Sygn. akt: KIO 2475/17

WYROK
z dnia 8 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2017 roku przez roku przez wykonawcę TIMKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Dostawa wraz z montażem i uruchomieniem systemu do śródoperacyjnej radiografii tkanek, aparatu do biopsji gruboigłowej wspomaganej podciśnieniem, aparatu do detekcji węzłów chłonnych oraz pozostałej aparatury medycznej dla Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu z podziałem na 9 pakietów* w zakresie pakietu nr 2 – system do patomorfologicznej radiografii tkanek i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie w pakiecie 2 oferty wykonawcy Van-Tec Medical s.r.c. z siedzibą w Ostrawie, Republika Czeska jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TIMKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu na rzecz wykonawcy TIMKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Wrocławiu.

Przewodniczący: ……...……

Sygn. akt: KIO 2475/17

UZASADNIENIE

Zamawiający – Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

pod nazwą *„Dostawa wraz z montażem i uruchomieniem systemu do śródoperacyjnej radiografii tkanek, aparatu do biopsji gruboigłowej wspomaganej podciśnieniem, aparatu do detekcji węzłów chłonnych oraz pozostałej aparatury medycznej dla Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu z podziałem na 9 pakietów,*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2017 roku pod numerem 2017/S 198-406831.

24 listopada 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postepowania, w zakresie pakietu nr 2 skutkujących nieprawidłowym dokonaniem w dniu 14 listopada 2017 roku wyboru oferty najkorzystniejszej (pakiet nr 2) złożonej przez Van-Tec Medical s.r.o. z siedzibą Ostrava-Vitkovice, Republika Czeska (dalej: „VAN-TEC").

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 stawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.;

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz pkt 6) ustawy, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty VAN-TEC z postępowania, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ (pkt 11.2, 11.9, 13.2) oraz pomimo, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny; Powyższe może równocześnie stanowić o naruszeniu art. 87 ust. 1 ustawy,
2) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy, względnie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, przez zaniechanie przeprowadzenia wystarczających wyjaśnień, w odniesieniu do treści oferty Odwołującego, w zakresie oceny istotnych części

składowych wycenionych przez ww. wykonawcę na 0 zł, z punktu widzenia zweryfikowania zaoferowanej ceny jako rażąco niskiej ceny;
3) naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, przez zaniechanie wyjaśnień treści oferty w zakresie zastosowanego przez VAN-TEC sposobu obliczenia i prezentacji ceny na Arkuszu Asortymentowo-cenowym, w szczególności z punktu widzenia ewentualnego celowego przeniesienia kosztów wycenionych pozycji o wartości 0 zł na inne pozycje i traktowane ich jako wyrób medyczny, a przez to nieuprawnione uzyskanie niższej ceny w związku z niższymi wartościami doliczanego podatku VAT, co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji;
4) naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy przez poinformowanie o dokonaniu wyboru VAN-TEC jako oferty najkorzystniej w pakiecie nr 2, podczas gdy zamawiający powinien dokonać odrzucenia ww. oferty i wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty - VAN-TEC, jako oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 2; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty VAN-TEC oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania - w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Tym samym, naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać naprawione przez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy, wskazanymi w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
Ad. 1 Zgodnie z wymaganiami pkt. 6 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot

zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego wraz z ofertą wszyscy Wykonawcy byli zobowiązania złożyć m.in. wypełniony i podpisany Arkusz Asortymentowo-

ilościowo-cenowy na wzorze stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ. Jednocześnie w zakresie opisu sposobu przygotowywania ofert, zgodnie z pkt. 11.2 SIWZ wykonawca zobowiązany był sporządzić ofertę zgodnie z SIWZ. Ponadto z treści pkt 11.9 SIWZ wynika, że oferta powinna składać się m.in. z wypełnionego załącznika nr 10 do SIWZ - Arkusza Asortymentowo-cenowego (pkt 2 w ramach pkt 11.9). Jednocześnie mając na uwadze wymagania określone dla sposobu obliczenia ceny - głównie pkt 13.2 SIWZ - wykonawca wypełniając Arkusz Asortymentowo-cenowy winien uwzględnić oczywisty fakt i wymaganie, że *„Cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizację zamówienia",* co przy uwarunkowaniu wypełnienia Arkusza Asortymentowo-cenowego wskazywało na obowiązek wypełnienia wszystkich pozycji tego formularza (Dowód: Arkusz Asortymentowo-cenowy Odwołującego).

