

WYROK
z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Agnieszka Bartczak – śuraw
Barbara Bettman

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, al. Sosnowa 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, al. Jerozolimskie 155/115** protestu z dnia 29 stycznia 2010 r.

przy udziale **Imed Poland Sp. z o.o., 01-796 Warszawa, ul. Duchnicka 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, al. Sosnowa 8

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, al. Sosnowa 8,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 950 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, al. Sosnowa 8** na rzecz **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, al. Jerozolimskie 155/115** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Instytutu Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, al. Sosnowa 8.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa „Poz. 1 DTP - szczepionka błonniczo-żółciowo-krztuścowa-adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 453 400 dawek, Poz. 2 Td - szczepionka żółciowo-błonnicza-adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 626 145 dawek, Poz. 3 T - szczepionka żółciowa-adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 328 650 dawek”

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, z 2008 r., nr 171, poz. 1058, nr 220, poz. 1420, nr 227, poz. 1505, oraz z 2009 r., nr 19, poz. 101, nr 65, poz. 545, nr 91, poz. 742, nr 206, poz. 1591, nr 157, poz. 1241, nr 219, poz. 1706) zwaną dalej "ustawą p.z.p."

Pismem z dnia 20 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty dla Poz. 2 przedmiotowego postępowania.

Odwołujący – Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S. A. z siedzibą w Krakowie w dniu 29 stycznia 2009 r. wniósł protest, wobec czynności Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, odnoszących się do ww. Poz. 2, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na:

- 1) dokonaniu czynności badania i oceny ofert z naruszeniem art. 26 ust. 4 Ustawy,
- 2) dokonaniu czynności wyboru oferty Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z naruszeniem art. 91 ust. 1 Ustawy,
- 3) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Imed Poland Sp. z o.o., z naruszeniem art. 89 ust. 1, pkt 2 Ustawy,
- 4) zaniechaniu czynności wezwania Imed Poland Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z naruszeniem art. 90 ust. 1 Ustawy,
- 5) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Imed Poland Sp. z o.o., z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy,
- 6) zaniechaniu czynności wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 Ustawy,
- 7) zaniechaniu zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podczas postępowania, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Ustawy.”

Odwołujący żądał:

- 1) uwzględnienia protestu,
- 2) unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Imed Poland Sp. z o.o. w zakresie Poz. 2, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórного dokonania czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert, w odniesieniu do Poz. 2,
- 4) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 Ustawy, w odniesieniu do Poz. 2,
- 5) odrzucenia oferty Imed Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 Ustawy,
- 6) dokonania czynności wyboru oferty Protestującego, jako oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do Poz. 2.

W uzasadnieniu odwołujący podał, iż Zamawiający, swymi nieuprawnionymi działaniami i zaniechaniami, w odniesieniu do Poz. 2, wybrał ofertę najkorzystniejszą z naruszeniem art. 7 ust. 3 Ustawy. W ocenie Odwołującego w Załączniku nr 2 (Wzór Oferty z załącznikami) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wyraźnie przedstawił, iż żąda by wykonawcy potwierdzili przyjęcie do wiadomości oraz wyrazili zgodę na warunki i ustalenia, które będą wprowadzone do umowy (pkt VI oferty). Natomiast w pkt IX Załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający żądał, by wykonawcy złożyli oświadczenie, że zapoznali się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnoszą do niej żadnych uwag. Zdaniem Odwołującego zarówno w odniesieniu do pierwszego jak i drugiego żądania Zamawiającego, Imed Poland Sp. z o. o. nie złożyła stosownych oświadczeń, zatem złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego wykonawca Imed Poland Sp. z o. o. spełniłaby warunki i wymagania określone w treści SIWZ, jeżeli spółka ta złożyłaby dwa zwięzłe oświadczenia tj.: w pkt VI "Potwierdzam przyjęcie do wiadomości oraz wyrażam zgodę na warunki i ustalenia, które będą wprowadzone do umowy", a w pkt IX: Oświadczam, że zapoznałem się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnoszą do niej żadnych uwag". Takie właśnie oświadczenia, jak sam twierdzi, złożył Odwołujący, w skutek czego złożona przez niego oferta jest zgodna z żądaniami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazuje, że zaoferowana przez wykonawcę Imed Poland Sp. z o. o. dla Poz. 2, cena równa 4,76 PLN za jedną ampulkę strzykawkę, zawierającą szczepionkę tężcowo-błonicza-adsorbowaną na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml, jest ceną rażąco niską. Zdaniem Odwołującego wybrany przez Zamawiającego Wykonawcę, jako pośrednik, a nie wytwórca zaoferowanego produktu, nie jest w stanie czerpać dochodu z dostawy tego produktu po zaoferowanej cenie. Przeciwnie, bardzo prawdopodobne jest, że poniesie stratę. W ocenie Odwołującego zaproponowana przez niego cena, choć jest wyższa niż cena

wybranego wykonawcy, to zawiera koszty na znacznie niższym poziomie niż cena Imed Poland Sp. z o. o., gdyż:

- a) koszt 1 ampułki jest niższy niż koszt 1 ampułko strzykawki,
- b) koszt napełnienia 1 strzykawki jest niższy w Polsce niż w Niemczech z racji na niższe koszty utrzymywania pomieszczeń, zatrudniania personelu itp.,
- c) koszt opakowania zewnętrznego jest niższy w Polsce niż w Niemczech z racji na niższe koszty utrzymywania pomieszczeń, zatrudniania personelu itp.,
- d) koszt 0,5 mililitra substancji czynnej jest niższy w Polsce niż w Niemczech z racji na niższe koszty utrzymywania pomieszczeń, zatrudniania personelu itp.,
- e) koszty reklamy nie występują, gdyż Protestujący jest nieporównywalnie mniejszym producentem niż Novartis,
- f) koszt badań wewnętrznych i zewnętrznych jest niższy w Polsce niż w Niemczech z racji na niższe koszty utrzymywania pomieszczeń, zatrudniania personelu itp.,
- g) koszt składowania szczepionki jest niższy w Polsce niż w Niemczech z racji na niższe koszty utrzymywania pomieszczeń, zatrudniania personelu itp.,
- h) koszt marży producenta Novartis jest mu nieznan, więc trudno się Odwołującemu odnieść do tej pozycji
- i) koszt marży pośrednika nie występuje, gdyż Odwołujący jest producentem szczepionki,

j) koszt transportu nie występuje, gdyż Odwołujący jest producentem szczepionki, k) koszt składowania szczepionki przez pośrednika nie występuje, gdyż

Odwołujący jest producentem szczepionki.

Powyższe zestawienie zdaniem Odwołującego jednoznacznie wykazuje, że cena zaoferowana przez wybranego Wykonawcę Imed Poland Sp. z o. o. nie jest ceną rzetelną. Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 lutego 2010 r., doręczone w tym samym dniu, do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 4 lutego 2010 r. przystąpił wykonawca, Imed Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie który wniósł o odrzucenie protestu Odwołującego z uwagi na jego wniesienie po terminie, oddalenie protestu jako *bezzasadnego oraz oddalenie wniosków zawartych w pkt V protestu a dotyczących:*

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Imed Poland Sp. z o. o., w zakresie Poz. 2, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórznego dokonania czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert, w zakresie Poz. 2,
- 3) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 Ustawy, w odniesieniu do Poz. 2,
- 4) odrzucenia oferty Imed na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 i 4 Ustawy,
- 5) dokonania czynności wyboru oferty Protestującego, jako oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do Poz. 2.

W uzasadnieniu Przystępujący podał iż zamawiający nie sprecyzował w SIWZ jak konkretnie wypełnić sporne punkty oferty. Zarówno oświadczenie wskazane w pkt VI oferty jak i w pkt. IX oferty nie zawiera dodatkowej treści regulującej kwestie, w jaki dokładnie sposób złożyć te oświadczenia. Odnosząc się do zarzutu zaniechania czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p., Przystępujący wywodził, iż zarzut ten jest spóźniony i protest w tym zakresie powinien być odrzucony, jako wniesiony po terminie. Ponadto Przystępujący zaznaczył, iż cena, jaką zaoferował za dostawę przedmiotu zamówienia dla Poz. 2, jest wyższa od ceny, za jaką nabywa przedmiotowe szczepionki od ich producenta firmy Novartis. Na potwierdzenie tego przedłożył oświadczenie producenta szczepionki, podkreślając bezprzedmiotowość zarzutu rzekomej sprzedaży przez Przystępującego produktu ze stratą

