

WYROK

Warszawa, dnia 26 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolantka:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spring Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie oraz Cloudware Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Agfa Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu, dalej: *Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa systemu do zarządzania badaniami wraz ze sprzętem serwerowym, wdrożeniem, migracją danych i szkoleniami na potrzeby Dolnośląskiego Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii”, dalej: „*Postępowanie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2024 r. pod numerem 445534-2024.

W dniu 4 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spring Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Cloudware Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej: „*Odwołujący*” wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego oraz zarzucił im naruszenie:

Zarzut nr 1 art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agfa

sp. z o.o., (dalej jako: „Agfa”), podczas gdy oferta złożona przez Agfa jest niezgodna

z warunkami Zamówienia określonymi w:

1. pkt 4.14 SWZ,

2. pkt 15.2 SWZ,

3. § 2 ust. 6 - 9 Umowy,

4. § 6 ust. 6 – 8 Umowy,
5. pkt 7.2 i 7.6 OPZ,
6. Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ,
7. Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ

w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał, aby następujące elementy Zamówienia, tj.: Moduł mammograficzny wraz ze wsparciem na 4 lata oraz Zintegrowany system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata zostały wycenione oraz ujęte w części opcjonalnej Zamówienia (odpowiednio jako Opcja nr 2 i Opcja nr 6), natomiast Agfa w ramach Zamówienia opcjonalnego wyceniła je na 0 zł oraz przeniosła ich ceny do części podstawowej Zamówienia;

Zarzut nr 2 art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji² (dalej jako: „UZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agfa, podczas gdy oferta Agfa została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na bezpodstawnym przeniesieniu ww. opcjonalnych części Zamówienia, tj. Modułu mammograficznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 2) oraz Zintegrowanego system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 6) do części podstawowej Zamówienia, czego skutkiem jest m.in. to, że:

1. Zamawiający będzie zmuszony ponieść koszty realizacji ww. elementów Zamówienia niezależnie od swojego zapotrzebowania;

2. Agfa otrzyma wynagrodzenie za ww. elementy Zamówienia niezależnie od tego czy w ogóle zostałyby one zlecone przez Zamawiającego, a ponadto wypłata tego wynagrodzenia nastąpi dużo wcześniej niż w sytuacji, gdyby Agfa miała zrealizować ww. elementy Zamówienia dopiero na skutek zlecenia ich przez Zamawiającego w ramach Zamówienia opcjonalnego;

3. Agfa poniesie mniejsze koszty realizacji Zamówienia w stosunku do Konsorcjum, które ujęło ww. elementy w części opcjonalnej Zamówienia m.in. ze względu na krótszy okres utrzymania i gwarancji w skali całego projektu, brak konieczności utrzymywania personelu przez wydłużony okres realizacji opcji oraz mniejsze ryzyka projektowe i koszty zarządzania projektem;

Zarzut nr 3 art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1-3, 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agfa, podczas gdy:

1. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Agfa w odniesieniu do cen za realizację Modułu mammograficznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 2) oraz Zintegrowanego system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 6), za które Agfa zaoferowała 0 zł, są ogólnikowe, lakoniczne, gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami i kalkulacjami, a tym samym nie spełniają wymagań określonych w art. 224 ust. 1-3 PZP oraz nie odpowiadają treści wezwania i w żaden sposób nie uzasadniają podanej w ofercie ceny za ww. elementy Zamówienia;

2. oferta Agfa zawiera rażąco niską cenę za istotne części składowe Zamówienia, tj. za realizację Modułu mammograficznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 2) oraz Zintegrowanego system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 6), które Agfa wyceniła na 0 zł;

Zarzut nr 4 art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agfa, podczas gdy oferta Agfa zawiera błąd w obliczeniu cen za realizację Modułu mammograficznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 2) oraz Zintegrowanego system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 6), za których realizację Agfa w ramach Zamówienia opcjonalnego zaoferowała 0 zł oraz w sposób nieuprawniony przeniosła ich ceny do Zamówienia podstawowego.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Odrzucenia oferty wykonawcy Agfa;

3. Dokonania ponownego badania i oceny ofert

oraz o:

1. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną złożone przez Odwołującego na rozprawie.

2. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie zostało podzielone przez Zamawiającego na część podstawową, obejmującą dostawę, wdrożenie oraz wsparcie dla systemu PACS/VNA wraz z niezbędnym sprzętem i licencjami oraz na część opcjonalną, na którą składają się dodatkowe funkcjonalności systemu PACS/VNA, tj.:

- a. Opcjonalny zakup systemu do pomiaru dawki wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 1);

- b. Opcjonalny zakup modułu mammograficznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 2);

- c. Opcjonalny zakup modułu statystycznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 3);

- d. Opcjonalny zakup modułu dla patomorfologii wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 4);
- e. Opcjonalne przedłużenie wsparcia na piąty rok, następujący bezpośrednio po zakończeniu zamówienia podstawowego (Opcja nr 5);
- f. Opcjonalny zakup zintegrowanego systemu RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 6).

Dowód: aktualna wersja SWZ (po zmianach z 9 września 2024 r.) – Załącznik nr 1.

Dowód: aktualna wersja Umowy (po zmianach z 9 września 2024 r.) – Załącznik nr 2.

Dowód: aktualna wersja OPZ (po zmianach z 9 września 2024 r.) – Załącznik nr 3.

Każda z wyżej wymienionych, opcjonalnych funkcjonalności systemu PACS/VNA podlegała odrębnej wycenie, którą wykonawcy winni przedstawić w:

a. Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ,

b. Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

Dowód: Formularz oferty stanowiący załącznik nr 3 do SWZ (po zmianach z 9 września 2024 r.) – Załącznik nr 4.

Dowód: Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 1 do SWZ – Załącznik nr 5.

Zgodnie z pkt 15.2 SWZ, każdej z cen za ww. funkcjonalności opcjonalnej Zamawiający,

w ramach kryteriów oceny ofert, przyznał odrębny współczynnik punktowy („Współczynnik P”) w przedziale od 5% do 25%. Iloczyn ceny zaoferowanej za daną funkcjonalność opcjonalną oraz „Współczynnika P” dla tej ceny stanowił jej „Wartość parametryzowaną”. Suma „Wartości parametryzowanych” funkcjonalności opcjonalnych wraz z ceną za Zamówienie podstawowe składały się natomiast na cenę całkowitą oferty, która podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert o wadze 60%.

Konsekwencją przyjętego przez Zamawiającego algorytmu było to, że wyższą ocenę punktową w ramach kryterium cenowego w praktyce można było uzyskać oferując jak najniższe ceny za Opcję nr 2 - Moduł mammograficzny (wraz ze wsparciem na 4 lata) oraz za Opcję nr 6 - Zintegrowany system RIS (wraz ze wsparciem na 4 lata). Oby tym funkcjonalnościom Zamawiający przyznał bowiem najwyższy „Współczynnik P” o wadze 25%:

W Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Agfa oraz Odwołujący, przy czym Agfa wyceniła Opcję nr 2 – Moduł mammograficzny oraz Opcję nr 6 – Zintegrowany system RIS na 0 zł.

Dowód: Formularz oferty Agfa – Załącznik nr 6.

Po powzięciu tych informacji Odwołujący pisemnie zwrócił się do Zamawiającego, wskazując, że w zakresie Opcji nr 2 i 6 oferta Agfa zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a ponadto treść oferty Agfa jest niezgodna z przepisami ustawy oraz z warunkami Zamówienia.

W kolejnym kroku Zamawiający, pismem z dnia 4 października 2024 r. wezwał Agfa do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (dalej jako: „Wezwanie do wyjaśnienia RNC”). Jak stwierdził Zamawiający, „Wątpliwości Zamawiającego wywołuje zaoferowanie ceny 0 zł (słownie: zero złotych) w istotnych częściach składowych zamówienia [podkr. aut.], tj. pozycjach Opcja nr 2 – Moduł mammograficzny oraz Opcja nr 6 – Zintegrowany system RIS.”

W treści Wezwania Zamawiający zastrzegł również wyraźnie, że poza stosownymi wyjaśnieniami Agfa winna także przedstawić „dowody dotyczące wyliczenia ceny”.

Dowód: Wezwanie do wyjaśnienia RNC z dnia 4 października 2024 r. – Załącznik nr 7.

W odpowiedzi na Wezwanie, w dniu 4 października 2024 r. Agfa przedstawiła Zamawiającemu liczące 2,5 strony „Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny” (dalej jako: „Wyjaśnienia RNC”).

Poza ogólnymi i ogólnikowymi zapewnieniami, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz przytoczeniem zamierzonego orzecznictwa KIO i SO wydawanego jeszcze pod rządami „starej” ustawy PZP (lata 2011 – 2019), Agfa nie przedstawiła dosłownie żadnych kalkulacji oraz dowodów.

Dowód: Wyjaśnienia RNC z dnia 4 października 2024 r. – Załącznik nr 8.

Niezależnie od powyższego, w kolejnym piśmie Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę, że działanie Agfa – poza tym, że wyczerpuje znamiona rażąco niskiej ceny oraz niezgodności oferty z ustawą i warunkami Zamówienia – nosi również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na prawdopodobnym „ukryciu” cen za Opcję nr 2 i 6 w części podstawowej Zamówienia. W reakcji na to pismo, Zamawiający, pismem z dnia 22 października 2024 r., zwrócił się do Agfa o ustosunkowanie się do argumentacji Odwołującego (dalej jako: „Wezwanie do wyjaśnień CZNK”).

Dowód: Wezwanie do wyjaśnień CZNK z 22 października 2024 r. – Załącznik nr 9.

W odpowiedzi na ww. Wezwanie, Agfa w dniu 24 października 2024 r. przedstawiła swoje wyjaśnienia (dalej jako: „Wyjaśnienia CZNK”), w których jednoznacznie potwierdziła wcześniejsze przypuszczenia Odwołującego, zgodnie z którymi ceny za Opcję nr 2 i 6 zostały

przeniesione przez Agfa do części podstawowej Zamówienia.

Dowód: Wyjaśnienia CZNK z 24 października 2024 r. wraz z Załącznikiem nr 1 i 2 – Załącznik nr 10.

Pomimo powyższych, oczywistych nieprawidłowości w ofercie Agfa, Zamawiający w dniu 25 października 2024 r. poinformował o wyborze oferty Agfa jako najkorzystniejszej

w Postępowaniu.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25 października 2024 r. – Załącznik nr 11.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 - niezgodność oferty Agfa z warunkami Zamówienia, Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agfa, pomimo tego, że oferta Agfa jest niezgodna z warunkami Zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał, aby następujące elementy Zamówienia, tj.: Moduł mammograficzny wraz ze wsparciem na 4 lata oraz Zintegrowany system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata zostały wycenione oraz ujęte w części opcjonalnej Zamówienia (tj. odpowiednio jako Opcja nr 2 i Opcja nr 6), natomiast Agfa w ramach Zamówienia opcjonalnego wyceniła je na 0 zł oraz przeniosła ich ceny do części podstawowej Zamówienia.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP przez warunki Zamówienia rozumie się „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Bezspornym jest, że w niniejszej sprawie Zamawiający określił warunki Zamówienia, zgodnie z którymi Moduł mammograficzny oraz Zintegrowany system RIS (oba wraz ze wsparciem na 4 lata) wykonawcy winni uwzględnić w części opcjonalnej swojej oferty (tj. odpowiednio do Opcji nr 2 i 6) oraz zrealizować w formule Zamówienia opcjonalnego. Obowiązek ten wynika literalnie m.in. z pkt 4.14 SWZ, 15.2 SWZ, Formularza cenowego, Formularza oferty, §2 ust. 6 - 9 Umowy, §6 ust. 6 – 8 Umowy, jak również pkt 7.2 i 7.6 OPZ.

Odwołujący wskazał na:

a. § 2 ust. 6 lit. a Umowy, zgodnie z którym „Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji polegającej na:

a) Realizacji przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego rozbudów Systemu opisanych

w Załączniku nr 1 (OPZ Pkt 7.1, 7.2 7.3, 7.4, 7.5), przy czym w ramach skorzystania z opcji rozbudowy Zamawiający jest uprawniony do składania oświadczeń w przedmiocie rozbudowy w zakresie wszystkich bądź dowolnie wybranych opcji rozbudowy wskazanych w Załączniku nr 1 pkt 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5)”;

b. § 2 ust. 7 Umowy, zgodnie z którym „[s]korzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji uzależnione jest od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Realizowanie opcjonalnej części będzie wykonywane na podstawie oświadczenia woli Zamawiającego, a Wykonawca będzie zobligowany podjąć się jej realizacji w ramach Umowy. Realizowanie opcji będzie odbywało się w oparciu o ceny jednostkowe zaproponowane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Zamówienie w ramach opcji będzie realizowane na tych samych warunkach co zamówienie podstawowe. Wykonawcy będzie przysługiwało odrębne wynagrodzenie za Usługi realizowane w ramach prawa opcji”;

c. §2 ust. 9 Umowy, zgodnie z którym „[s]korzystanie z prawa opcji, o którym mowa w ust.6 b)

nastąpi poprzez złożenie Wykonawcy przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu

z prawa opcji w dniu podpisania niniejszej Umowy. Zamawiający zastrzega, iż część zamówienia określona jako „prawo opcji” jest uprawnieniem, a nie zobowiązaniem Zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie”;

d. §6 ust. 8 Umowy, zgodnie z którym „[w] przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa Opcji w zakresie rozszerzenia Systemu opisanego w §2 ust. 6 a) wynagrodzenie z tego tytułu płatne będzie po dokonaniu odbioru końcowego Opcji oraz podpisaniu protokołu odbioru Opcji.”

e. pkt 7.2.1.1 OPZ, zgodnie z którym „Maksymalnie do dwunastu miesięcy od daty podpisania Umowy zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji w postaci zamówienia modułu do mammografii (MG)”;

f. pkt 7.6.1 OPZ, zgodnie z którym „Maksymalnie do dwunastu miesięcy od daty podpisania Umowy zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji w postaci zamówienia zintegrowanego systemu RIS (RIS) wraz z usługami wdrożenia”;

g. pkt 4.14 SWZ, zgodnie z którym „W celu skorzystania z prawa opcji Zamawiający przekaże

Wykonawcy oświadczenie w formie pisemnej, w tym również równoważnej formie elektronicznej w rozumieniu art. 78 ust.1 KC w terminie:

- z pkt a)-d), do 12 miesięcy od daty podpisania umowy,

- termin realizacji/dostawy każdej z opcji a) do d) będzie wynosił nie mniej niż sześć miesięcy od daty złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji.”

6. Suma powyższych okoliczności, tj. (i) odrębna wycena i sposób rozliczania każdej z opcji, (ii) odrębna waga punktowa każdej z opcji w ramach kryteriów oceny ofert, (iii) szczegółowo opisany przedmiot każdej z opcji w OPZ i Umowie, (iv) możliwość niezależnego zamawiania każdej z opcji,

(v) brak zobowiązania Zamawiającego do realizacji opcjonalnych funkcjonalności powoduje, że bezsprzecznie koniecznym było wydzielenie każdej z nich do części opcjonalnej oferty

i Zamówienia. Treść dokumentów Zamówienia nie pozostawiała w tym zakresie żadnych wątpliwości i dokładnie w taki właśnie sposób postąpił Odwołujący wyodrębniając oraz wyceniając oddzielnie każdą z opcji w Formularzu oferty oraz Formularzu cenowym.

Odwołujący wskazał, że wydaje się przy tym, że intencją Zamawiającego przy wydzieleniu części opcjonalnych Zamówienia było to, że Zamawiający nie chciał być z góry zmuszony do ich nabycia oraz poniesienia z tego tytułu określonych kosztów. Na dzień wszczęcia Postępowania Zamawiający nie znał bowiem swojego rzeczywistego zapotrzebowania oraz dyspozycji finansowej lub organizacyjnej. Zamawiający chciał mieć za to zapewnioną taką możliwość w toku realizacji Umowy.

W tym stanie faktycznym Agfa intencjonalnie wyceniła Moduł mammograficzny wraz ze wsparciem na 4 lata oraz Zintegrowany system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (tj. odpowiednio Opcję nr 2 i Opcję nr 6) na 0 zł w ramach Zamówienia opcjonalnego, przenosząc ich ceny do części podstawowej Zamówienia.

Powyższa konstatacja także jest bezsporna, ponieważ wynika wprost z treści Wyjaśnień RNC i Wyjaśnień CZNK złożonych przez Agfa. W Wyjaśnieniach RNC Agfa stwierdziła bowiem m.in.

wprost, że (str. 1 Wyjaśnień RNC):

„Wykonawca podając w formularzu cenę 0 zł za Moduł Mammograficzny oraz Zintegrowany system RIS oświadcza, że ceny za wymienione moduły zawiera się w cenie standardowej licencji oferowanego systemu do zarządzania badaniami wymienionej w formularzu cenowym System PACS/VNA (zamówienie podstawowe) poz. 3 „Licencje na aplikacje PACS/VNA” i nie ma możliwości wydzielenia ich jako osobnych pozycji do wyceny przez producenta.”

Powyższe zostało dodatkowo potwierdzone przez Agfa w Wyjaśnieniach CZNK. Agfa stwierdziła w nich bowiem wprost, że (str. 2 Wyjaśnień CZNK):

„System, który AGFA zamierza dostarczyć w przypadku udzielenia zamówienia

w Postępowaniu na podstawie złożonej przez AGFA oferty w ramach zamówienia podstawowego:

- a. zawiera wbudowany (ściśle zintegrowany) moduł mammograficzny, którego dostarczenia Zamawiający wymagał w ramach Opcji 2;
- b. zawiera wbudowany moduł opisowy (zintegrowany system RIS), którego dostarczenia Zamawiający wymagał w ramach Opcji 6.

Innymi słowy, system, który AGFA zamierza dostarczyć, w przypadku udzielenia zamówienia w Postępowaniu na podstawie oferty złożonej przez AGFA, już w ramach wykonania zamówienia podstawowego (za cenę 5 453 261,88 zł), będzie zawierał wbudowany moduł mammograficzny, oraz wbudowany moduł opisowy (zintegrowany system RIS). Co za tym idzie, Zamawiający otrzyma w ramach świadczenia z zakresu zamówienia podstawowego produkt zawierający wbudowany moduł mammograficzny oraz moduł opisowy, niezależnie od tego, czy Zamawiający będzie chciał formalnie wykonać prawo Opcji 2 i Opcji 6 i z tych modułów korzystać.”

Nadto, jak dalej wskazała Agfa w swoich Wyjaśnieniach (str. 2 Wyjaśnień CZNK):

„Zamawiający będzie mógł według swej woli oświadczyć, na podstawie §2 ust. 7-9 umowy, że będzie korzystał z wbudowanego w system modułu mammograficznego (Opcja 2) lub modułu opisowego - zintegrowanego systemu RIS (Opcja 6), jednak nie musi tego robić. Istotne jest przy tym, że skoro moduły te zostaną i tak dostarczone jako wbudowane w produkt, co będzie zrealizowane w ramach zamówienia podstawowego, to Zamawiający wykonując prawo Opcji 2 lub Opcji 6 nie będzie już musiał za te moduły płacić. Dlatego też w pełni uzasadnione jest podanie przez AGFA w formularzu ofertowym w odniesieniu do Opcji 2 i Opcji 6 kwot 0 zł.”

Idąc dalej Agfa wskazała w Wyjaśnieniach CZNK, że (str. 3 lit a. Wyjaśnień CZNK):

„Biorąc pod uwagę fakt, że system oferowany przez AGFA w ramach zakresu podstawowego ma wbudowany moduł mammograficzny oraz moduł opisowy – zintegrowany system RIS, AGFA dostarczy system z tymi modułami za cenę w ramach zamówienia podstawowego (za cenę 5 453 261,88 zł) jako produkt integralny - AGFA musi dostarczyć go w takiej postaci, niezależnie do tego, czy Zamawiający będzie chciał korzystać z tych modułów (formalnie wykonać opcje), czy też nie.”

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że Agfa celowo i świadomie zaoferowała Moduł mammograficzny oraz Zintegrowany system RIS (wraz ze wsparciem na 4 lata) jako część podstawową Zamówienia, nie zaś jako opcje. Nie ma przy tym żadnego znaczenia fakt, że system PACS/VNA oferowany przez Agfa w ramach zamówienia podstawowego lub polityka licencyjna Agfa nie przewidują możliwości ich wydzielenia (co według najlepszej wiedzy Odwołującego nie jest zresztą prawdą). Argumentacja przedstawiona w tym względzie przez Agfa co najwyżej potwierdza, że produkt oferowany przez Agfa (w przeciwieństwie np.

do produktu oferowanego przez Odwołującego) jest nieprzystosowany do wymagań Zamawiającego i nie powinien zostać przez niego zaakceptowany.

Nadto, Agfa będąca profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, który od lat

z powodzeniem uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wiedząc doskonale, że dysponuje

produktem niezgodnym z warunkami Zamówienia, nie podjęła nawet próby zmiany tych warunków np. na drodze odwołania do KIO lub wniosku o zmianę treści SWZ skierowanego do Zamawiającego.

Co istotne, niezgodność oferty Agfa z warunkami Zamówienia nie ma w tym wypadku jedynie formalnego charakteru. Ma ona bowiem także doniosłe konsekwencje praktyczne dla Zamawiającego. Zabieg, którego dopuściła się Agfa powoduje bowiem, że:

- a. Zamawiający został zmuszony do nabycia Modułu mammograficznego i Zintegrowanego system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata, przy czym może się okazać, że w ogóle nie będzie ich potrzebował;
- b. Zamawiający będzie musiał przedpłacić za ww. elementy Zamówienia w ramach zamówienia podstawowego, a Agfa otrzyma za nie wcześniej wynagrodzenie (oba ww. elementy Zamówienia nie mają bowiem charakteru bezkosztowego, ponieważ zgodnie z pkt 7.2 i 7. 6 OPZ poza samą „warstwą techniczną” obejmują one m.in. (i) licencje, (ii) przeprowadzenie odrębnych szkoleń, (iii) udzielenie 4-letniego wsparcia producenta i Wykonawcy, (iv) dostarczenie niezbędnego sprzętu oraz (v) dostarczenie dokumentacji.

Agfa przyznała w Wyjaśnieniach RNC, stwierdzając, że „ceny za wymienione moduły zawiera się w cenie standardowej licencji oferowanego systemu do zarządzania badaniami wymienionej w formularzu cenowym System PACS/VNA zamówienie podstawowe” oraz

w Wyjaśnieniach CZNK, stwierdzając, że „Koszt dostarczenia tych modułów będzie więc przez AGFA poniesiony niezależnie od tego, czy Zamawiający będzie chciał formalnie skorzystać z Opcji 2 i Opcji 6, czy też nie”);

- c. Zamawiający nie będzie miał możliwości zlecenia i skorzystania z ww. elementów Zamówienia w późniejszym okresie tylko zostanie zmuszony do ich ewentualnego wykorzystania od razu po podpisaniu Umowy wraz z zamówieniem podstawowym (tymczasem zgodnie z SWZ Zamawiający powinien mieć prawo do skorzystania z prawa opcji do 12 miesięcy od daty podpisania Umowy, a termin realizacji/dostawy każdej z opcji musi wynosić nie mniej niż 6 miesięcy od daty złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji);

- d. Zamawiający nie będzie miał możliwości odrębnego odebrania ww. elementów Zamówienia oraz ewentualnego dochodzenia w ich zakresie roszczeń z tytułu np. zwłoki, niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Agfa (tymczasem każda z opcji winna podlegać odrębnemu odbiorowi - § 6 ust. 8 Umowy);

- e. Zamawiający nie będzie mógł otrzymać za ww. elementy Zamówienia odrębnych faktur VAT oraz ich oddzielnie rozliczyć na podstawie cen jednostkowych podanych w Formularzu oferty (tymczasem wynagrodzenie za każdy z ww. elementów Zamówienia podlega odrębnemu rozliczeniu na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe - § 6 ust. 6 i 8 Umowy w zw. z § 2 ust. 7 Umowy);

- f. Bieg okresu gwarancji za ww. elementy Zamówienia rozpocznie się wcześniej niż

w przypadku gdyby ich realizacja odbywała się zgodnie z Umową (tj. dopiero po ich zleceniu przez Zamawiającego) – w konsekwencji może się okazać, że w chwili kiedy Zamawiający realnie będzie potrzebował z nich skorzystać nie będą już one objęte gwarancją;

Odwołujący podkreślił, że suma powyższych okoliczności powoduje, że oferta złożona przez Agfa jest niezgodna z warunkami Zamówienia i jako taka winna zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 - czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że

z zarzutem nr 1 skorelowany jest także drugi zarzut wywiedziony przez Odwołującego. W opinii

Odwołującego opisany powyżej zabieg Agfa, polegający na „ukryciu” cen za Opcję nr 2 i 6

w Zamówieniu podstawowym wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, co winno prowadzić do odrzucenia oferty Agfa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP.

