Sygn. akt: KIO 2869/22

WYROK

z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę Medikol Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej "Zdroje" z siedzibą w Szczecinie przy udziale wykonawcy SK-MED Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52 oraz 55 postępowania, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SK-MED Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52 oraz 55 postępowania na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52 oraz 55 postępowania.

2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 075 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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 2869/22

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej "Zdroje" z siedzibą w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi polegającej na wykonaniu okresowych przeglądów technicznych, napraw i konserwacji aparatury medycznej znajdującej się w SPSZOZ „Zdroje" w pakietach". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 079-212802.

I. W dniu 31 października 2022 r. wykonawca Medikol Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52 oraz 55, w tym wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SK-MED Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej także jako „wykonawca SK-MED") w odniesieniu do ww. części zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy SK-MED w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55, pomimo że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdziły wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny złożone przez tego wykonawcę w dniu 8.06.2022 r. oraz dodatkowe wyjaśnienia złożone w dniu 4.07.2022 r., a także kolejne, dodatkowe wyjaśnienia z dnia 22.09.2022 r., oraz poprzez trzykrotne — nieuprawnione wzywanie wykonawcy SK-MED do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy już pierwsze z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę potwierdziły wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy;

- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę SK-MED w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55, mimo że zawierają one błąd w obliczeniu ceny polegający na nieuwzględnieniu w cenach ofert wszystkich kosztów i składników niezbędnych do realizacji zamówienia oraz mimo że oferty SK-MED w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55 są niezgodne z warunkami zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 r. poz. 1913) — dalej jako „uznk" — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę SK-MED w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55, mimo że zostały one złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami poprzez wprowadzanie w błąd co do osobistego świadczenia usługi przez członków zarządu SK-MED oraz finansowania skrośnego zamówienia przez uzyskiwanie środków na realizację zamówienia z innych źródeł.

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp — poprzez wybór ofert złożonych przez wykonawcę SK-MED jako najkorzystniejszych w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55, mimo iż podlegają ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru ofert odwołującego jako najkorzystniejszych w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21.10.2022 r.

w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55 postępowania,

- powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55 postępowania,

- odrzucenia ofert wykonawcy SK-MED w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55 postępowania,

- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55 postępowania.

II. Pismem wniesionym w dniu 14 listopada 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SK-MED Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu. Pismem wniesionym w dniu 14 listopada 2022 r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu, tj. w zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W przypadku wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 1 - 2 ustawy Pzp wykonawca obowiązany jest do przedstawienia rzetelnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień, popartych dowodami. Wyjaśnienia powinny zostać przedstawione w sposób umożliwiający zamawiającemu ocenę, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązków skutkuje utratą możliwości przestawienia uzupełniających wyjaśnień (które mogą dotyczyć pewnych szczegółowych kwestii wymagających doprecyzowania) oraz zaistnieniem podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. podstawa odrzucenia oferty zaistnienia w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę SK-MED w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52 oraz 55. Przede wszystkim należy wskazać, że w odpowiedzi (z dnia 8 czerwca 2022 r.) na wezwanie zamawiającego wykonawca ten przedstawił łączne wyjaśnienia w zakresie kilku odrębnych części zamówienia. Taki sposób przedstawienia wyjaśnień należy uznać za nieprawidłowy, gdyż sporządzone w ten sposób wyjaśnienia nie pozwalają zamawiającemu na dokonanie oceny odnośnie cen za poszczególne odrębne części zamówienia, tj. czy nie są to ceny rażąco niskie. Wykonawca SK-MED nie mógł być pewien tego, które części zamówienia przypadną mu do realizacji. Skład orzekający Izby nie może zgodzić się ze stanowiskiem, że za przyjęciem dopuszczalności przedstawienia łącznej kalkulacji ceny przemawia możliwość uchylenia się przez wykonawcę od zawarcia umowy w przypadku uzyskania tylko kilku ze spodziewanych części zamówienia. Trzeba przypomnieć, że celem przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego pod kątem rażąco niskiej ceny jest m.in. zabezpieczenie zamawiającego przed wystąpieniem sytuacji polegających na rezygnacji wykonawcy z realizacji zamówienia, zarówno po jak i przed podpisaniem umowy. Ponadto wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę SK-MED w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego (z dnia 6 czerwca 2022 r.) nie zostały poparte żadnymi dowodami. Do wyjaśnień został załączony jedynie Certyfikat ISO. Natomiast w treści tego wezwania (z dnia 6 czerwca 2022 r.) zamawiający wprost wskazał, że wzywa wykonawcę SK-MED nie tylko do przedstawienia wyjaśnień, ale również do złożenia dowodów. Taka treść wezwania zamawiającego pozostawała w zgodności z przepisem art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jedynie zatem dodatkowo należy wskazać na błędy, jakie wystąpiły w treści pierwszych wyjaśnień, które zostały skorygowane przez wykonawcę SK-MED w odpowiedzi na kolejne wezwanie zamawiającego (wezwanie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2022 r., wyjaśnienia wykonawcy SK-MED z dnia 4 lipca 2022 r. - błędy rachunkowe w tabeli z pkt II, błędna kwota w zakresie kosztów materiałów). Wszystkie te okoliczności (łączne wyjaśnienia (kalkulacja) w zakresie kilku odrębnych części zamówienia,

nieprzedstawienie dowodów, błędy) prowadzą do wniosku, że udzielone przez wykonawcę SK-MED wyjaśnienia nie mogą być uznane za rzetelne i wystarczająco konkretne. Oznacza to, że w stosunku do oferty wykonawcy SK-MED w zakresie części nr 47, 48, 49, 50, 52 oraz 55 zaistniała podstawa odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Podstawa ta zaistniała już po udzieleniu przez wykonawcę SK-MED odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego. Brak było zatem podstaw do wystosowania do tego wykonawcy wezwania do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień. Odnosząc się do argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie należy wskazać, że ocena zaoferowanej przez wykonawcę ceny winna następować w oparciu o treść oferty tego wykonawcy oraz złożonych przez niego wyjaśnień i dowodów, a nie w oparciu o fakt realizacji przez wykonawcę innych, podobnych zamówień.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie wystąpienia podstaw odrzucenia oferty wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niewywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku przedstawienia rzetelnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień, jak również przedstawienie wyjaśnień potwierdzających przypuszczenie rażąco niskiej ceny, kwalifikowane jest na gruncie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp czy art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Błędem w obliczeniu ceny jest przede wszystkim nieprawidłowość rachunkowa niepodlegająca kwalifikacji jako omyłka. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza). Natomiast w odniesieniu do podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, że odwołujący w szczególności nie wykazał, aby działanie wykonawcy SK-MED było nakierowane na utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (przesłanka z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Ponadto skład orzekający Izby nie widzi podstaw do uznania za czyn nieuczciwej konkurencji świadczenia pracy w ramach realizacji zamówienia osobiście przez wspólników spółki będącej wykonawcą, która to praca wynagradzana jest tym wspólnikom wypłatą dywidendy. Izba nie podziela stanowiska odwołującego o konieczności „sztucznego” przyjmowania w tym zakresie stawek rynkowych wynagrodzenia za pracę, tak jak nie nakazuje się wykonawcom rezygnacji z indywidualnych rabatów czy sprzyjających warunków zamówienia, obniżających koszty realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba w całości obciążyła kosztami zamawiającego kierując się wagą uwzględnionych zarzutów dla rozstrzygnięcia odwołania, prowadzącego do wyeliminowania z postępowania oferty wykonawcy konkurencyjnego względem odwołującego.

Przewodniczący: