

WYROK

z 21 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 21 listopada 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Lublinie z siedzibą w Lublinie przy udziale Baudziedzic Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Lublinie z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa laboratorium mikrobiologicznego w kontekście skutków wywołanych pandemią COVID-19 i innymi chorobami zakaźnymi”, numer: ADM-ZP.272.1.3.2022, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2022 r. pod numerem: 2022/S 107-294983.

7 listopada 2022 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucił mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Baudziedzic Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim (dalej: Przystępujący) zawierającej rażąco niską cenę,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 Ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez nieodrzućenie oferty Przystępującego złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 Uznk przez nieodrzućenie oferty Przystępującego złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 239 Pzp przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

oraz

4. art. 224 ust. 1 przez brak wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny sterylizatora parowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odrzucenia oferty Przystępującego z powodów wskazanych w treści zarzutów, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny sterylizatora parowego;
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Przystępujący 24 października 2022 r. ujawnił, że zaoferował urządzenie takie jak Odwołujący tj. sterylizator "Getinge nowoprojektowany GEB 6610 EMB-2". Tym samym wykluczone zostało, mimo sugestii Przystępującego wyrażanych w toku poprzedniego postępowania odwoławczego w sprawie (KIO 2518/22) zaoferowanie innego, tańszego sterylizatora, którego cenę być może pierwotnie Przystępujący błędnie przyjął jako podstawę kalkulacji oferty.

W wyroku KIO 2518/22 Izba jednoznacznie stwierdziła, że Zamawiający miał obowiązek weryfikacji zgodności zaoferowanego sterylizatora parowego z SWZ, gdyż nie można było uznać, by był on jedynie „niewielkim fragmentem zamówienia”. Izba wskazała, że sterylizator parowy został objęty pozycją formularza cenowego, co świadczyło o jego istotności dla realizacji zamówienia.

Cena zakupu urządzenia GEB 6610 EMB-2 (z przedłużoną gwarancją, zaoferowaną również

przez Przystępującego) wynosiła 839 000,00 zł netto u producenta będącego jednocześnie jedynym dystrybutorem urządzenia na terenie Polski. Na dowód powyższego Odwołujący złożył kalkulację pochodzącą od przedstawiciela producenta sprzętu (a na posiedzeniu z udziałem stron także wydruk korespondencji z pracownikiem Getinge Polska na potwierdzenie, że podmiot ten nie oferuje przedmiotowych urządzeń taniej niż za wskazaną wyżej kwotę).

W pkt XV pkt 2 załącznika nr 1a do oferty, Przystępujący zaoferował dostawę sterylizatora parowego za kwotę 516 202,69 zł netto. W piśmie z 24 października 2022r. Przystępujący wskazał, że zamontowany zostanie sterylizator GEB 6610 EMB-2, ale w przystąpieniu do postępowania KIO 2518/22 Przystępujący twierdził, że do kalkulacji ceny zostały przyjęte inne urządzenia (dostarczane przez Animalab sp. z o.o. oraz Sterimed sp. z o.o.) właśnie w związku z ich niższą ceną. O ile jednak cena zawarta w ofercie mogła być adekwatna do urządzeń Animalab sp. z o.o. oraz Sterimed sp. z o.o., to dla GEB 6610 EMB-2 była rażąco niska. Przystępujący w przystąpieniu do postępowania KIO 2518/22 wskazał również jednoznacznie, że urządzenia Animalab oraz Sterimed uznał za spełniające wymagania SWZ.

Niezrozumiałym jest więc dlaczego w piśmie z 24 października 2022 r. dla wykazania spełnienia przez zaoferowane urządzenie wymagań przewidzianych w SWZ wskazał, że oferta dotyczyła urządzenia Getinge GEB 6610 EMB-2.

Przystępujący nie przedstawił też żadnych dowodów na realność ceny z jego oferty (za to urządzenie), a Zamawiający mimo że wiedział, choćby z dokumentów z poprzedniego postępowania odwoławczego, że była to cena niemożliwa do uzyskania - nie zweryfikował jej.

Zarzut nr 2

Art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk: 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Przepis ten odnosi się do towarów jako takich, nie wymagając w przypadku części składowej, by oferowana cena była istotną częścią składową całości. Uznać należało więc, że zaoferowanie dowolnego towaru do odsprzedaży (co faktycznie czynić będzie wykonawca w postępowaniu, gdyż nabędzie on sterylizator parowy i odsprzeda go wraz z innymi towarami oraz usługami Zamawiającemu) poniżej kosztów wejdzie w zakres art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk.

Nie ma wątpliwości, że oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Skoro zaś wykonawcy dążyć będą do uzyskania korzyści ekonomicznej z wykonania zamówienia, to w przypadku zaoferowania części towarów poniżej kosztów zakupu będą oni musieli sztucznie zawyżyć ceny w innych pozycjach formularza. Działanie takie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, a oferta zawierająca taką manipulację winna być odrzucona.

Zarzut nr 3

Przystępujący podejmował wielokrotnie próby wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do możliwości zastosowania oferowanego przez siebie sterylizatora parowego.

Zgodnie z przystąpieniem do postępowania KIO 2518/22 Przystępujący oferował de facto urządzenie Animalab sp. z o.o. oraz Sterimed sp. z o.o., choć nie spełniało ono wymagań postawionych w SWZ. Jednocześnie w sposób niebudzący wątpliwości wskazywał w przystąpieniu, że urządzenia te spełniały wymagania SWZ. Tezy te były nieprawdziwe, co nie budzi obecnie wątpliwości nawet samego Przystępującego, GEB 6610 EMB-2.

Wydaje się, że działanie Przystępującego w tym zakresie wypełniło przesłanki art. 10 ust. 1 Uznk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest także oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

W związku z powyższym, oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 Uznk. Usługa oferowana przez Przystępującego (roboty budowlane w rozumieniu ustawy Uznk to usługi) oznaczona jest w swej istotnej części tak,

że nie wiadomo co się w niej zawierało (jakie urządzenie) i bez wątplenia mogła wprowadzić w błąd co do rzeczywistego rodzaju świadczeń oferowanych.

Zarzut nr 4

Z ostrożności procesowej Odwołujący postawił zarzut przeciwko brakowi wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny sterylizatora parowego.

W związku z posiadaniem przez Zamawiającego informacji o cenie sterylizatora parowego Getinge GEB 6610 EMB-2, gdyż były one w tym postępowaniu w sposób jednoznaczny dowiedzione oraz faktem, że Przystępujący zaoferował ww. sterylizator poniżej ceny oferowanej przez jego producenta, Zamawiający powinien co najmniej wezwać Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. Na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1 oraz 2, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny sterylizatora parowego GEB 6610 EMB-2.

18 listopada 2022 r. Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego odrzucenie, a na wypadek nieuwzględnienia przez KIO tego wniosku wniósł też o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzuty odwołania były spóźnione i to zarówno rażąco niskiej ceny jak i czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący już w pierwszym odwołaniu wiedział i sam wskazywał na rozprawie (sygn. 2518/22), a co potwierdziła także KIO w wyroku, że - zaoferować można było zgodnie z SWZ wyłącznie autoklaw Getinge. Przystępujący, na skutek wyroku KIO, złożył wyjaśnienia w celu rozwiania wątpliwości jaki sterylizator oferował, a nie w związku z badaniem kalkulacji ceny - dlatego też obydwie zarzuty były możliwe do podniesienia już w dacie pierwszego wyboru oferty, bo informacje z wyjaśnień nic nie wniosły w kontekście ich sformułowania. Było

to możliwe, skoro Odwołujący już poprzednio zarzut rażąco niskiej ceny podniósł, lecz go następnie wycofał, a obecnie nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji poza powieleniem zarzutów z pierwszego odwołania. Dodatkowo załączniki do odwołania mające stanowić dowód na rzekomą rażąco niską cenę były te same jak dołączone do pierwszego odwołania.

