51 na poziomie 3 000W, bowiem jest to moc dla 30 minut, gdyż podanie takiego obciążenia anodą wymagał Zamawiający w tym punkcie. Wobec tego są to dwie różne wartości, których nie należy porównywać. W związku z tym Izba oddaliła zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy TMS z treścią siwz.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią siwz, a tym samym nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W konsekwencji powyższego Izba uwzględnia odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazała ponowienie czynności badania i oceny ofert połączone z odrzucenie oferty wykonawcy TMS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

30

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

…….. ……..
……..

31