Na skutek tego zabiegu Agfa w sposób nieuprawniony uzyskała bowiem uprzywilejowaną pozycję zarówno względem Odwołującego, który wycenił wszystkie elementy Zamówienia opcjonalnego zgodnie z SWZ, jak również względem Zamawiającego. Przewaga ta polegała w szczególności na tym, że:

- a. Zamawiający będzie zmuszony ponieść koszty realizacji ww. elementów Zamówienia niezależnie od swojego zapotrzebowania;
- b. Agfa – inaczej niż Odwołujący - otrzyma wynagrodzenie za ww. elementy Zamówienia niezależnie od tego czy w ogóle zostałyby one zlecone przez Zamawiającego, a ponadto wypłata tego wynagrodzenia nastąpi dużo wcześniej niż w sytuacji, gdyby Agfa miała zrealizować ww. elementy Zamówienia dopiero na skutek zlecenia ich przez Zamawiającego w ramach Zamówienia opcjonalnego;
- c. Agfa poniesie mniejsze koszty realizacji Zamówienia w stosunku do Odwołującego, który ujął ww. elementy w części opcjonalnej Zamówienia m.in. ze względu na krótszy okres utrzymania i gwarancji w skali całego projektu, brak konieczności utrzymywania personelu przez wydłużony okres realizacji opcji oraz mniejsze ryzyka projektowe i koszty zarządzania projektem.

W tym kontekście Odwołujący wskazał, że art. 3 ust. 1 UZNK jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde

działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza KIO, w ramach której Izba wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest:

a. sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe

w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne

i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia

28 czerwca 2007 r. V AC 71/07);

b. co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty narażającej go na dodatkowe wydatki.

Odwołujący podkreślił, że wbrew temu co twierdzi Agfa w Wyjaśnieniach CZNK (str. 3 lit. b) okolicznością usprawiedliwiającą takie działanie Agfa nie może być fakt, że „Zamawiający otrzyma w ramach zakresu podstawowego produkt zawierający wbudowane moduły opcjonalne za cenę niższą (5.453.261,88 zł) niż cena zaoferowana przez Konsorcjum za zakres podstawowy bez wbudowanych ww. modułów (5.943.442,35 zł), jest to więc z pewnością korzystne dla Zamawiającego.”

Po pierwsze, gdyby Agfa wyceniła Zamówienie podstawowe zgodnie z SWZ (tj. bez Opcji nr

2 i 6) to Zamawiający, w przypadku wyboru oferty tego wykonawcy zapłaciłby mniej za realizację części podstawowej (gwarantowanej) niż musi zapłacić obecnie na skutek połączenia jej z Opcją nr 2 i 6. Nie jest to więc wcale sytuacja korzystna dla Zamawiającego.

Decydując się na taki zabieg Agfa nie mogła wiedzieć czy jej oferta okaże się najtańsza. Równie dobrze w Postępowaniu oferty mogli złożyć wykonawcy, którzy – kierując się analogiczną logiką co Agfa – przenieśliby części Zamówienia podstawowego do opcjonalnego, co spowodowałoby, że ich oferta za część podstawową byłaby tańsza.

Po trzecie, dla kwalifikacji danego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji liczy się sam zamiar, nie zaś skutek. Nie ma zatem znaczenia okoliczność, że cena całkowita oferty Odwołującego była niższa. Bez znaczenia pozostaje też, czy nawet w sytuacji prawidłowego wydzielenia z tej ceny wynagrodzenia stałego, oferta Odwołującego i tak pozostałaby najkorzystniejsza. Wolą ustawodawcy jest bowiem wyciąganie konsekwencji wobec wykonawców już za samo ukierunkowanie ich działań na nieuczciwe praktyki, bez względu na to, na ile ostatecznie okazały się one skuteczne.”

Odwołujący kategorycznie nie zgodził się ze stanowiskiem Agfa zawartym na str. 7 pkt 2) Wyjaśnień CZNK: „Jak już wyżej wywiedziono, nie można realnie twierdzić, że gdyby „wydzielono” koszty modułów wbudowanych do zakresu opcjonalnego, to zamawiający mniej zapłaciłby za zamówienie podstawowe. Koszt systemu dostarczanego w ramach zakresu podstawowego, z modułami wbudowanymi, pozostawałby ten sam, gdyż wobec wbudowania modułów, nie może być on wydzielony.”

Po pierwsze, według najlepszej wiedzy Odwołującego oddzielenie Modułu mammograficznego (Opcja nr 2) oraz Systemu RIS (Opcja nr 6) od Systemu PACS/VNA (Zamówienie podstawowe) oferowanego przez Agfa jest jak najbardziej możliwe. Co za tym idzie, jak najbardziej możliwe jest również wydzielenie do Zamówienia opcjonalnego ich kosztów.

Po drugie, Agfa całkowicie pomija fakt, że zgodnie z pkt 7.2 i 7.6 OPZ, poza kosztem dostarczenia samych modułów (tj. oprogramowania), w ramach Opcji nr 2 i 6 Zamawiający wymagał realizacji szeregu innych świadczeń takich jak np. udzielenie licencji, usługi wdrożenia (w przypadku Opcji nr 6), zapewnienie wsparcia technicznego producenta i Wykonawcy, przeprowadzenie szkoleń, dostarczenie sprzętu i dokumentacji oraz ewentualną migrację danych ze starych systemów PACS Zamawiającego (Opcji nr 6).

Świadczenia te można z łatwością wyodrębnić zarówno w ujęciu zakresowym jak i kosztowym oraz wydzielić do Zamówienia opcjonalnego tak, jak wymagał tego Zamawiający.

Wobec powyższego nie można zatem twierdzić – tak jak czyni to Agfa – że wydzielenie tych świadczeń i skorelowanych z nimi, wymiernych kosztów do Zamówienia opcjonalnego pozostawałoby bez wpływu na wycenę części podstawowej. W sposób oczywisty cena części podstawowej uległaby bowiem obniżeniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 – rażąco niska ceny, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty

Agfa, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu Zamówienia. W okolicznościach sprawy zarzut ten opiera się na dwóch, niezależnych przesłankach, przy czym każda z nich stanowi samodzielną podstawę odrzucenia oferty Agfa:

a. po pierwsze, w odpowiedzi na Wezwanie do wyjaśnienia RNC Agfa złożyła Wyjaśnienia RNC, które są ogólnikowe, lakoniczne, gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami

i kalkulacjami, a tym samym nie spełniają one wymagań określonych w art. 224 ust. 1-3 PZP oraz w treści Wezwania i w żaden sposób nie uzasadniają podanej w ofercie ceny 0 zł za Opcję nr 2 i 6 oraz w ogóle nie wskazują jaki jest koszt realizacji świadczeń objętych tymi Opcjami – w konsekwencji oferta Agfa winna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust.

6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP;

b. po drugie, realizacja Opcji nr 2 oraz Opcji nr 6 nie jest możliwa za cenę 0 zł, którą zaoferowała Agfa (tj. w sposób bezkosztowy), ponieważ każda z nich obejmuje szereg istotnych elementów kosztotwórczych i posiada określoną cenę, która jest wyższa niż 0 zł – co zresztą wielokrotnie przyznaje sama Agfa w Wyjaśnieniach RNC oraz Wyjaśnieniach CZNK i które to ceny Agfa musiała ująć w odrębnych pozycjach Formularza ofertowego i Formularza cenowego - w konsekwencji czego oferta Agfa winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP.

Brak złożenia stosownych Wyjaśnień RNC

Wraz z wystosowaniem Wezwania do wyjaśnienia RNC powstało domniemanie prawne, że cena zaoferowana przez Agfa jest rażąco niska.

Zaistnienie powyższego domniemanie skutkuje tym, że tak długo, jak domniemanie to nie zostanie obalone przez Agfa – oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Jak wynika z art. 224 ust. 5 PZP, ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywał wyłącznie na Agfa. Odwołujący wskazał na kwestię rozkładu ciężaru dowodu dlatego, że Zamawiający zdawał się całkowicie pomijać ten problem. Agfa do swych Wyjaśnień RNC nie dołączyła bowiem żadnych dowodów, obliczeń i kalkulacji. Agfa w ogóle nie wskazała, jaki jest koszt realizacji Opcji nr 2 i 6. Brak przedstawienia stosownych dowodów i kalkulacji skutkowało zatem tym, że Agfa nie sprostала ciężarowi dowodowemu oraz nie obaliła powstałego domniemanie.

Jak wynika z art. 224 ust. 1 PZP, nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Artykuł 224 ust. 1 PZP stanowi bowiem, że ceny jednostkowe mogą być kwestionowane jako rażąco niskie, o ile są istotnymi częściami składowymi ceny całkowitej.

Jak wynika z art. 224 ust. 6 PZP, brak złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (m.in. na skutek nieuwzględnienia w nich wszystkich elementów, o które w wezwaniu zwrócił się Zamawiający) może stanowić samodzielną podstawę odrzucenia oferty Agfa, niezależnie od tego czy zaoferowane ceny (zarówno jednostkowe jak i całkowite) faktycznie są rażąco niskie.

Zamawiający wystosował do Agfa Wezwanie do wyjaśnienia RNC, w którym wskazał jednoznacznie, że:

a. jego wątpliwości budzi zaoferowanie przez Agfa ceny 0 zł w pozycjach: Opcja nr 2 – Moduł mammograficzny oraz Opcja nr 6 – Zintegrowany system RIS;

b. pozycje te stanowią istotne części składowe Zamówienia;

c. wyjaśnienia składane przez Agfa miały zawierać m.in.: (i) kalkulacje cenowe; (ii) dowody dotyczące wyliczenia ww. cen; (iii) szczegółowe wyjaśnienie, czy Agfa prawidłowo skalkulowała koszty wykonania Zamówienia;

d. jeżeli dokonana ocena wyjaśnień „wraz z dostarczonymi dowodami” potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w zakresie Opcji nr 2 i 6, oferta ta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

W odpowiedzi na ww. Wezwanie do Wyjaśnienia RNC Agfa przedstawiła liczące 2,5 strony Wyjaśnienia RNC, które poza przytoczeniem „sędziwego” orzecznictwa KIO i SO zawiera

w zasadzie tylko jeden „merytoryczny” fragment:

„Wykonawca podając w formularzu cenę 0 zł za Moduł Mammograficzny oraz Zintegrowany system RIS oświadcza, że ceny za wymienione moduły zawiera się w cenie standardowej licencji oferowanego systemu do zarządzania badaniami wymienionej w formularzu cenowym System PACS/VNA (zamówienie podstawowe) poz. 3 „Licencje na aplikacje PACS/VNA” i nie ma możliwości wydzielenia ich jako osobnych pozycji do wyceny przez producenta. System AGFA HealthCare Enterprise Imaging jest rozbudowanym systemem modułowym, na który składa się między innymi Moduł Radiologiczny, Moduł VNA, Moduł Przeglądarki Klinicznej, Moduł Patomorfologiczny, Moduł Statystyki Biznesowej i inne. Jednak w przypadku opisanych przez Zamawiającego i traktowanych jako opcje modułów(mammograficznego i zintegrowanego systemu RIS), nie było możliwości wydzielenia ich z podstawowej licencji, ze względu na sposób licencjonowania systemu przez producenta.