Pomiędzy czynnością wyboru oferty Przystępującego z 15 września 2022 r. a czynnością wyboru tej samej oferty z 28 października 2022 r. Zamawiający dokonał tylko jednej czynności, nakazanej mu wyrokiem KIO w sprawie o sygn. KIO 2518/22, tj. wezwał Przystępującego

do udzielenia wyjaśnień, jaki sterylizator zaoferował. Na obecnym etapie Odwołujący miał prawo wniesienia odwołania, którego podstawą faktyczną mogły być wyłącznie ww. czynności i ich następstwa.

Odwołującemu nie zależało na aspekcie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego czego dowodem było wycofanie powyższego zarzutu w postępowaniu KIO 2518/22. Odwołujący zaniechał próby dowodzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, że oferta jego konkurenta mogła zawierać rażąco niską cenę. Nowe odwołanie zostało wniesione w celu przedłużenia postępowania, a w konsekwencji terminu zawarcia umowy. Już na etapie pierwszego odwołania Odwołujący miał pełną wiedzę i wskazywał:

- jaki sterylizator parowy spełnia wymagania SWZ,
- jaką ofertę cenową zakupu sterylizatora uzyskał od przedstawiciela producenta,
- jaką cenę sterylizatora wskazał w ofercie Przystępujący.

Te informacje dawały możliwość sformułowania i uzasadnienia wszystkich zarzutów

w pierwszym odwołaniu.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego Zamawiający wskazał:

1. Budżet na realizację zadania wynosił 40 301 274,33 zł brutto, zaś wartość oferty to 44 373 357,00 zł brutto, a więc oferta Przystępującego przekraczała budżet o 4 072 083 zł.
2. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 30 651 437,48 zł netto (37 701 268,10 zł brutto). Wartość oferty Przystępującego była około 6,67 mln zł wyższa od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to 50 909 583 zł brutto, co oznaczało, że wartość oferty Przystępującego była o 12,83% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Trudno w tej sytuacji było uznać, że cena oferty Przystępującego była rażąco niska w świetle przepisów Pzp.

Element, którego cenę podważał Odwołujący miał wartość 1,16 % ceny oferty Przystępującego.

Zgodnie z treścią Rozdziału XV Opis sposobu obliczenia ceny oferty SWZ: „Cena ofertowa jest ceną ryczałtową”. Odwołujący nie wykazał przy tym dlaczego sterylizator był kluczowy z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Getinge jest jedynym dystrybutorem na terenie Polski spornego sterylizatora, a cena za to urządzenie (839.000,00 zł netto) nie mogła być rabatowana, i takiego rabatowania Getinge nie udzielił żadnemu z podmiotów występujących do niego z wnioskiem o przedstawienie oferty.

Odwołujący załączył ofertę jaką otrzymał od Getinge, ale nie można by jej porównywać z ewentualną ofertą jaką otrzymał Przystępujący. Niewykluczone było, że Przystępujący otrzymał zupełnie inną ofertę. W grę wchodziły bowiem transakcje handlowe pomiędzy prywatnymi podmiotami, które mogły w sposób dowolny układać sobie wzajemną współpracę, tym samym również ceny oferowanych produktów.

W postępowaniu było sześciu wykonawców i każdy zaoferował inną cenę za to urządzenie. Ponadto Zamawiający wskazał, że:

- a) Odwołujący nie miał wiedzy za jaką kwotę Przystępujący kupi zaoferowany sprzęt,
- b) Zamawiający nie będzie płacił odrębnie za poszczególne pozycje tylko za całość zadania.
- c) wykonawca mógł część kwoty za sprzęt „ująć” w innej pozycji.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wskazał, że są one absolutnie nietrafione i nie zasługują na uwzględnienie.

20 listopada 2022 r. Przystępujący ustosunkował się pisemnie do zarzutów odwołania. Przystępujący poparł w całości stanowisko Zamawiającego oraz przedstawił zblizoną argumentację w zakresie wniosku o odrzucenie oraz oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie

procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba uznała, że wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania był niezasadny. Celem odwołania w sprawie KIO 2518/22 było jednoznaczne ustalenie jakiego typu autoklaw zaoferował Przystępujący. Nie miało w tej sytuacji znaczenia, że Odwołujący był słusznie przekonany, że było to urządzenie Getinge GEB 6610 EMB-2. Izba uwzględniła ww. odwołanie i uznała, że obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie Przystępującego do udzielenia stosownych wyjaśnień.