Wycena VAN-TEC w wysokości 0 zł, a więc w istocie pominięcie (niezaoferowanie) przez tego wykonawcę obligatoryjnej wyceny w Arkuszu Asortymentowo-cenowym pozycji „Integracja aparatu z istniejącym u Zamawiającego archiwum ..." pozycji „Przeprowadzenie na koszt Wykonawcy testów odbiorczych aparatu ..." oraz pozycji „Wykonanie na zlecenie i koszt Wykonawcy ... pomiarów dozymetrycznych..." stanowi o istotnej sprzeczności oświadczenia i zakresu merytorycznego złożonej oferty z punktu widzenia wymagań SIWZ jak i zakresu przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe stoi w istotnej sprzeczności z wymaganiami SIWZ, ponieważ przy założeniu wyceny za ww. pozycje 0 zł, w istocie wykonawca nie bierze pod uwagę/nie oferuje świadczenia tego wyodrębnionego zakresu przedmiotu zamówienia - Zamawiający w szczególności zaniechał w tym względzie przeprowadzenia stosownych wyjaśnień (Dowód: Arkusz Asortymentowo-cenowy VAN-TEC).

Odwołujący wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. W ocenie Odwołującego pominięcie wyceny części pozcji zakresu przedmiotu zamówienia pomimo postawionego przez Zamawiającego wyraźnego wymogu jest niezgodne z treścią SIWZ i nie zapewnia realizacji całości zamówienia - KIO 585/16 - wyrok KIO z dnia 05-05-2016 *„Ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości - zgodnie z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla*

spełnienia jego uzasadnionych określonych w specyfikacji potrzeb." Jak wskazuje się w piśmiennictwie (Komentarz do art. 89, Pieróg 2017, wyd. 14, Legalis): *„Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia."* Na okoliczność potwierdzenia braku uwzględnienia przez VAN-TEC w treści oferty poszczególnych wyżej wymaganych przez Zamawiającego pozycji asortymentowych (wnioskowanie *a contrario),* przedstawiamy jako dowód Formularz Asortymentowo-Cenowy, który VAN-TEC złożył w innym postępowaniu prowadzonym przez Centrum Onkologii - Instytut Marii Skłodowskiej-Curie

Oddział w Gliwicach, w którym ww. wykonawca zaoferował
wymagany zakres asortymentowy, albowiem uwzględnił i wycenił (niewątpliwe w wartościach zdecydowanie wyższych od 0 zł) wyodrębnione przez zamawiającego pozycje tj. poz.
„Instalacja, montaż i uruchomienie sprzętu", „Przeszkolenie w zakresie obsługi i konserwacji dostarczonego sprzętu".
Powyższe wzmaga wątpliwości i nie powinno być
pozostawione
przez Zamawiającego bez stosownej reakcji (Dowód: Formularz Asortymentowy-cenowy
VAN-TEC złożony w ofercie dla Centrum Onkologii - Instytut Marii Skłodowskiej-Curie
Oddział w Gliwicach). Potwierdzeniem słuszności ww. twierdzeń Odwołującego są również ukształtowane w tym zakresie poglądy wyrażane w orzecznictwie. I tak przykładowo w wyroku KIO z dnia 26-01-
2017, sygn. akt KIO 11/17 stwierdzono, że niezgodność „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 jakość zobowiązania/świadczenia
ofertowego, a więc wymagania, co do treść 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
/ ustalonymi
fragmentami czy normami SIWZ".