Przesłanka odpłatności umowy za moduł mammograficzny i zintegrowany system RIS została spełniona w formularzu cenowym w kalkulacji dla zamówienia podstawowego poz. 3 „Licencje na aplikacje PACS/VNA”

Jednocześnie zapewniam, że zaoferowana cena ofertowa brutto wskazana w formularzu ofertowym została właściwie

skalkulowana i uwzględnia kompleksową realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności koszty wykonania zamówienia, zgodnie z zapisami SWZ.

W kontekście powyższego Wykonawca wykazał, że oferta nie nosi znamion „rażąco niskiej”

a tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.”

Całość „wyjaśnień” w zakresie rażąco niskiej ceny, do których udzielenia została wezwana Agfa sprowadzała się więc do lakonicznego i gołosłownego stwierdzenia, że ceny za Opcję nr 2 i 6 zostały zawarte w cenie za zamówienie podstawowe, ponieważ model licencyjny Agfa nie przewiduje ich wyodrębnienia.

Wbrew temu o co prosił Zamawiający w Wezwaniu, Agfa nie przedstawiła jednak żadnych kalkulacji i obliczeń, z których wynikałoby jaki jest faktyczny koszt ww. elementów. Nadto, Agfa nie podjęła nawet próby wykazania, że koszty ww. elementów mieszczą się w budżecie części podstawowej (jeśli w ogóle uznać zabieg polegający na „przeniesieniu” tych pozycji za dopuszczalny – z czym ze względów opisanych wcześniej Odwołujący się nie zgadza).

Nadto, do Wyjaśnień RNC Agfa nie załączyła żadnych dowodów, które potwierdziłyby ile te elementy kosztują oraz czy faktycznie stanowią one część podstawowej licencji na PACS/VNA - jak obecnie twierdzi Agfa.

Dodatkowo – jak wcześniej wskazywał Odwołujący – zgodnie z pkt 7.2 i 7.6 OPZ, poza kosztem dostarczenia samych modułów (tj. oprogramowania), o których w Wyjaśnieniach RNC pisze Agfa, w ramach Opcji nr 2 i 6 Zamawiający wymagał także realizacji szeregu innych świadczeń takich jak np. udzielenie licencji, usługi wdrożenia (w przypadku Opcji nr 6), zapewnienie wsparcia technicznego producenta i Wykonawcy, przeprowadzenie szkoleń, dostarczenie sprzętu i dokumentacji oraz ewentualną migrację danych ze starych systemów PACS Zamawiającego (Opcji nr 6). Koszty wszystkich tych elementów również winny zostać szczegółowo skalkulowane oraz udowodnione w ramach Wyjaśnień RNC, czego Agfa jednak nie uczyniła.

Odwołujący stwierdził, że powyższe prowadzi do wniosku, że Agfa w odpowiedzi na Wezwanie do wyjaśnienia RNC praktycznie w ogóle tych wyjaśnień nie udzieliła. Wyjaśnienia RNC złożone przez Agfa koncentrują się bowiem na zupełnie innej kwestii niż ta, o którą pytał Zamawiający. Działanie takie musi budzić zdumienie biorąc pod uwagę fakt, że Agfa, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, od lat z powodzeniem bierze udział w przetargach, a zatem procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny oraz związany z nią rygor i formalizm muszą być Agfa doskonale znane.

Wyjaśnienia RNC złożone przez Agfa rażąco naruszają więc art. 224 ust. 1-3 i 5 PZP, co bezwzględnie musi prowadzić do odrzucenia oferty Agfa na podstawie art. 224 ust. 6 PZP

w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, z uwagi na nieudzielenie wyjaśnień lub - w najlepszym wypadku – okoliczność, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

- Brak możliwości realizacji Opcji nr 2 oraz Opcji nr 6 za 0 zł

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że oferta Agfa winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę także z tej przyczyny, że ogółu świadczeń przewidzianych

w ramach Opcji nr 2 i 6 zwyczajnie nie da się zrealizować za cenę 0 zł zaoferowaną w przez Agfa w Formularzu oferty oraz Formularzu cenowym.

Agfa wielokrotnie przyznała w swoich Wyjaśnieniach RNC oraz Wyjaśnieniach CZNK, że dostawa samych tylko modułów oprogramowania w ramach Opcji nr 2 i 6 nie jest bezkosztowe:

a. „Ceny za wymienione moduły zawiera się w cenie standardowej licencji oferowanego systemu do zarządzania badaniami wymienionej w formularzu cenowym System PACS/VNA zamówienie podstawowe” (str. 1 Wyjaśnień RNC);

b. „Koszt dostarczenia tych modułów będzie więc przez AGFA poniesiony niezależnie od tego, czy Zamawiający będzie chciał formalnie skorzystać z Opcji 2 i Opcji 6, czy też nie” (str. 3 pkt 5) Wyjaśnień CZNK);

c. „Jak już wspomniano, AGFA uwzględniła koszt dostarczenia modułu do mammografii i oraz modułu opisowego (zintegrowany system RIS) w ramach zakresu podstawowego, z uwagi na wbudowanie tych modułów w system, który będzie dostarczony w ramach zakresu podstawowego. Koszt dostarczenia nie da się więc „wydzielić” do zakresów opcjonalnych

i dlatego w ramach Opcji 2 i Opcji 6, AGFA zaoferowała ceny 0 zł” (str. 6 pkt 3.1).a) Wyjaśnień CZNK).

Nadto – jak wcześniej wskazywał już na to Odwołujący - w obu swych Wyjaśnieniach Agfa, tłumacząc przeniesienie cen za Opcję nr 2 i 6 do zamówienia podstawowego, koncentrowało swoją uwagę wyłącznie na modułach (oprogramowaniu), całkowicie pomijając szereg dodatkowych, lecz istotnych elementów kosztotwórczych objętych zakresem tych Opcji. Dla przykładu w odniesieniu do Zintegrowanego systemu RIS (Opcja nr 6) w pkt 7.6 OPZ Zamawiający wymagał (analogiczne wymagania w odniesieniu do Opcji nr 2 zawarte są w pkt 7.2 OPZ):

a. „Maksymalnie do dwunastu miesięcy od daty podpisania Umowy zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji w postaci zamówienia zintegrowanego systemu RIS (RIS) wraz z usługami wdrożenia”.

- b. „RIS powinien spełniać wszystkie wymagania OPZ dotyczące oprogramowania i licencjonowania oraz wsparcia producenta i Wykonawcy”;
- c. „W ofercie na RIS należy zawsze wszystkie dodatkowe koszty niezbędne do instalacji RIS w zaoferowanym środowisku PACS/VNA w tym sprzęt, licencje i usługi.”
- d. „Należy uwzględnić szkolenie z RIS w trybie online lub onsite w siedzibie Zamawiającego w wymiarze nie mniej niż 6h i dla grupy nie mniejszej niż 40 osób.”
- e. „Należy dostarczyć dokumentację oraz instrukcję korzystania z RIS w języku polskim lub angielskim.”
- f. „Licencja na RIS być adekwatna do PACS/VNA, wszyscy użytkownicy PACS/VNA powinni mieć dostęp do systemu RIS.”
- g. „Jeżeli Zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z opcji przed rozpoczęciem Etapu 2, Zamawiający wymaga migracji danych opisowych ze starych systemów PACS (Impax, Pixel) do systemu RIS Wykonawcy (jeżeli takie istnieją).”
Z powyższych elementów składających się na Opcję nr 6, w ocenie Odwołującego, najistotniejszym wydaje się przy tym konieczność zapewnienia odpowiedniego wsparcia producenta i Wykonawcy. Parametry tego wsparcia zostały zaś szczegółowo określone w pkt 2.8 i 2.9 OPZ. W tym zakresie Zamawiający wymagał m.in.:
- a. „Zamawiający oczekuje wsparcia producenta dla urządzeń gwarantujące czas reakcji <4h i działającego w trybie 24x7 przez wszystkie dni kalendarzowe w roku.”
- b. „Zamawiający oczekuje wsparcia producenta dla oprogramowania gwarantującego czas reakcji <4h i działającego w trybie 24x7 przez wszystkie dni kalendarzowe w roku.”
- c. „Przez cały okres świadczenia wsparcia, Wykonawca deleguje osobę odpowiedzialną za realizację zobowiązań projektowych i serwisowych (Opiekuna Klienta). Kontakt z Opiekunem Klienta powinien być możliwy w godzinach pracy w dni robocze zarówno mailowo, jak i telefonicznie.”
- d. „W przypadku wystąpienia awarii krytycznej (zatrzymanie systemu lub krytyczna degradacja wydajności lub funkcjonalności) Wykonawca po usunięciu awarii jest zobowiązany do przedstawienia szczegółowego raportu zawierającego analizę przyczyny i skutków wystąpienia zdarzenia oraz plan prac zalecanych do realizacji w celu minimalizacji prawdopodobieństwa wystąpienia podobnej awarii w przyszłości.”
- e. „Raz w roku Wykonawca zorganizuje warsztaty onsite lub online trwające nie krócej niż 2h, na których omówi aktualny stan wszystkich kluczowych komponentów, zarekomenduje zmiany, zaprezentuje możliwości rozbudowy lub rekonfiguracji dostarczonych komponentów lub architektury całego systemu.”
- Wszystkie powyższe prace (a są to jedynie wybrane przykłady) implikują określoną pracochłonność mierzoną roboczogodzinami specjalistów branży IT zaangażowanych w projekt. Kosztów tych nie sposób zatem pominąć, a już na pewno nie można twierdzić, że prace te mogą być wykonywane bezkosztowo.

Cena zaoferowana za Opcję nr 2 i 6 nie jest zatem nawet „ceną niską”, bowiem - bazując na Formularzu oferty oraz Formularzu cenowym - Agfa zaoferowała wykonanie tego zakresu Zamówienia całkowicie za darmo. Tym samym nie można nawet mówić o działaniu Agfa na granicy opłacalności.

Tymczasem – jak Odwołujący wskazał wcześniej - w niniejszym Postępowaniu każda z Opcji stanowi istotną część składową oferty, winna być wyceniana odrębnie w Formularzu cenowym, który w tym zakresie ma charakter kosztorysowy, a w konsekwencji realizacja każdej z tych funkcjonalności sama w sobie musi być rentowna.

Z racji tego, że wynagrodzenie za wykonanie opcjonalnej części Zamówienia zostało skonstruowane przez Zamawiającego w sposób kosztorysowy, dla odrzucenia oferty Agfa wystarczające jest to, że poszczególne ceny jednostkowe (istotne elementy składowe) mają charakter rażąco niski.

W odniesieniu do zarzut nr 4u – błąd w obliczeniu ceny, Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższej argumentacji, opisane powyżej działanie Agfa polegające na wycenie Opcji nr

2 i 6 na 0 zł oraz przeniesieniu ich faktycznych cen do części podstawowej Zamówienia, musi skutkować uznaniem, że oferta Agfa zawiera także błędy w obliczeniu ceny, czego konsekwencją winno być odrzucenie oferty Agfa dodatkowo na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP. Agfa błędnie rozeznała bowiem stan faktyczny, wynikający z wymagań określonych w dokumentach Zamówienia oraz przyjęła nieprawidłowe podstawy dokonywanej kalkulacji, nieznajdujące uzasadnienia w wymaganiach Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 19 listopada 2024 r. Zamawiający odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniósł, co następuje:

Odnosnie zarzutu nr 1

Zamawiający potwierdził, że zgodnie z jego interpretacją zapisów umowy, w przypadku zakupu systemu od Agfy, która to wyceniła dodatkowe moduły (wbudowane oryginalnie w moduł podstawowy) na 0 zł, nie byłoby konieczności aby

wystawiać fakturę za 0 zł. w momencie skorzystania z modułów dodatkowych.