W piśmie z 24 października 2022 r. Przystępujący wskazał:

„W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty z dnia 20.10.2022 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pismo nr 55) Wykonawca wyjaśnia, iż w ofercie złożonej w Postępowaniu zaoferowany i wyceniony został sterylizator parowy Getinge nowoprojektowany GEB 6610 EMB-2, spełniający wymogi dla sterylizatora/autoklawu parowego określone w SWZ (wraz z załącznikami). Tym samym w przypadku wyboru oferty BAUDZIEDZIC Sp. z o.o. Sp. k. i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Wykonawca zamierza zamontować sterylizator parowy Getinge nowoprojektowany GEB 6610 EMB-2”.

Tym samym dopiero wraz ze złożeniem powyższego oświadczenia Przystępujący w sposób jednoznaczny określił jaki autoklaw zaoferował. 28 października 2022 r. Zamawiający ponownie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego i to od tego terminu należało liczyć termin do wniesienia odwołania, z uwzględnieniem zarzutów skierowanych przeciwko realności ceny za autoklaw GEB 6610 EMB-2. Fakt, że w postępowaniu KIO 2518/22 Odwołujący podniósł taki zarzut, a następnie go wycofał nie zmienia powyższego ustalenia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zarzut ten w poprzednim postępowaniu był postawiony „w ciemno” - Odwołujący nie miał pewności jaki autoklaw rzeczywiście zaoferował Przystępujący. Pewność tą zyskał natomiast po zrealizowaniu przez Zamawiającego obowiązków nałożonych na niego przez Izbę wyrokiem KIO 2518/22.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego,
3. dokumentacji postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2518/22,
4. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym,
5. dokumentów złożonych jako dowody przez Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu są zgodnie z punktem IV SWZ:

„roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej - laboratorium

mikrobiologicznego z oddziałami klasy BSL3 dla Wojewódzkiej Stacji Sanitarno - Epidemiologicznej w Lublinie z infrastrukturą techniczną, w szczególności:

- budowa budynku laboratorium mikrobiologicznego o kubaturze brutto 9992,78 m³ i powierzchni zabudowy 859,11 m², z oddziałami klasy BSL3 oraz łącznikiem nadziemnym z istniejącym budynkiem Wojewódzkiej stacji Sanitarno - Epidemiologicznej w Lublinie, zgodnie z projektem, z instalacjami wewnętrznymi:
 - a. wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
 - b. wodociągowo - kanalizacyjnej i ciepłej wody,
 - c. centralnego ogrzewania, wody demineralizowanej, zmiękczonej i sprężonego powietrza technicznego,
 - d. ciepła technologicznego i wody lodowej,
 - e. gazowej n/c,
 - f. wymiennikowni c.o., c.t. i c.w.u.,
 - g. elektrycznymi: gniazdową i siłową i teletechnicznymi, zasilania rezerwowego i awaryjnego, oświetlenie ogólne i ewakuacyjnego, odgromową,
 - h. instalacji automatyki i BMS,
- zagospodarowania terenu, w tym prace rozbiórkowe garażu murowanego i blaszanego oraz istniejącego śmietnika, budowa pergoli śmietnika, opaski, placyki wykonane z kostki betonowej i EKO-KRATKI obsianej trawą, częściowe ogrodzenie siatką z drutu ocynkowanego,
- budowa układu komunikacyjnego: ciągi piesze i kołowe oraz miejsca postojowe,
- budowa sieci i instalacji zewnętrznych: instalacji kanalizacji deszczowej, szczelnego zbiornika retencyjnego, kanalizacji sanitarnej, przyłącza centralnego ogrzewania, linii kablowych energetycznych, zewnętrznej rozdzielni elektrycznej do zasilania agregatu prądotwórczego,
- przebudowa sieci centralnego ogrzewania od komory C14 do C14.1.,
- przebudowa instalacji wodociągowej i budowa studni Dn 200,
- przebudowa oświetlenia terenu,
- technologia pomieszczeń laboratorium, dostawa wyposażenia”.