Powyższe zaniechanie Zamawiającego, może być również odbierane jako zaniechanie ustalenia właściwego zakresu treści złożonej przez
VAN-TEC oferty. Zgodnie bowiem z
orzeczeniem KIO 2006/16 - wyrok KIO z dnia 03-11-2016 *„zamawiający, w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisanymi w treści specyfikacji istotnych*

---

warunków zamówienia ma wręcz obowiązek do ustalenia faktycznej treści oferty w oparciu o wszelkie dostępne mu informacje i źródła." Takiego ustalenia Zamawiający w przedmiotowej
sprawie zaniechał. Zamawiający zaniechał również wyegzekwowania celu dla jakiego wyodrębnił poszczególne pozycje w Arkuszu asortymentowo- cenowym. Jak wskazuje się w
orzecznictwie KIO 921/16 - wyrok KIO z dnia 14-06-2016 *„Jeżeli zamawiający nazywa poszczególne pozycje w formiarzu cenowym to po to, żeby znać w tym zakresie koszty wykonawców poszczególnych wykonawców."*
Z kolei postawienie wymogu wyceny
poszczególnych pozycji kosztorysu wiąże się ewidentnie z koniecznością oceny sytuacji faktycznej, w której wykonawca wycenia pozycję na 0 zł.

W ocenie Odwołującego doszło w tym aspekcie również do nieprawidłowości i niezgodności/błędów w zakresie wyliczeń/obliczenia ceny
- trudno bowiem przyjąć, że
wartość 0zł w poszczególnych pozycjach potwierdza realność i zgodność celów Zamawiającego z punktu widzenia wymagań SWIZ i ponoszonego przez wykonawcę kosztu
za poszczególne wyodrębnione pozycje składowe. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO
897/16 - wyrok KIO z dnia 09-06-2016 *„Niezgodność treści oferty wyrażająca się w niezgodności wyliczeń kosztorysu ofertowego z SIWZ jest niezgodnością merytoryczną, która w sytuacji kiedy brak było możliwości poprawy tej niezgodności, jako omyłki skutkuje*
odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)." Poza tym, omawiany w niniejszym odwołaniu błędy charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić, a zatem
powodują odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy. Od omyłek rachunkowych, o których mowa w
art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, różnią się tym, że nie mają
charakteru oczywistego. Nie są to więc z reguły błędy w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki. Tylko wtedy,
gdy brak jest elementu oczywistości, czyli gdy z działania matematycznego nie wiadomo, który jego składnik jest błędny (np. ilość czy cena jednostkowa) i w związku z tym nie
wiadomo, jak poprawić ten błąd, możemy mieć do czynienia z błędem w obliczeniu ceny na poziomie rachunkowym. W

przeważającej jednak liczbie błąd ten pojawia się w sytuacjach ustalenia przez wykonawcę stanu faktycznego, wynikającego z dokumentów przedłożonych przez zamawiającego (Dzierżanowski *i in.,* Prawo zamówień). Podanie zbyt małych ilości w stosunku do żądania wynikającego z SIWZ czy nieuwzględnienie w cenie wszystkich elementów (np. podatku VAT), to typowe przykłady błędu w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie (komentarz do art.89 red. Jaworska 2017, wyd. 2, Legalis) „Ustalając *wystąpienie tej przesłanki zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez*

wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. W zakresie kosztu weryfikacja powinna dotyczyć ujęcia w ofercie całkowitego kosztu nabycia przedmiotu zamówienia i innych kosztów ponoszonych w trakcie cyklu życia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności ustawy z 9.5.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915 ze zm.) oraz przepisów podatkowych. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego." Słuszność twierdzeń Odwołującego potwierdzają również kolejne wymieniane przykładowo poniższe orzeczenia. Zgodnie z wyrokiem KIO z 16.5.2013 r., KIO 990/13: *"Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia "błąd w obliczeniu ceny". Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty - jak słusznie podniósł zamawiający - ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego"* oraz KIO 1643/14 - wyrok KIO z dnia 26-08-2014 „Jeżeli *wykonawca, mimo wytycznych zamawiającego podanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obliczył cenę oferty w sposób błędny, to nawet gdy jest to cena umowna, która nie będzie stanowiła rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy."*