Faktem jest, że Zamawiający był zainteresowany zakupem od początku pełnego zakresu opcji systemowych, więc okoliczność, że będzie mógł z nich korzystać od razu jest dla niego bardzo korzystnym rozwiązaniem, w dodatku wartość za pełen System z wszystkimi opcjami jest niższa, niż wartość Systemu Odwołującego za moduły/funkcjonalności podstawowe.

Zamawiający stwierdził, że korzystając z opcji dodatkowych od początku, nie poniesie żadnego uszczerbku finansowego ze względu na przedpłacenie. Zamawiający i tak chciał kupić pełny zakres Systemu (wraz z dodatkowymi opcjami), a jedynie mając świadomość, że nie każdy oferowany na rynku System ma te dodatkowe opcje wbudowane, świadomie dopuścił do złożenia ofert takich wykonawców z wbudowanymi opcjami jak i takich, którzy dodatkowe moduły mają osobno konstruowane i ich zakup następuje osobno. Powyższe było także spowodowane różnymi źródłami finansowania tych zakupów.

Odnosnie zarzutu nr 2

Odwołujący stawiał tezę, iż Agfa w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji bezpodstawnie przeniosła koszty z modułów opcjonalnych do modułu bazowego i tym samym uzyskała przewagę w przedmiotowym postępowaniu. W odpowiedzi na tak postawiony zarzut Zamawiający całkowicie się z nim nie zgodził i jego zdaniem w tym wypadku nie nastąpiła manipulacja cenowa w celu uzyskania większej ilości punktów.

Zamawiający zauważył, iż:

1. Manipulowanie cenami opcji miałoby znamiona nieuczciwej konkurencji gdyby działało na korzyść oferenta. Tymczasem w niniejszym postępowaniu podnoszone „fikcyjne” przenoszenie kosztów opcji do modułu bazowego działa odwrotnie – obniża punktację oferty, przy zastosowaniu wprowadzonego przez Zamawiającego algorytmu do tabeli excel udostępnionej oferentom w Postępowaniu. Firma Agfa udowodniła to w wyjaśnieniach z dnia 24.10.2024 pkt. 3 (str.6) i Zamawiający potwierdził ten fakt. Zatem zarzut, iż Agfa

w jakikolwiek sposób zwiększyła atrakcyjność oferty przenosząc koszty z modułów opcjonalnych jest całkowicie chybiony.

Zamawiający zauważył, że Zamawiający miał wcześniejszą wiedzę i świadomość szacunkowych kosztów oprogramowania Agfa oraz sposobu licencjonowania między innymi na podstawie szacunków cenowych nadesłanych przez oferentów, w których oba moduły (Mammograficzny oraz RIS) posiadały ceny zerowe wraz z odpowiednią adnotacją (Załącznik 1).

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż gdyby (hipotetycznie) Agfa przesunęła sztucznie część środków z modułu głównego do opcji (Mammograficznej oraz RIS), to właśnie takie działanie należałoby uznać za nieuczciwą inżynierię finansową zastosowaną w celu sztucznego zwiększenia punktacji za ofertę – a takie działanie nie wystąpiło.

Zarzut nr 2 pkt. 1

W tym samym zarzucie Odwołujący postawił tezę, iż Zamawiający będzie zmuszony ponieść koszty realizacji dodatkowych, opcjonalnych elementów Systemu - Zamówienia niezależnie od swojego zapotrzebowania. Z powyższym nie zgodził się Zamawiający.

Zamawiający oświadczył, iż wszystkie zawarte w postępowaniu Opcje były i są potrzebne

i znajdują się w zakresie zapotrzebowania szpitala. Zamawiający wyodrębnił je jako opcje ze względu na:

1. konieczność finansowania modułu głównego ze specjalnego finansowania Urzędu Marszałkowskiego, natomiast modułów dodatkowych (opcjonalnych) ze środków własnych lub ewentualnie innego finansowania zewnętrznego, a ponadto

2. ze względu na świadomość, że nie wszystkie oferowane na rynku Systemy tego typu mają wbudowane te dwie opcje jako standard, aby nie wykluczać ich od złożenia oferty i zapewnić szeroki poziom konkurencyjności.

Zatem możliwie najniższa wycena opcji daje szansę Zamawiającemu na jak najszybszy ich zakup oraz postępowanie z zachowaniem minimalnego wydatkowania publicznych środków „własnych”.

Zamawiający miał zamiar skorzystać z maksymalnej ilości opcji, które uzyskają finansowanie już w chwili podpisania Umowy.

Zarzut nr 2 pkt. 2

Odwołujący zarzucił, iż Agfa otrzyma wynagrodzenie niezależnie od zlecenia zamówienia opcji, z czym nie zgadza się Zamawiający.

Zarzut miałby jakikolwiek sens, jeżeli oprogramowanie PACS/VNA firmy Agfa umożliwiałoby wyłączenie opcji mammograficznej oraz RIS, zablokowanie dostępu do tych opcji, niedostarczenie licencji czy fragmentu infrastruktury. Tymczasem opisane w opcjach funkcjonalności znajdują się już standardowo w module bazowym i nie podlegają wyłączeniu. Opcje te zostałyby udostępnione i wdrożone i dostępne dla Zamawiającego niezależnie od wyboru opcji, od pierwszego możliwego terminu umownego.

Zamawiający zaznaczył, iż specyfikacja SWZ określała wymagania minimalne dotyczące funkcjonalności

oprogramowania PACS/VNA i fakt wbudowania funkcjonalności wyspecyfikowanych w opcji Mammograficznej oraz RIS w moduł główny nie koliduje z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający zaznaczył, że intencją Zamawiającego, szpitala onkologicznego był jak najszybszy zakup możliwie największej ilości modułów opcjonalnych. Termin zamówienia zależny jest wyłącznie od cen opcji oraz możliwości wynikających z gospodarowania środkami własnym, natomiast zapotrzebowanie na opcje jest bezdyskusyjne.

Zarzut nr 2 pkt.3

Zamawiający zauważył, że w ramach postępowania wykonawcy biorą na siebie wszelkie ryzyka projektowe oraz koszty wdrożeniowe. Sposób dysponowania personelem, metodyki wdrożeniowe oraz organizacja projektu w dużej mierze zależy wyłącznie od oferentów

i Zamawiający tylko ramowo narzuca terminy graniczne oraz wymagania projektowe. Spekulacje Odwołującego dotyczące rzekomo niższych kosztów Agfy były w ocenie Zamawiającego czystym teoretyzowaniem bazującym na wewnętrznej specyfice organizacji Odwołującego. Strategia sprzedaży, koszty operacyjne i wszelkie inne koszty powinny zostać zawarte w ofercie i są wiążące. Zamawiający przypominał, że oferta Agfy (razem z modulem mammograficznym oraz RIS) jest atrakcyjniejsza cenowo nie tylko od oferty Odwołującego na moduł bazowy wraz z tymi opcjami, ale również od oferty Odwołującego tylko na moduł bazowy. Zamawiający wskazał, że należy założyć, że Odwołujący przeniósł wszystkie hipotetyczne „wyższe” kwoty obsługi do opcji i nadal pozostał mniej atrakcyjny niż oferta Agfy. Tym samym rzekome „oszczędności” Agfy nie miały wpływu na kolejność ofert i wybór oferenta.

W argumentacji do niniejszego zarzutu Odwołujący próbował opierać się na argumentacji ewentualnych innych kosztów, które powinny być ujęte w Opcji. Argumentacja ta wydaje się próbą manipulacji, ponieważ Odwołujący jest całkowicie świadomy, iż Zamawiający wyeliminował z postępowania kluczowy i jedyny koszt wdrożeniowy istotny dla modułu RIS, poprzez rezygnację z konieczności integracji Systemu PACS/VNA z modulem RIS znajdującym się w oprogramowaniu HIS CGM posiadanym przez Zamawiającego.

Odwołujący aktywnie śledził poprzednie dwa (nieudane) postępowania i posiada pełną świadomość o usunięciu tego kosztu z niniejszego postępowania. Również zgodnie z OPZ Zamawiający deklarował, że koszt obsługi urządzeń w ramach systemu RIS jest po stronie Zamawiającego. Pozostałe usługi wdrożeniowe czy szkoleniowe są neutralne dla obu kwestionowanych opcji i należy uznać, że koszt wdrożenia/szkoleń/serwisu w przypadku oprogramowania Agfy nie jest absolutnie zależy od występowania lub nie modułów Mammograficznego oraz RIS.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający potwierdził, że oferta złożona przez Agfa jest w całości zgodna z warunkami Zamówienia.

Sam fakt, że oferta zawiera cenę zerową (rażąco niską jak twierdzi Odwołujący) nie może być podstawą do automatycznego odrzucenia, ale podlega procedurze badania rażąco niskiej ceny. Zamawiający zauważył, iż:

1. Zamawiający nie miał wątpliwości, że zaoferowana cena przez Agfa nie była ceną rażąco niską. Przed ogłoszeniem postępowania zakładał, że w modułach dodatkowych może być zaoferowana wartość 0 zł. Zamawiający tylko dlatego, że otrzymał pismo od Odwołującego podnoszące taki zarzut, zwrócił się o wyjaśnienia do Agfa, aby się upewnić co do swojego stanowiska, co nastąpiło.

2. Zamawiający miał całkowitą świadomość, iż wielu producentów systemów PACS/VNA posiada oryginalnie wbudowane w moduł główny różne dodatkowe moduły, które nie stanowią odrębnej części oprogramowania i nie są objęte odrębną licencją. Zamawiający historycznie był użytkownikiem kilku tego typu systemów (w tym Agfa) oraz posiada rozległe i profesjonalne relacje branżowe umożliwiające swobodną wymianę wiedzy o produktach tej klasy. W tych okolicznościach Zamawiający zdecydował się na wyodrębnienie niektórych modułów jako opcje, aby otworzyć postępowanie na producentów, którzy nie mają wspomnianych modułów w cenie modułu bazowego. Zamawiający miał pełną świadomość, iż producenci posiadający moduły Mammograficzny oraz RIS (lub inne) wbudowane w bazowy moduł oprogramowania PACS/VNA będą musieli wskazać w odpowiednich rubrykach formularza cenowego wartość zerową.

3. Zamawiający wręcz promował maksymalną integrację modułów opcjonalnych z modulem bazowym (parametry dodatkowo punktowane), przy czym najbardziej pożądana ze względów funkcjonalnych opcja, to właśnie całkowicie wbudowana w moduł bazowy bez możliwości wydzielenia.

4. Zamawiający upewnił się w swoich założeniach poprzez rozesłanie do producentów oprogramowania PACS/VNA próśby o szacunki cenowe wraz z opcjami. W Załącznikach

nr 1 oraz 2 przedstawił szacunki cenowe nadesłane przez firmę Agfa oraz firmę Odwołującego.

W nadesłanych szacunkach przez firmę Agfa już na etapie przed ogłoszeniem postępowania, wskazano dwie opcje o wartości zerowej (Moduł Mammograficzny oraz moduł RIS) wraz

z adnotacją: „opcja zawarta jest w podstawowym module oferowanego przez AGFA systemu PACS/VNA”. Co najważniejsze - również Odwołujący w opcji nr 2 (moduł Mammograficzny) nadesłał szacunki cenowe z zerową kwotą i adnotacją: „Opcja zawarta jest w podstawowym module oferowanego systemu PACS/VNA (3 stacje opisowe, do 200k

badań rocznie)". Na bazie tych informacji Zamawiający podjął świadomą decyzję o nie blokowaniu możliwości składania ofert na opcje z zerową kwotą ponieważ minimum dwóch prawdopodobnych oferentów (Agfa i Odwołujący) posiadają moduły wbudowane w bazowe oprogramowanie bez możliwości wydzielania.

Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust 3 pkt 1, 2, 3 Pzp w dniu 04.10.2024 wezwał firmę Agfa do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i – jak wskazano powyżej - otrzymał potwierdzające wyjaśnienie w piśmie z 04.10.2024r. które potwierdzało informację i wiedzę Zamawiającego i w sposób wystarczający w ocenie Zamawiającego wyczerpywało obowiązek udzielenia wyjaśnień.