Zgodnie z informacją z 25 lipca 2022 r. Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia 40 301 274,33 zł.

W postępowaniu złożone zostały następujące oferty:

1. Przystępujący - cena 44 373 357,00 zł,
2. Firma Budowlana A.-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cena 50 816 000,19 zł,
3. Odwołujący - cena 47 428 800,00 zł,
4. Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie - cena 51 370 467,84 zł,
5. Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - cena 52 854 330,00 zł,
6. Climamedic Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Michałowicach - cena 58 614 548,63 zł.

Za sterylizator parowy Przystępujący zgodnie z punktem XV.2 formularza cenowego zaoferował cenę 516 202,69 zł.

Zamawiający w SWZ oraz we wzorze umowy stanowiącej załącznik do SWZ w sposób

jednoznaczny przyjął ryczałtowy sposób rozliczania się z wykonawcą przedmiotu zamówienia. Wykonawcy kalkulując cenę ofert również mieli opierać się tym sposobie. Tym samym -

co było niesporne między stronami - możliwość rozliczenia się z wykonawcą przedmiotu zamówienia w oparciu o formularz cenowy i stawki tam podane dotyczy jedynie sytuacji przedterminowego zakończenia umowy.

Odwolujący wraz z odwołaniem złożył m. in. dowód dotyczący ceny sterylizatora GEB 6610. Dokument pochodził od Getinge Polska Sp. z o.o. Zgodnie z jego treścią cena netto urządzenia wynosi 839 000 zł. W toku posiedzenia Odwołujący uzupełnił ww. dowód wydrukiem korespondencji e-mailowej z przedstawicielem Getinge Polska Sp. z o.o. na okoliczność wykazania, że podmiot ten nie oferuje sterylizatora GEB 6610 za cenę niższą niż wykazana przez Odwołującego: „W odpowiedzi na Państwa zapytanie informujemy, że zgodnie z polityką naszej firmy, w tym w szczególności globalnymi zasadami Etics&Ombliance, wszystkich naszych klientów traktujemy w taki sam sposób, zapewniając jednocześnie najwyższe standardy obsługi oraz oferowanych produktów.

Potwierdzamy, że Getinge Polska Sp. z o.o. jest aktualnie jedynym autoryzowanym podmiotem uprawnionym do oferowania Sterylizatorów parowych produkcji Getinge Sterilization AB.

Jednocześnie pragniemy poinformować, że zgodnie z przytoczonymi wyżej zasadami E&C, stosujemy zasadę poufności w zakresie złożonych ofert. Nie możemy więc udostępnić informacji o warunkach handlowych zawartych w ofertach przygotowanych dla jednego Klienta, pozostałym naszym klientom”.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej oświadczenie Przystępującego z 24 października 2022 r. oraz fakt, że Odwołujący nie podniósł zarzutów przeciwko prawdziwości tego oświadczenia Izba uznała, że nie budzi wątpliwości, że Przystępujący zaoferował autoklaw GEB 6610 EMB-2. W konsekwencji Izba uznała za bezzasadne i nieudowodnione wszystkie wnioski i twierdzenia Odwołującego oparte na sugestiach, że w kalkulacji ceny oferty Przystępujący oparł się urządzeniu innego typu, a dopiero na etapie wyjaśnienia treści oferty zmienił typ oferowanego urządzenia. Co za tym idzie oddalony został zarzut nr 3 odwołania, który oparty był właśnie na założeniu, że Przystępujący „oferował de facto urządzenie Animalab sp. z o.o. oraz Sterimed sp. z o.o., choć nie spełniało ono wymagań postawionych w SWZ”.