Ad. 2 Niezależnie od powyższej oceny istniejącego stanu faktycznego, odrębnej i niezależnej analizie Zamawiający powinien poddać zasadność i możliwość zaoferowania w poszczególnych wyodrębnionych pozycjach ceny w wysokości 0 zł. Powyższe nabiera zupełnie dobitnego znaczenia, jeśli weźmie się pod uwagę treść art. 90 ust. 1 w brzmieniu po nowelizacji przepisów prawa zamówień publicznych, które weszły w życie w dniu 28.07.2016

r. Zgodnie ze znowelizowaną treścią art. 90 ust. 1 *„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów.* Nowelizacja wyraźny nacisk kładzie

również na części składowe z punktu widzenia oceny
rażąco niskiej ich wartości w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe zestawienie formalnych wymogów wynikających z obowiązujących przepisów prawa oraz zaoferowanej
ceny w wysokości 0 zł w ofercie VAN-TEC dla poszczególnych wyodrębnionych części składowych determinuje konieczność podjęcia rozważań po stronie Zamawiającego i
podjęcia stosownych działań z punktu widzenia zaoferowania ceny poniżej kosztów wytworzenia. W szczególności już samo zaoferowanie w kilku pozycjach wyceny na
poziomie 0 zł powinno być zweryfikowane przez Zamawiającego. Zaniechanie w tym zakresie w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z ww. przepisami. Potwierdzeniem
zasadności przedstawianych przez Odwołującego poglądów jest najnowsze orzecznictwo
KIO. I tak przykładowo w wyroku KIO 519/17 - z dnia 03-04-2017 wskazano: *„W przepisie art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) mowa jest o istotności części składowych ceny oferty dla tej ceny, chodzi więc o istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem."* W konsekwencji, skoro Zamawiający wyodrębnia określone pozycji w Arkuszu Asortymentowo-
cenowym, wymaga jego
wypełnienia to obecnie nie może pomijać istotności wyceny tych pozycji na poziomie 0 zł. Powyższa wycena wymienionych powyżej pozycji cenotwórczych, może świadczyć o
konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, czego zaniechał Zamawiający w przedmiotowej sprawie.

Ad. 3

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie *„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."* KIO 2038/16 wyrok KIO z dnia 14-11-2016. Powyższe, słuszne
spostrzeżenie Izby ma o tyle istotne znaczenie, że zastosowanie przez wykonawcę VAN-TEC nieuzasadnionej i nierealnie niskiej wartości 0 zł za usług i/pozycje nie będące wyrobem medycznym, dla którego z zasady przyjmowana jest stawka podstawowa podatku VAT tj. 23% stawia w uprzywilejowanej pozycji tego wykonawcę i pozwala na osiągnięcie nieuprawnionej przewagi w ramach kryteriów oceny ofert. Poza tym z punktu widzenia pkt

---

13.4 SIWZ i obowiązku doliczenia stosownej stawki podatku VAT do podanej w pozycjach
wyceny (0zł) - dla celów porównania ofert, powyższa sytuacja faktyczna nie doprowadzi do realnej możliwości porównania tych kosztów, albowiem wynoszą one 0 zł i być może zostały przeniesione do innych pozycji. Po drugie samo ewentualne przeniesienie kosztów
niewycenionych pozycji do pierwszej z pozycji daje możliwość doliczenia przez tego
wykonawcę stawki 8% dla wszystkich kosztów i wyceny składających się na cenę oferty, co również w uprzywilejowany, ale
niezgodny z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej
konkurencji preferuje tego wykonawcę. Ponadto zaniechanie Zamawiającego w zakresie dokonania oceny przedmiotowej sytuacji potwierdza nierówne traktowanie wykonawców,
którzy złożyli oferty w postępowaniu. Potwierdzeniem zasadności powyższych twierdzeń Odwołującego jest chociażby wyrok KIO 2380/16,
wyrok KIO z dnia 02-01-2017, w którym
wskazano, że *„Wybieranie przez zamawiającego w toku oceny ofert, które postanowienia SIWZ będzie uwzględniał, a które nie, zwłaszcza w sytuacji, gdy w odniesieniu do części ofert zamawiający uwzględnia wszystkie postanowienia SIWZ, a w odniesieniu do pozostałych ofert jedynie niektóre z nich, stanowi nierówne traktowanie wykonawców i godzi w uczciwą konkurencję. Powołane zasady wymagają bowiem stosowania jednakowych miar, w tym przypadku postanowień SIWZ w całości, do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia."* W konsekwencji ustalenie za realizację części wskazanych
pozycji wycenionych na 0 zł w
oderwaniu od czynników rynkowych, pracochłonności, rzeczywistych kosztów, jedynie w celu uzyskania możliwie największej liczby punktów, które to działanie może eliminować konkurentów sporządzających oferty w sposób należyty, zgodny z wymaganiami SIWZ, jest działaniem naruszających dobre obyczaje i przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. W tym względzie tego rodzaju działanie VAN- TEC powinno być oceniane z punktu widzenia treści art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazać przy tym należy, że jedną z przesłanek uznania działania za czyn nieuczciwej konkurencji jest bowiem jego sprzeczność z dobrymi obyczajami (tak: SN I CKN 89/01). Jednocześnie, w świetle postanowień art. 3 ww. ustawy, o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust. ZN KU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" (tak: SO w Poznaniu sygn.. akt. IX Gc 19/07. Powyższe zasady potwierdza również stosowne orzecznictwo KIO. I tak przykładowo, należy wskazać na orzeczenie o sygn.. akt KIO 1934/12, w którym stwierdzono: *„Odwołujący przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak*

skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.
(…) O ile działanie odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jednak nawet wtedy gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust 1 ustawy określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienia- Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie 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 odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonywania usługi zgodnie z wymogami SIWZ." Powyższy, co prawda obszerny cytat, w pełni oddaje tło powstałej sytuacji faktycznej w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał rozważań i działań w wyżej wymienionym kontekście.

Ad. 4

W konsekwencji powyższych wywodów, również informacja o dokonaniu wyboru VAN-TEC jako oferty najkorzystniej w pakiecie nr 2, była nieprawidłowa i powinna być zmieniona.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 listopada 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony

postepowania odwoławczego na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego odnośnie braku interesu we wniesieniu odwołania przez Odwołującego. Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Wykonawca ubiegający się o to zamówienie, który złożył ofertę oraz odwołanie jest podmiotem realizującym tego typu zamówienia. Podniesienie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po stronie Zamawiającego mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca zagwarantował wykonawcy możliwość poszukiwania ochrony swoich praw, a przesłanka interesu i szkody rozpatrywana jest na dzień wniesienia odwołania. Przyszłe, niepewne, nieistniejące na dzień wniesienia odwołania zdarzenia nie mogą stanowić skutecznego uzasadnienia stanowiska Zamawiającego. W ocenie Izby na dzień wniesienia odwołania Odwołujący wykazała spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie Stronami sporu. W odwoławczego powstałego pomiędzy trakcie postępowania to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje

w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…)*

V.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,*

- *art. 87 ust. 1 ustawy – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy –
Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)
2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3, 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, (…)
6) zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu

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

- *1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);*
- *2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*
- *3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- *4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- *5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

- art. 91 ust. 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zmianami, dalej: ustawa uznk):
Art. 3 ust. 1 uznk - *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

VI.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył pismo z dnia 8 grudnia 2017 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" wraz z załączonymi dokumentami – Izba dopuściła dowody załączone przez Zamawiającego do wymienionego pisma.

VII.
W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania odzwierciedla oświadczenia złożone w ofercie Van-Tec Medical s.r.o. z siedzibą w Ostrawie, Republika Czeska (dalej: Van-Tec) oraz czynności dokonywane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Van-Tec Izba uznała zarzut za niezasadny.
Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez SIWZ wymagania. Złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWIZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka.
Należy mieć również na uwadze, że dokonując oceny oferty złożonej w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca –

jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.
W rozpoznawanej sprawie Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Van-Tec pod kontem jej zgodności z treścią SWIZ. Oświadczenie złożone w załączniku - Arkusz asortymentowo-cenowy w wierszach 2-4 było jednoznaczne, a mianowicie wykonawca podał dla tych pozycji stawkę 0 zł za realizacje przedmiotu zamówienia, nie pominął tym samym tych pozycji w ww. arkuszu. Potwierdzenie zaoferowania realizacji świadczeń określonych w Arkuszu asortymentowo-cenowym znajduje się również w załączniku zawierającym opis przedmiotu zamówienia, gdzie wykonawca w wierszu 1.28 potwierdził realizację integracji dostarczonego w ramach zamówienia urządzenia z posiadanymi przez Zamawiającego serwerami. W ocenie Izby nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wykazała jakie okoliczności