Zamawiający dysponuje korespondencją z wykonawcami, którą przesłał do nich w sprawie dokonania wyceny, przed ogłoszeniem Postępowania. W korespondencji mailowej Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że przewiduje otrzymanie wartości 0 zł. za opcje wbudowane do Systemu podstawowego – załącznik nr 3 do Odpowiedzi.

Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę i odrzucił ewentualne podejrzenia rażąco niskiej ceny i zastosował przewidziane w procedurze Pzp narzędzia.

Odnosnie zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, Zamawiający w żaden sposób nie zabraniał wyceny modułów opcjonalnych za 0 zł. Miał pełną świadomość iż mogą pojawić się takie oferty, między innymi na podstawie szacunków cenowych (Załącznik 1 i 2) zatem nie mógł potraktować zerowej wartości przy opcjach nr 2 i 6 jako błąd w obliczeniach.

Zamawiający oświadczył również, że w ramach postępowania udostępnił oferentom odpowiedni arkusz kalkulacyjny oprogramowania Microsoft Excel (Plik: ZP_PN_63_24_EI_JOK Załącznik nr 1 Formularz cenowy) stanowiący formularz cenowy.

W formularzu zawarte były automatyczne reguły agregujące oprogramowania Excel sumujące wartość odpowiednich pozycji (w tym opcji) wraz uwzględnieniem wag cen dla opcji. Zamawiający zaznaczył, iż w formularz akceptował kwoty zerowe dla opcji, nie blokował wypełnienia takich kwot, nie informował o zakazie oraz prawidłowo przeprowadzał obliczenia z uwzględnieniem kwot zerowych na opcje.

Zamawiający podjął we własnym zakresie działania weryfikujące fakt domyślnego zaszycia opcji Mammograficznej oraz RIS w module bazowym oprogramowania Agfa i doszedł do następujących wniosków:

1. Oba kwestionowane moduły oraz wymagane w ramach nich funkcjonalności stanowią integralną część Systemu bazowego PACS/VNA firmy Agfa. Potwierdza to dokumentacja dostępna w Internecie, dokumentacja dostarczona w ramach postępowania oraz wcześniejsze doświadczenia pracowników Zamawiającego z oprogramowaniem Agfa.
2. Wdrożenie tych modułów nie stanowi dodatkowego kosztu, nie wymaga dodatkowych zasobów fizycznych, nie wymaga dodatkowego zaangażowania po stronie Wykonawcy oraz Zamawiającego ponieważ wdrażane są automatycznie wraz z modulem bazowym.
3. Oba moduły nie posiadają odrębnych licencji, kluczy licencyjnych, nie wymagają odrębnych zgód lub zobowiązań.
4. Oba moduły nie posiadają odrębnego wsparcia serwisowego lub gwarancji.

Na bazie własnych doświadczeń oraz powyższych argumentów Zamawiający z całą stanowczością uznał, iż oba kwestionowane moduły (Mammograficzny oraz RIS) należy uznać jakie nierozdzielny składnik oprogramowania PACS/VNA, arkusz wyceny przesłany przez firmę Agfa został wypełniony prawidłowo, a oferta nie wykazuje znamion zabronionych czynów będących podstawą odrzucenia.

Zamawiający zaznaczył, iż oprogramowanie PACS/VNA, które przeznaczone jest do diagnostyki obrazowej (między innymi RTG, MR, TK) i stanowi kluczowy system w leczeniu onkologicznym. DCOPIH jest jednym z największych ośrodków onkologicznych w Polsce, posiadającym kadrę z ogromnym doświadczeniem w technikach obrazowych. Postępowanie na system PACS/VNA jest ogłaszane po raz trzeci (poprzednia dwa okazały się bezskuteczne ze względu na przekroczenie budżetu) i po raz pierwszy uzyskano ofertę w pełni akceptowalną merytorycznie i mieszczącą się w zakładanym finansowaniu. Efekt uzyskano między innymi przez precyzyjne określenie warunków technicznych i formalnych w SIWZ, a zabezpieczeniem przed kolejnym ewentualnym przekroczeniem budżetu było między innymi wydzielenie kilku niezbędnych funkcjonalności do modułów opcjonalnych w celu odroczenia finansowania.

Zamawiający zaznaczył, że żaden element merytoryczny oferty firmy Agfa nie został podniesiony przez Odwołującego, dlatego skoncentrował się na próbie unieważnienia oferty Agfa przez wykazanie zarzutów jak w Odwołaniu (zerowa cena za opcję) chociaż sam Odwołujący na etapie szacowania cen przedstawił taką wycenę opcji w arkuszu szacunkowym (Załącznik nr 2).

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że przedstawione zarzuty i ich ewentualne uznanie przez Zamawiającego:

1. jest sprzeczne z interesem publicznym pod kątem finansowym (oferta Odwołującego jest droższa o kilkaset tysięcy złotych nawet bez modułów opcjonalnych).
2. jest sprzeczne z interesem Zamawiającego – ponieważ dąży do odrzucenia oferty merytorycznie kompletnej, od renomowanego dostawcy i po bardzo atrakcyjnej cenie, w budżecie jakim dysponuje Zamawiający.

3. minimalizuje szanse Zamawiającego na zakup dodatkowych opcji, na których bezwzględnie zależy Zamawiającemu i w ofercie Odwołującego oddalają zakup w czasie lub zmniejszają prawdopodobieństwo otrzymania dodatkowego finansowania.

4. naraża Zamawiającego na unieważnienie postępowania, ponieważ oferta Odwołującego (jako druga i ostatnia w Postępowaniu) może być objęta identyczną interpretacją jak oskarżenie Odwołującego (sztuczne przesunięcie wynagrodzenia za Opcję nr 2 Moduł Mammograficzny, która w szacunkach cenowych Odwołującego była oznaczona z kwotą zerową (jako integralna część modułu bazowego), natomiast w ofercie stanowiła znaczną kwotę (ponad 220 tysięcy) w istotny sposób zwiększającą atrakcyjność punktową oferty.

Zamawiający wniósł o:

1. Oddalenie odwołania w całości,

2. Zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

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

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp,

po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Agfa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej: „Przystępujący”.

Zgłoszenie spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący w piśmie z 22 listopada 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa systemu do zarządzania badaniami wraz ze sprzętem serwerowym, wdrożeniem, migracją danych i szkoleniami na potrzeby Dolnośląskiego Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii”.

Zamawiający podzielił zamówienie na część podstawową, która obejmowała dostawę, wdrożenie oraz wsparcie dla systemu PACS/VNA wraz z niezbędnym sprzętem i licencjami oraz na część opcjonalną, na którą składały się dodatkowe funkcjonalności systemu PACS/VNA”:

1. Opcjonalny zakup systemu do pomiaru dawki wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 1);

2. Opcjonalny zakup modułu mammograficznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 2);

3. Opcjonalny zakup modułu statystycznego wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 3);

4. Opcjonalny zakup modułu dla patomorfologii wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 4);

5. Opcjonalne przedłużenie wsparcia na piąty rok, następujący bezpośrednio po zakończeniu zamówienia podstawowego (Opcja nr 5);

6. Opcjonalny zakup zintegrowanego systemu RIS wraz ze wsparciem na 4 lata (Opcja nr 6).

Wycenie podlegała część podstawowa oraz części opcjonalne.

Oferty w Postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: Agfa oraz Odwołujący.

Przystępujący wycenił Opcję nr 2 – Moduł mammograficzny oraz Opcję nr 6 – Zintegrowany system RIS na kwotę 0 zł.

Na skutek pisemnego zawiadomienia Odwołującego, Zamawiający wezwał (pismo

z 4 października 2024 r.) Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w związku z zaoferowaniem ceny 0 zł w istotnych częściach składowych zamówienia – w pozycjach Opcja nr 2 – Moduł mammograficzny oraz Opcja nr 6 – Zintegrowany system RIS.

W odpowiedzi na Wezwanie, w dniu 4 października 2024 r. Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia.

Zamawiający, pismem z dnia 22 października 2024 r., zwrócił się do Przystępującego

o ustosunkowanie się do argumentacji Odwołującego, że działanie Przystępującego nosi również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na prawdopodobnym „ukryciu” cen za Opcję nr 2 i 6 w części podstawowej Zamówienia.

Przystępujący w dniu 24 października 2024 r. przedstawił swoje wyjaśnienia.

25 października 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Agfa jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut nr 1 odwołania.

Odwołujący upatrywał niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia określonymi w:

1. pkt 4.14 SWZ,

2. pkt 15.2 SWZ,

3. § 2 ust. 6 – 8 Umowy,

4. § 6 ust. 6 – 8 Umowy,

5. pkt 7.2 i 7.6 OPZ,

6. Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ,

7. Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ

- w zakresie w jakim Zamawiający wymagał, aby następujące elementy zamówienia, tj. Moduł mammograficzny wraz z wsparciem na 4 lata oraz Zintegrowany system RIS wraz ze wsparciem na 4 lata zostały wycenione oraz ujęte w części opcjonalnej (odpowiednio jako Opcja nr 2 i Opcja nr 6), natomiast Przystępujący w ramach zamówienia opcjonalnego wycenił je na 0 złoty oraz przeniósł ich ceny do części podstawowej.

W ust. 4 Informacje dotyczące min. ofert częściowych, ofert wariantowych, zamówień uzupełniających oraz części zamówienia powierzone podwykonawcom Specyfikacji Warunków Zamówienia został zamieszczony pkt 4.14 o brzmieniu:

Zamawiający ma prawo skorzystać z prawa opcji poprzez zakup dodatkowych funkcjonalności systemu, tj:

a) Opcjonalny zakup systemu do pomiaru dawki

b) Opcjonalny zakup modułu mammograficznego

c) Opcjonalny zakup modułu statystycznego

d) Opcjonalny zakup modułu dla patomorfologii

e) Opcjonalne przedłużenie wsparcia na piąty rok, następujący bezpośrednio po zakończeniu zamówienia podstawowego.

Każda z wymienionych funkcjonalności może być zakupiona przez Zamawiającego jednokrotnie.

W celu skorzystania z prawa opcji Zamawiający przekaze Wykonawcy oświadczenie w formie pisemnej, w tym również równoważnej formie elektronicznej w rozumieniu art. 78 ust. 1 KC

w terminie:

- z pkt a)-d), do 12 miesięcy od daty podpisania umowy,

- z pkt e, Zamawiający poinformuje Wykonawcę w dniu podpisania Umowy.

Skorzystanie z prawa opcji jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji Zamawiającego. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie rodzi po stronie Wykonawcy jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu.

Skorzystanie z prawa opcji nie wymaga aneksowania umowy. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Wykonawca jest zobowiązany do jego realizacji na warunkach określonych w dokumentach zamówienia.

Ust. 15 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, znaczenie kryteriów, sposób oceny ofert pkt 15.2. otrzymał następujące brzmienie:

15.2. Zamawiający dokona oceny ofert według następujących kryteriów, którym przyporządkowano następujące wagi:

Cena 60%

Parametry techniczne 40 %

Oferty oceniane będą według następującego wzoru:

$W = C_{min}/C_b * 60 + PT$

Gdzie:

W - całkowita wartość oferty

C_{min} - Najniższa cena spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

Cb- Cena oferty badanej

PT- Ilość punktów przyznanych w kryterium Parametry techniczne

$$C = W_{PACS} * W_p + W_1 * W_p + W_2 * W_p + W_3 * W_p + W_4 * W_p + W_5 * W_p + W_6 * W_p$$

Tabela obliczenia oferowanej kwoty do oferty:

Zakres oferty	Wartość brutto W	Współczynnik P (Wp)	Wartość parametryzowana
System PACS/VNA wraz ze wsparciem na 4Y (oferta bazowa)	W_{PACS}	100%	W_{PACS}
Opcja 1: System do pomiaru dawki (wraz ze wsparciem na 4Y)	W_1	5%	$W_1 * 5\%$
Opcja 2: Moduł mammograficzny (wraz ze wsparciem na 4Y)	W_2	25%	$W_2 * 25\%$
Opcja 3: Moduł statystyczny (wraz ze wsparciem na 4Y)	W_3	5%	$W_3 * 5\%$
Opcja 4: System dla patomorfologii (wraz ze wsparciem na 4Y)	W_4	5%	$W_4 * 5\%$
Opcja 5: Przedłużenie wsparcia Systemu PACS/VNA (bez opcji) na 5 rok	W_5	10%	$W_5 * 10\%$
Opcja 6: Zintegrowany system RIS (wraz ze wsparciem na 4Y)	W_6	25%	$W_6 * 25\%$

§ 2 ust. 6-9 Projektu umowy - załącznik nr 7 brzmi:

6. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji polegającej na:

- Realizacji przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego rozbudów Systemu opisanych w Załączniku nr 1 (OPZ Pkt 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5), przy czym w ramach skorzystania z opcji rozbudowy Zamawiający jest uprawniony do składania oświadczeń w przedmiocie rozbudowy w zakresie wszystkich bądź dowolnie wybranych opcji rozbudowy wskazanych w Załączniku nr 1 pkt 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5).
- Wydłużenia przez Zamawiającego okresu Gwarancji o dalsze 12 miesięcy ponad okres objęty zamówieniem podstawowym (Załącznika nr 1 - OPZ pkt. 7.6).

- Skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji uzależnione jest od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Realizowanie opcjonalnej części będzie wykonywane na podstawie oświadczenia woli Zamawiającego, a Wykonawca będzie zobligowany podjąć się jej realizacji w ramach Umowy. Realizowanie opcji będzie odbywało się w oparciu o ceny jednostkowe zaproponowane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Zamówienie w ramach opcji będzie realizowane na tych samych warunkach co zamówienie podstawowe. Wykonawcy będzie przysługiwało odrębne wynagrodzenie za Usługi realizowane w ramach prawa opcji.
- Skorzystanie z prawa opcji, o którym mowa w ust.6 a) nastąpi poprzez złożenie Wykonawcy przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji w terminie do 12 miesięcy od daty podpisania niniejszej Umowy.
- Skorzystanie z prawa opcji, o którym mowa w ust.6 b) nastąpi poprzez złożenie Wykonawcy przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji w dniu podpisania niniejszej Umowy. Zamawiający zastrzega, iż część zamówienia określona jako „prawo opcji” jest uprawnieniem, a nie zobowiązaniem Zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie. Brak realizacji zamówienia w tym zakresie nie będzie rodzić żadnych roszczeń ze strony Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego.

§ 6 ust. 6-8 Projekt umowy - załącznik nr 7 otrzymał brzmienie:

6. Zapłata za realizację przedmiotu umowy/Etapu/Opcji nastąpi w złotych polskich, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy o nr
w terminie do 60 dni od daty przedłożenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury za dany etap. Wynagrodzenie brutto, o którym mowa w ust. 2 a) powyżej zostanie wypłacone wykonawcy częściami, odrębnie dla każdego Etapu, w sposób następujący:
- Po dokonaniu odbioru końcowego Etapu 1 i podpisaniu protokołu odbioru Etapu 1 – 1% wartości wynagrodzenia opisanego w ust. 2 a) powyżej.
 - Po dokonaniu odbioru końcowego Etapu 2 i podpisaniu protokołu odbioru Etapu 2 – 80% wartości wynagrodzenia opisanego w ust. 2 a) powyżej.
 - Po dokonaniu odbioru końcowego Etapu 3 i podpisaniu protokołu odbioru Etapu 3 – 14% wartości wynagrodzenia opisanego w ust. 2 a) powyżej.
 - Po dokonaniu odbioru końcowego Etapu 4 i podpisaniu protokołu odbioru Etapu 4 – 5% wartości wynagrodzenia opisanego w ust. 2 a) powyżej.
7. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa Opcji w zakresie przedłużenia gwarancji opisanego w §2 ust. 6 b) wynagrodzenie z tego tytułu płatne będzie po dokonaniu odbioru końcowego Etapu 2 i podpisaniu protokołu odbioru Etapu 2.
8. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa Opcji w zakresie rozszerzenia Systemu opisanego w §2 ust. 6 a) wynagrodzenie z tego tytułu płatne będzie po dokonaniu odbioru końcowego Opcji oraz podpisaniu protokołu odbioru Opcji.

Pkt 7.2. OPZ posiada brzmienie:

7.2 Moduł mammograficzny

7.2.1 Wymagania ogólne

- Maksymalnie do dwunastu miesięcy od daty podpisania Umowy zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji w postaci zamówienia modułu do mammografii (MG)
- MG powinien pochodzić od tego samego producenta.
- MG powinien spełniać wszystkie wymagania OPZ dotyczące oprogramowania oraz wsparcia producenta i Wykonawcy.
- W ofercie na MG należy zawsze wszystkie dodatkowe koszty niezbędne do instalacji MG w zaoferowanym środowisku PACS/VNA w tym sprzęt, licencje i usługi.
- Należy uwzględnić szkolenie z MG w trybie online lub onsite w siedzibie Zamawiającego w wymiarze nie mniej niż 6h i dla grupy nie mniejszej niż 10 osób.
- Należy dostarczyć dokumentację oraz instrukcję korzystania z MG w języku polskim lub angielskim.
- Licencja na MG powinna uwzględnić wszystkie badania przewidziane dla PACS/VNA, jeżeli licencjonowanie dotyczy użytkowników należy przewidzieć licencje dla minimum 300 osób.

7.2.2 Wymagania dotyczące modułu mammograficznego

- Wyświetlanie badań mammografii, cyfrowej tomosyntezy piersi (DBT) oraz CESM. Możliwość przełączenia się pomiędzy trybami MG/DBT oraz CESM.
- Dedykowane zaawansowane protokoły wyświetlania dla badań mammografii (MG) dla różnych trybów podglądu porównawczego obrazów w projekcji CC oraz MLO wraz z możliwością zastosowania protokołów porównawczych i porównania badania z badaniem poprzednim.
- System umożliwi kopiowanie i ustawienia dostępnych grup prezentacji obrazów przez użytkownika wg własnej, preferowanej kolejności.
- Funkcja automatycznego wyrównania wyświetlanych obrazów mammograficznych do tej samej wysokości.
- Funkcja automatycznego wyświetlania obrazów w tej samej skali oraz tak, by zmieściły się na widoku (automatyczne pomniejszenie/powiększenie).
- Funkcja przeglądania obrazów w skali 1:1 na podstawie automatycznie określonych regionów.
- Funkcja parowania przesuwania i powiększania obrazów (obrazy w protokole wyświetlania, w tym obrazy z badań porównawczych są wyświetlane z tym samym współczynnikiem przybliżenia).
- Funkcja parowania płynnej regulacji jasności i kontrastu obrazu
- Funkcja inwersji obrazu nie obejmującą inwersję tła

10. Funkcja pomiarów i dodawania adnotacji na obrazie
11. Funkcja automatycznego maskowania implantu na obrazie badań MG
12. Funkcja wyświetlenia znaczników CAD.

Pkt 7.6 OPZ brzmi:

7.6 Zintegrowany system RIS

1. Maksymalnie do dwunastu miesięcy od daty podpisania Umowy zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji w postaci zamówienia zintegrowanego systemu RIS (RIS) wraz z usługami wdrożenia.
2. RIS powinien pochodzić od tego samego producenta co system PACS/VNA lub powinien być głęboko zintegrowany z systemem PACS/VNA.
3. RIS powinien spełniać wszystkie wymagania OPZ dotyczące oprogramowania i licencjonowania oraz wsparcia producenta i Wykonawcy.
4. W ofercie na RIS należy zawsze wszystkie dodatkowe koszty niezbędne do instalacji RIS w zaoferowanym środowisku PACS/VNA w tym sprzęt, licencje i usługi.
5. Należy uwzględnić szkolenie z RIS w trybie online lub onsite w siedzibie Zamawiającego w wymiarze nie mniej niż 6h i dla grupy nie mniejszej niż 40 osób.
6. Należy dostarczyć dokumentację oraz instrukcję korzystania z RIS w języku polskim lub angielskim.
7. Licencja na RIS być adekwatna do PACS/VNA, wszyscy użytkownicy PACS/VNA powinni mieć dostęp do systemu RIS.
8. Zamawiający nie wymaga integracji z systemem HIS CGM.
9. Jeżeli Zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z opcji przed rozpoczęciem Etapu 2, Zamawiający wymaga migracji danych opisowych ze starych systemów PACS (Impax, Pixel) do systemu RIS Wykonawcy (jeżeli takie istnieją).

W Formularzu oferty – Załącznik nr 3 do SWZ cena za przedmiot zamówienia została określona w następujący sposób:

Oferujemy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z cenami poszczególnych pozycji z załącznika Nr 1 do oferty, tj:

Cena ogółem brutto (z podatkiem VAT) wynosi, w tym za:

1. Zamówienie podstawowe.....
2. Opcja 1: System do pomiaru dawki.....
3. Opcja 2: Moduł mammograficzny.....
4. Opcja 3: Moduł statystyczny.....
5. Opcja 4: System dla patomorfologii.....
6. Opcja 5: Przedłużenie wsparcia na 5 rok (cena za piąty rok)
7. Opcja 6: Zintegrowany system RIS.....

Formularz cenowy – Załącznik nr 1 do SWZ:

Wszystkie ceny PLN Brutto

System PACS/VNA (zamówienie podstawowe)

Ip.	Opis	Wartość PLN Brutto
1	Sprzęt	0,00 zł
2	Licencje na systemy wspomagające	0,00 zł
3	Licencje na aplikacje PACS/VNA	0,00 zł
4	Wdrożenie systemu PACS/VNA	0,00 zł
5	Pozostałe elementy (jeżeli występują)	0,00 zł
SUMA (dostawa i wdrożenie Systemu PACS/VNA):		0,00 zł
6	Wsparcie producentów - sprzęt i oprogramowanie (4 lata)	0,00 zł
7	Wsparcie Wykonawcy - kompleksowy System PACS/VNA (4 lata)	0,00 zł
SUMA (wsparcie Systemu PACS/VNA przez 4 lata):		0,00 zł
SUMA (System i wsparcie 4Y):		0,00 zł

Opcje dla systemu PACS/VNA

Ip.	Opis	Wartość PLN Brutto	P	Wartość P
1	Opcja 1: System do pomiaru dawki	0,00 zł	5%	0,00 zł
2	Opcja 2: Moduł mammograficzny	0,00 zł	25%	0,00 zł
3	Opcja 3: Moduł statystyczny	0,00 zł	5%	0,00 zł
4	Opcja 4: System dla patomorfologii	0,00 zł	5%	0,00 zł
5	Opcja 5: Przedłużenie wsparcia na 5 rok dla Systemu PACS/VNA (cena za piąty rok)	0,00 zł	10%	0,00 zł
6	Opcja 6: Zintegrowany system RIS	0,00 zł	25%	0,00 zł

	Suma (wszystkie opcje):	0,00 zł	0,00 zł
--	-------------------------	---------	---------

Wartość cenowa Oferty (System PACS/VNA oraz parametryzowane wartości opcji):

0,00 zł

Prze widywany harmonogram płatności na podstawie Oferty

ETAP	Opis	Wynagrodzenie
1	Dokumentacja przedwdrożeniowa	0,00 zł
2	Dostawa i uruchomienie Systemu PACS/VNA oraz serwisu	0,00 zł
3	Integracja Systemu oraz migracja cz.1	0,00 zł
4	Migracja cz.2 (całkowita)	0,00 zł

Pola do uzupełnienia przez Wykonawcę

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty złożonej w postępowaniu oferty nie odpowiada wymaganiom ukształtowanym przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi być oczywista i niewątpliwa.

Aby odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający nie może mieć wątpliwości, że oferta wykonawcy jest niezgodna z niebudzącymi wątpliwości postanowieniami SWZ, które znalazły swój wyraz w dokumentach zamówienia.

Izba ustaliła, że system do zarządzania badaniami, jaki zaoferował Przystępujący w ramach zamówienia podstawowego zawierał również:

- 1.wbudowany (ściśle zintegrowany) moduł mammograficzny, którego dostarczenia zamawiający wymagał w ramach Opcji 2 oraz
- 2.wbudowany moduł opisowy (zintegrowany system RIS), którego dostarczenia Zamawiający wymagał w ramach Opcji 6.