Izba uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego nie potwierdził się. Odwołujący nie kwestionował ceny całkowitej oferty Przystępującego, nie twierdził też, że za tą cenę niemożliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia. Odwołujący skoncentrował się natomiast na próbie wykazania, że zaniżona została cena oferowana przez Przystępującego za sporny autoklaw. Urządzenie to zostało w sposób odrębny wycenione w formularzu ofertowym Przystępującego, ale nawet gdyby jego cena rzeczywiście okazała się być zaniżona, to fakt taki mógłby mieć znaczenie w przypadku przyjęcia przez Zamawiającego kosztorysowego sposobu rozliczenia realizacji umowy. Tymczasem cena ofert złożonych w postępowaniu ma charakter ryczałtowy za cały przedmiot zamówienia. Ponadto, cena oferty Przystępującego przekraczała kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zadania o około 4 miliony złotych.

Odwolujący nie podjął również próby wyjaśnienia w jaki sposób ewentualne zniżenie ceny za autoklaw mogło wpłynąć na cenę całkowitą oferty Przystępującego.

Odwolujący, mimo podjętej próbie, nie udowodnił również twierdzenia, że na polskim rynku nie da się nabyć sterylizatora Getinge GEB 6610 za cenę niższą niż 839 000 zł netto. Z treści złożonego przez Odwołującego dowodu wcale nie wynika, by Getinge Polska Sp. z o.o. wykluczała możliwość zaoferowania tego urządzenia za niższą cenę. Złożony przez Odwołującego e-mail wcale nie daje podstawy do takiego wniosku. Przedstawiciel Getinge Polska Sp. z o.o. wskazał: „Jednocześnie pragniemy poinformować, że zgodnie z przytoczonymi wyżej zasadami E&C, stosujemy zasadę poufności w zakresie złożonych ofert. Nie możemy więc udostępnić informacji o warunkach handlowych zawartych w ofertach przygotowanych dla jednego Klienta, pozostałym naszym klientom”. Tym samym oczywiste jest, że jeżeli Getinge Polska zaoferowało jakiemuś podmiotowi cenę niższą niż wskazana przez Odwołującego, to nie udzieli nikomu informacji na ten temat. W żadnym wypadku nie oznacza to jednak, że oferta z ceną niższą niż 839 000 zł netto nie mogła zostać złożona.

Istotne jest również, że wycena sterylizatora złożona przez Odwołującego obejmowała elementy, które nie były objęte przedmiotem zamówienia (wyposażenie do załadunku i wyładunku).

Z powyższych względów Izba uznała za niepotwierdzone twierdzenie Odwołującego o minimalnej cenie sterylizatora GEB 6610 na polskim rynku.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec niewypelnienia się przesłanek tego przepisu Izba uznała, że zarzut nr 1 podlega oddaleniu.

Zarzut nr 2 oparty był na twierdzeniu, że zamiar odsprzedaży Zamawiającego sterylizatora GEB 6610 poniżej kosztów jego zakupu przez Przystępującego to czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec opisanych wyżej przyczyn, dla których Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał udowodnić, że cena oferowanego przez Przystępującego sterylizatora była zaniżona, zarzut nr 2 podlegał więc oddaleniu.

Zarzut nr 4 Odwołujący uzasadnił: „posiadaniem przez Zamawiającego informacji o cenie sterylizatora parowego Getinge nowoprojektowany GEB 6610 EMB-2 (które to informacje musiał nabyć w toku postępowania odwoławczego 2518/22, gdyż były one w tym postępowaniu w sposób jednoznaczny dowiedzione) oraz faktem, że Baudziedzic oferuje ww. sterylizator poniżej ceny oferowanej przez jego producenta

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Oczywistym jest więc,

że co do zasady decyzja o wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp należy wyłącznie do zamawiającego. By móc skorzystać z uprawnienia wynikającego z tego przepisu to zamawiający powinien mieć określone wątpliwości, a stanowisko procesowe jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu odwoławczym wcale nie musi być ich źródłem. Izba mogłaby oczywiście uznać, że w pewnych sytuacjach zamawiający powinien mieć te wątpliwości, ale stwierdzenie to powinno wynikać z okoliczności udowodnionych przez odwołującego. W tym postępowaniu tak się nie stało. Odwołujący nie udowodnił, że cena sterylizatora zaoferowanego przez Przystępującego jest nierynkowa,

a w konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia tej ceny stanowiło naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....