powinny były spowodować po stronie Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego świadczenia, Izba podkreśla, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w postępowaniu stanowi uprawnienie Zamawiającego, z którego korzysta w sytuacji, gdy dana treść oferty jest niejasna, niezrozumiała dla Zamawiającego. Nie można uznać za prawidłową argumentację Odwołującego sprowadzającą się do utożsamianie niezłożenia oświadczenia (niezaoferowaniem) z faktem wpisania w wierszach 2-4 Arkusza asortymentowo-cenowego kwoty 0 zł. Podanie prze wykonawcę Van-Tec w wierszach 2-4 kwoty 0 zł stanowi oświadczenie wykonawcy co do przedmiotu zawartego w tych wierszach Arkusza asortymentowo-cenowego, którym to wykonawca potwierdził zaoferowanie tego przedmiotu zamówienia. W obliczu powyższego nie sposób uznać by wykonawca Van-Tec nie złożył oferty w przedmiotowym zakresie, tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, tj. błędu w obliczeniu ceny oferty Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Dla rozstrzygnięcia o zarzutach rozpoznawanego odwołania skoncentrować należy rozważana na pojęciu umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, że jest ono umową zawieraną między Zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno Zamawiający - na jego rzecz wykonawca

realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną, jak i wykonawca - najczęściej w postaci zapłaty lub w innej, niekonieczne pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. W ocenie Izby wykonawca oferujący realizację zamówienia winien w przedmiotowej sprawie wycenić wszystkie z pozycji zawartych w załączniku Arkusz asortymentowo-cenowy tj. w wierszach 2-4 również. Izba podkreśla, że wykonawca Van-Tec wpisał 0 zł w tych pozycjach, natomiast zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w dokumentach złożonych wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postepowania odwoławczego znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej wynika, że koszty w tym zakresie pokryje podmiot zewnętrzny (zapłaci wszystkie wydatki za firmę Van-Tec zawierające: transport z USA do Polski, opłaty związane z instalacją, testy dozymetryczne, szkolenie z systemu XPERT80). Zamawiający w trakcie rozprawy podniósł,

---

że jest to świadczenie nieodpłatne na rzecz Zamawiającego. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje sytuacji, w której dane zamówienie, lub cześć danego zamówienia stanowi nieodpłatne świadczenie na rzecz Zamawiającego. Słusznie wskazał Odwołujący, że przyjmując za prawidłowe takie działanie mogłoby dojść do zgoła kuriozalnych sytuacji, w których główna część zamówienia - tak jak w rozpoznawanym przypadku aparat rentgenowski z detektorem cyfrowym dedykowany do patomorfologicznej radiografii tkanek - byłaby ofertowany Zamawiającemu nieodpłatnie jako, jak to wskazał Zamawiający, świadczenie nieodpłatne. Taka interpretacja zamówienia publicznego nie znajduje uzasadnienia w warunkach ustawy. Oświadczenie Zamawiającego przedstawione na rozprawie potwierdza również, że część zamówienia określona w wierszu 2-4 w załączniku Arkusz asortymentowo-cenowy - skoro stanowi świadczenie nieodpłatne - nie została uwzględniona przy obliczaniu przez wykonawcę ceny oferty.
Natomiast podkreślenia wymaga, że określone przez Zamawiającego wymaganie w zakresie wykonania na zlecenie i koszt wykonawcy pomiarów dozymetrycznych przez Państwową Inspekcję Sanitarną rodzi realne kwoty jakie wykonawca będzie zobowiązany ponieść w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wskazał w trakcie rozprawy, że ceny pomiarów dozymetrycznych przez Państwową Inspekcję Sanitarną wahają się od 500 do 1850 zł w różnych ofertach. Izba wskazuje, że również przeprowadzenie testów odbiorczych aparatur zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie Prawo atomowe wymaga nakładów finansowych, co potwierdza choćby oświadczenie załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, z którego wynika, że koszty te pokryje producent aparatu. To z kolei w sposób jednoznaczny potwierdza, że koszty te istnieją i są realne, tak samo jak koszty integracji aparatu z istniejącym u Zamawiającego archiwum PACS Impax6 firmy Agfa i serwerem DICO Worklist firmy Asseco do pokrycia których również zobowiązał się producent urządzenia. W zakresie ww. kosztu integracji aparatu z istniejącym u Zamawiającego archiwum i serwerem Izba wskazuje również, że nie można uznać za zasadną argumentację Zamawiającego, że nie było potrzeby uzyskania od podmiotów Agfa i Asseco jakichkolwiek ofert ponieważ Zamawiający jest w posiadaniu niezbędnych narzędzi umożliwiających dostępy do systemów. Izba zaznacza, że taka argumentacja pojawiła się w trakcie rozprawy lecz nie wskazał Zamawiający postanowień SWIZ, które by potwierdzały wyżej prezentowane stanowisko. Niemniej każda integracja wymaga działania ze strony podmiotu jej dokonującej niezależnie czy dokonuje tego samodzielnie czy też przy współdziałaniu innych podmiotów wyspecjalizowanych w danych czynnościach, a to zawsze zamyka się w określonej cenie za podejmowane działania.