Przystępujący zaoferował moduły objęte Opcją 2 oraz Opcją 6 już wbudowane w system oferowany w ramach systemu podstawowego, za moduły zaoferował cenę 0 złotych.

Rozpoznając zarzut nr 1 odwołania, miała na uwadze następujące okoliczności:

- 1.stosowanie do pkt 4.14 SWZ Zamawiający ma możliwość skorzystania z prawa opcji poprzez zakup dodatkowych funkcjonalności systemu, tj. w szczególności opcjonalnego zakupu modułu mammograficznego oraz zintegrowanego systemu RIS;
- 2.stosowanie do 15.2 SWZ Przystępujący zaoferował odrębne ceny za poszczególne opcje, a udostępniony przez Zamawiającego w ramach postępowania arkusz kalkulacyjny oprogramowania Microsoft Excel – plik: ZP_PN_63_24_EI_JOK Załącznik nr 1 Formularz cenowy) – Formularz cenowy, zawierał reguły agregujące umożliwiające sumowanie wartości pozycji z Formularza, łącznie z Opcjami oraz przyporządkowujące im wagi cen dla opcji. Istniała możliwość wpisania kwoty 0 złotych w rubryce dotyczącej Opcji oraz przeprowadzenia obliczeń z taką kwotą, formuły nie powodowały blokady takich kwot.

Bez znaczenia, w ocenie Izby, pozostawał fakt, iż jak wynikało z przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie tabeli – Formularza cenowego, istniała możliwość wypełniania jej wartościami ujemnymi.

- 3.Przystępujący zaoferował odrębne ceny za poszczególne Opcje, a zatem treść oferty Przystępującego nie była zatem sprzeczna z Formularzem oferty oraz Formularzem cenowym;
- 4.Zamawiający w związku z tym, że Przystępujący zaoferował system podstawowy z wbudowanymi modułami przewidzianymi w Opcji 2 oraz Opcji 6, nie został pozbawiony możliwości złożenia, stosowanie do § 2 ust. 8 w zw. z § 2 ust. 6a) oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji w zakresie modułu mammograficznego, opisanego w Załączniku nr 2 do SWZ w pkt 7.2 oraz Zintegrowanego systemu RIS, opisanego w pkt 7.6;

- 5.Wraz ze skorzystaniem przez Zamawiającego z prawa opcji, protokolarnym odbiorem modułów w ramach Opcji rozpocznie się bieg okresu gwarancji dotyczący poszczególnych modułów oraz możliwość ewentualnego dochodzenia roszczeń dotyczących modułów.

W ocenie Izby twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający może ponieść uszczerbek finansowy w związku z faktem, iż poniesienia kosztu modułów wcześniej, niż w wypadku gdyby koszty zamówienia i opcji zostały rozdzielone, nie zostało wykazane.

Jak wskazał Przystępujący koszt dostarczenia modułów zostanie poniesiony przez niego, niezależnie od tego, czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji będzie taki sam.

Biorąc pod uwagę podniesione powyżej okoliczności, Odwołujący nie wykazał oczywistej

i niewątpliwej niezgodności treści oferty Przystępującego z przytoczonymi w odwołaniu warunkami zamówienia.

Wobec powyższego zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.*

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: „ustawa uznk”.

Stosowanie do art. 3 ust. 1 ustawy uznk, *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Zgodnie z brzmieniem art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy uznk, *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:*

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy uznk zawiera ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji – działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czyny nieuczciwej konkurencji zostały wskazane w art. 3 ust. 2 ustawy uznk oraz stypizowane w art. 5 - 17d stawy uznk. Odwołujący zarzucił, że Przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, który polegał na bezpodstawnym przeniesieniu do opcjonalnych części zamówienia, tj. Modułu mammograficznego (Opcja nr 2) oraz Zintegrowanego systemu RIS (Opcja nr 6) do części podstawowej.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wskazywał, że Przystępujący „ukrył” ceny za Opcję nr

2 i Opcję nr 6 w zamówieniu podstawowym, a powyższe wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, który został stypizowany w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy uznk.

Przystępujący, w ocenie Odwołującego uzyskał uprzywilejowaną pozycję względem Odwołującego i Zamawiającego, polegającą na:

- konieczności poniesienia przez Zamawiającego kosztów realizacji zamówienia w zakresie Opcji nr 2 i Opcji nr 6, niezależnie od swojego zapotrzebowania,
- Przystępujący, w odróżnieniu od Odwołującego, otrzyma wynagrodzenie za wszystkie elementy zamówienia niezależnie od zapotrzebowania Zamawiającego, a także wypłata nastąpi wcześniej,
- Przystępujący poniesie mniejsze koszty zamówienia ze względu na krótszy okres utrzymania i gwarancji dotyczący całego zamówienia – koszty utrzymania personelu, koszty zarządzania projektem.

Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował system w ramach zamówienia podstawowego, który zawierał również wbudowany (ściśle zintegrowany) moduł mammograficzny, którego dostarczenia zamawiający wymagał w ramach Opcji 2 oraz wbudowany moduł opisowy (zintegrowany system RIS), którego dostarczenia Zamawiający wymagał w ramach Opcji 6.

Kosztu dotyczącego wbudowanych modułów nie można wydzielić do poszczególnych opcji zamówienia. Powyższemu twierdzeniu Przystępującego zaprzeczył Odwołujący, jednakże nie wykazał powyższej okoliczności odpowiednimi dowodami.

Odwołujący, wskazał w powyższym zakresie, na dokument - odpowiedź zamawiających: Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej oraz Narodowego Instytutu Onkologii Oddział w Gliwicach na pytanie Odwołującego, czy Przystępujący w postępowaniach prowadzonych przez ww. zamawiających dostarczył system klasy PACS z modułem opisowym (systemem RIS).

Dokumenty powyższe nie dostarczyły jednak pozytywnej odpowiedzi, ponieważ wynika z nich, że Przystępujący nie dostarczył oprogramowania klasy PACS z wbudowanym modułem/systemem RIS, w drugim przypadku zamawiający nie wymagał systemu RIS.

Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, koszt systemu dostarczanego w ramach zakresu podstawowego, z modułami wbudowanymi, pozostawałby taki sam, ponieważ tego kosztu nie można wydzielić z zamówienia podstawowego, a Zamawiający, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, był zainteresowanych skorzystaniem z prawa opcji i nabyciem modułów w ramach Opcji nr 2 i Opcji nr 6.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie będzie zmuszony do poniesienia kosztów dostarczenia modułów w ramach Opcji nr 2 i Opcji nr 6 niezależnie od zapotrzebowania oraz do wcześniejszej zapłaty za zamówienie łącznie z opcjami.

Izba doszła do wniosku, że pomimo tego, że co do zasady, przenoszenie kosztów między zamówieniem podstawowym a opcjonalnym uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji, jako typowy przejaw nieuczciwej manipulacji ceną, to oceniając wszystkie okoliczności, w tej konkretnej sprawie, że sposób wyceny nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji lecz wynika z obiektywnej okoliczności – Przystępujący zaoferował system obejmujący zarówno zakres podstawowy zamówienia, ale także wbudowane moduły w ramach Opcji bez możliwości ich wydzielenia z zakresu

podstawowego.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem zarzut nr 2 odwołania podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1-3, ust. 5 oraz ust. 6 ustawy Pzp:

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

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

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z uwagi na:

- złożenie przez Przystępującego wyjaśnień, które były ogólnikowe, lakoniczne, niepoparte żadnymi dowodami i kalkulacjami oraz nie wskazywały, jaki jest koszt realizacji świadczeń objętych opcjami,

Izba przy rozpoznaniu zarzutu nr 3 odwołania miała na uwadze następujące okoliczności:

– w Wezwaniu do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny – pismo

z 4 października 2024 r., Zamawiający wskazywał na wątpliwości, które budziło zaoferowanie przez Przystępującego ceny 0 złotych w istotnych częściach składowych zamówienia, tj.: pozycji Opcja 2 – Moduł mammograficzny oraz opcja 6 – Zintegrowany system RIS. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji cenowej wraz z przedstawieniem stosownych dowodów wyliczenia ceny w przedmiotowym zakresie, wskazanie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

– Przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z 4 października 2024 r.), w których wskazał, że obiektywnym czynnikiem, który uzasadniał zaoferowanie ceny 0 zł za opcję nr 2 i nr 6 był brak możliwości wydzielenia modułów wchodzących w zakres opcji nr 2 i opcji nr 6 z ceny standardowej licencji oferowanego systemu do zarządzania badaniami wymienionej w Formularzu cenowym System PACS/VNA (zamówienie podstawowe) i brak możliwości wydzielenia ich jako osobnych pozycji do wyceny przez producenta.

W ocenie Izby Przystępujący składając wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny za przedmiot zamówienia w ramach Opcji nr 2 oraz Opcji nr 6 nie tylko wywiązał się z ciążącego na nim jako wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny obowiązku, ale także wskazał na obiektywny czynnik, który miał wpływ na cenę za moduły w ramach Opcji nr 2 oraz Opcji nr 6, tj. brak możliwości wydzielenia ceny modułów wchodzących w zakres opcji nr 2 i opcji nr 6 z ceny standardowej licencji oferowanego systemu do zarządzania badaniami wymienionej w Formularzu cenowym System PACS/VNA (zamówienie podstawowe) i brak możliwości wydzielenia ich jako osobnych pozycji do wyceny przez producenta.

Jeśli chodzi o zarzut braku możliwości bezkosztowej realizacji Opcji nr 2 i nr 6, Izba ustaliła, że koszt realizacji Opcji nr 2 i nr 6 został uwzględniony przez Przystępującego w ramach zamówienia podstawowego, a zamówienia realizowanego w ramach opcji nie można było wydzielić z zakresu zamówienia podstawowego.

Natomiast koszty związane z realizacją zamówienia w ramach Opcji nr 2 i Opcji nr 6, takie jak koszt wdrożeniowy istotny dla modułu RIS, to został on – jak wskazał Zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie – wyeliminowany poprzez rezygnację z konieczności integracji systemu PACS/VNA z modulem RIS znajdującym się w oprogramowaniu HIS CGM, posiadanym przez Zamawiającego. Pozostałe usługi wdrożeniowe lub szkoleniowe, jak wskazał Zamawiający, były neutralne dla obu Opcji.

Tym samym Izba stwierdziła, że koszty związane z wdrożeniem, szkoleniem i serwisem w ramach Opcji nr 2 i Opcji nr 6, nie były na tyle istotne, aby wpłynąć na cenę oferty Przystępującego, aby można uznać ją za cenę rażąco niską.

Oferta wykonawcy może zostać odrzucona z uwagi na wykazanie, że zawiera rażąco niską cenę tylko wówczas, gdy dotyczy ceny całkowitej, chyba, że istotne części składowa mogą wpłynąć na ocenę cena oferty jako rażąco niskiej.

Wobec powyższego, zarzut nr 3 podlegał oddaleniu.

Rozpoznając zarzut nr 4 odwołania, Izba miała na uwadze poniższe okoliczności:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi najczęściej w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, który wynika z przepisów prawa lub wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia i przyjęcia błędnych podstaw kalkulacji, podstaw, które nie znajdują uzasadnienia w wymaganiach zamawiającego lub przepisach prawa.

Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował system obejmujący zarówno zakres podstawowy zamówienia, ale także wbudowane moduły w ramach Opcji bez możliwości ich wydzielenia z zakresu podstawowego.

W konsekwencji Przystępujący koszt związany z realizacją zamówienia w ramach Opcji nr 2 i Opcji nr 6 zostały przez niego przedstawione w ramach zamówienia podstawowego.

Przystępujący wskazał i wyjaśnił powyższą okoliczność zarówno w Wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jak również na wezwanie Zamawiającego z 22 października 2024 r. Jest to obiektywna okoliczność, której, w ocenie Izby, nie można zakwalifikować jako błędnego rozpoznania przez Przystępującego stanu faktycznego.

Wobec powyższego, również zarzut nr 4 odwołania podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 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.

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....
.....