Zaznaczyć również warto w tym miejscu, że z oświadczenia załączonego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jednoznacznie wynika, że realizacja zamówienia w ww. zakresie tj. w wierszu 2-4 w załączniku Arkusz asortymentowo-cenowy powoduje realne wydatki. Dodatkowo należy wskazać, że przy wycenie aparatu w przypadku wykonawcy Van-Tek została podana 0% podatku VAT ze względu na dostawę aparatu z zagranicy.
Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oferta podlegać winna odrzuceniu, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy zaznaczyć jednocześnie, że ustawa nie definiuje

pojęcia "błąd w obliczeniu ceny", niemniej przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Pod pojęciem błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, błąd w obliczeniu ceny. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości, zakresu czynności, pominięcie wyceny czy też przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny. W rozpoznawanej sprawie wykonawca Van-Tec nie wycenił przedmiotu zamówienia w wierszu 2-4 w załączniku Arkusz asortymentowo-cenowy wpisując 0 zł, choć zgodnie z postanowieniami SWIZ wymagane było od wykonawców uwzględnienie w cenie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, a co istotne kwoty (ceny) dla poszczególnych wierszy 2-4 załącznika Arkusza asortymentowo-cenowego są realne, bowiem ich poniesienie zostało zagwarantowane przez inny podmiot niebędący stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, to również te określone w wierszach 2-4 załącznika Arkusz asortymentowo-cenowy, bowiem Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami stanowi w całości dokumentację postępowania, a formularze stworzone przez Zamawiającego w odniesieniu do oferowanych cen są spójne z regułami zawartej w opisie sposobu obliczenia ceny. Zamawiający ukształtowała wymagania w zakresie wyceny poszczególnych pozycji w Arkuszu asortymentowo- cenowym wskazując w sposób jednoznaczny, że to na koszt wykonawcy maja być zrealizowane określone testy czy pomiary, tym samym Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, że koszty te stanowią koszty ponoszone przez wykonawcę i są elementem obliczenia ceny oferty. Dokument ten – SWIZ wraz z załącznikami - musi być czytany wspólnie tworzy on bowiem całość, a inaczej wypaczony został by sens tworzenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienie publicznego. Wykonawca Van-Tec

odstąpił od dokonania obliczenia ceny oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nie wycenił przedmiotu zamówienia zawartego w wierszach 2-4 załącznika Arkusz asortymentowo-cenowy, tym samym popełnił błąd w obliczeniu ceny, który nie daje się poprawić.

Izba uznała, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. w zakresie oceny oferty złożonej przez Van-Tec zawierających w poszczególnych wierszach 2-4 załącznika Arkusza asortymentowo-cenowego wycenę 0 zł , a w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego oferty w tym zakresie jako świadczenia nieodpłatnego. Takie działanie wykonawcy Van-Tec należy uznać za nieuprawnione mając na uwadze odpłatny charakter umów zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji należy określić, że było to działanie sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami i naruszające interes innych przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie sposób bowiem uznać, że profesjonalny wykonawca nie dostrzega regulacji ustawowych stanowiących o istocie zamówienia publicznego, charakterze odpłatnej umowy obejmującej przedmiot zamówienia, a nie tylko jego część. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 roku sygn. akt III CSK 120/11 wskazał, że *art. 3 ust. 1 u.z.n.k., jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN: z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999, nr 5, poz. 97, z dnia 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004, nr 7, poz. 54, z dnia 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008, nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje, określane powszechnie jako funkcja definiująca, uzupełniająca i korygująca.*
Pierwsza polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza

to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 u.z.n.k. (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 u.z.n.k.) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja

uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 u.z.n.k. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest to zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, to nie jest czynem nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie stykamy się z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 roku sygn. akt I CSK 85/06 wskazał, że *Trzeba podkreślić, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji" jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie - kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1.* Tym samym w konsekwencji brak realnej wyceny oferowanych elementów zamówienia w poszczególnych wierszach 2-4 załącznika Arkusza asortymentowo-cenowego przez podanie 0 zł powoduje, że wykonawca ten „staje poza konkurencją" z innymi wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie i realnie wyceniającymi wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia stanowiące w konsekwencji ofertę, czyli takie działanie Van-Tec grozi i narusza innym przedsiębiorcom/wykonawcom składającym oferty w tym postepowaniu. Bezprawność w działaniu stanowi o przyjęciu, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, natomiast bezprawność jest cechą działania charakteryzuje tym, że polega ono na sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego. Podkreślenia wymaga także, że nie jest konieczne do zakwalifikowania czynu nieuczciwej konkurencji istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa (Ewa Nowińska, Miach du Vall „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz"). W ocenie Izby działanie wykonawcy Van-Tec, będącego niewątpliwie profesjonalistą na rynku stanowiącym przedmiot zamówienia - profesjonalisty obowiązanego do należytego działania - polegające wycenieniu pozycji w poszczególnych wierszy 2-4 załącznika Arkusza asortymentowo-cenowego na 0 zł stanowiło działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. *Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (…). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i*

drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (…), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006).* Pojęcie „dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje *nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (…) oraz ustalone zwyczaje(…) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Izba wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawcy Van-Tec do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy wskazał, że Zamawiający wzywa wykonawców do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena

lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów Z tej części przepisu wynika jednoznacznie, że to cena oferty lub koszt albo ich istotna część składowa ma wydawać się rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Warto w tym miejscu podkreślić, że w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 roku przepis ten uległ zmianie, jego treść uzupełniono koszt i istotne części składowe kosztu lub ceny. Podkreślenia wymaga, że to każdorazowo Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się", że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi „budzić wątpliwość" Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania

---

o zamówienie rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się" Zamawiającemu pozornie co do istnienia, bądź pozornie nie „wydawać się". Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.
Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Odwołujący powinien był wykazać spełnienie wcześniej opisanych przesłanek, dowieść, że cena lub koszt lub ich istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie Zamawiającemu w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić jego wątpliwości. W ocenie Izby Odwołujący nie uzasadnił zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby koniecznością wezwania wykonawcy Van-Tec do złożenia stosownych wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący, choć sam odwołał się w uzasadnieniu swojego odwołania do orzeczenia Izby jednocześnie cytując jego fragment to nie udźwignął ciężaru w dowiedzeniu istotności części składowych do których referował w swojej argumentacji. Nie wykazał istotności części składowych ceny oferty dla tej ceny jako istotności z punktu widzenia cenotwórczego. Pominął w zupełności w swojej argumentacji odniesienie istotności wartości danej części składowej ceny oferty do ceny oferty ogółem. Samo uzasadnienie stanowiska tym, że Zamawiający przygotował dany Arkusz asortymentowo-cenowy o określonej strukturze nie przesadza o istotności wartości danej części składowej ceny oferty do ceny oferty ogółem, a stanowi jedynie pewne określone przez Zamawiającego rozwiązanie pozwalające na ujawnienie cen za poszczególne części składowe ceny oferty. Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego i uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy za niezasadny.
Izba wskazuje również, że zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w postępowaniu w trybie art. 90 ustawy jest innym zarzutem niż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powody rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TS UE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez

---

złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Nadal pozostaje aktualne stanowisko przedstawione

w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 w którym czytamy: *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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 ze zmianami).

Przewodniczący: ……