Zamawiający rozstrzygnięciem z dnia 4 lutego 2010 r. a przesłanym uczestnikom postępowania protestacyjnego w tym samym dniu, protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podał, iż: „w odniesieniu do zarzutu Odwołującego dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ należy stwierdzić, że argumenty podniesione w treści protestu są całkowicie chybione. Do uznania, iż zgoda na warunki i ustalenia umowne oraz brak uwag do treści SIWZ została wyrażona przez Wykonawcę, wystarczającym jest złożenie podpisu upoważnionej osoby pod ofertą. Brak

fizycznego wypełnienia druku oferty w tych punktach oznacza, iż Wykonawca nie wnosi żadnych uwag, co za tym idzie akceptuje warunki i ustalenia umowne oraz ustalenia SIWZ bez zastrzeżeń. W związku z tym w ocenie zamawiającego, nie sposób uznać argumentacji Odwołującego wskazującej na niespełnienie przez Wykonawcę warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ, nakazującej Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., jako niezgodnej, z SIWZ."

Dalej Zamawiający podał, iż w odniesieniu do drugiego z przedstawionych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny należy wskazać, co następuje: „Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest, więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet, jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie”.

W ocenie Zamawiającego cena zaoferowana przez Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie jest ceną nieracjonalną czy nierealistycznie niską w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, a tylko cena odbiegająca od cen przyjętych mogłaby być uznana za rażąco niską.

Ponadto Zamawiający podał, iż w poprzednim roku, tj. 2009, kilkakrotnie przeprowadził postępowanie na zakup przedmiotowej szczepionki Td, w których Odwołujący zaoferował cenę znacznie poniżej ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu przez wybranego wykonawcę Imed Poland Sp. z o. o.

Mając na względzie powyższe Zamawiający nie znalazł uzasadnienia do zastosowania normy art. 90 Pzp., albowiem w jego ocenie brak jest przesłanek do stwierdzenia, że oferta firmy Imed Poland zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 12 lutego 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty oraz żądania zawarte w proteście zostały podtrzymane.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację protestu, wskazując, na niezgodność treści wybranej oferty z treścią SIWZ oraz, iż wybrana przez Zamawiającego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Pismem z dnia 17 lutego 2010 r. Wykonawca Imed Poland Sp. z o. o. zgłosił przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc i wywodząc jak przystąpieniu do protestu. Kopie przystąpienia do odwołania zostały przekazane Zamawiającemu i Odwołującemu się.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa „Poz. 1 DTP - szczepionka błonniczo-żółciowo-krztuścowa-adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 453 400 dawek, Poz. 2 Td - szczepionka żółciowo-błonicza-adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 626 145 dawek, Poz. 3 T - szczepionka żółciowo-adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 328 650 dawek”

Zgodnie z załącznikiem do SIWZ – wzorem formularza ofertowego jego pkt. VI i IX Wykonawca składa oświadczenie, iż „VI Potwierdzam przyjęcie do wiadomości oraz wyrażam zgodę na warunki i ustalenia, które będą wprowadzone do umowy” oraz „IX Wykonawca oświadcza, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i niw wnosi do niej żadnych uwag.” Zgodnie z pkt. I.7. SIWZ „ofertę należy złożyć na druku „OFERTA”. Wykonawcy nie wolno dokonywać żadnych zmian merytorycznych we wzorze druku „OFERTA” opracowanym przez Zamawiającego i zamieszczonym wraz z niniejszą SIWZ(...)”.

Oferta wykonawcy Imed Poland Sp. z o. o. wybrana dla Poz. 2 przedmiotowego postępowania, jako najkorzystniejsza została złożona na druku „OFERTA” załączonym do SIWZ. Punkty VI i IX formularza w miejscach wykropkowanych pozostały niewypełnione, przy czym wykonawca parafował każdą stronę oferty oraz podpisał formularz ofertowy. Izba ustaliła ponadto, iż dla części 2 przedmiotowego postępowania złożono dwie oferty, które kształtowały się na poziomie odpowiednio oferta Odwołującego 5,80 zł/szt.,(łącznie 3.631.641,00zł) oraz 4,76 zł/szt.,(łącznie 2.980.450,20zł) oferta Przystępującego. Wartość

szacunkową zamówienia dla pozycji 2 przedmiotowego postępowania określono na kwotę 3.193.339,50 zł.

Pismem z dnia 20 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty dla Poz. 2 przedmiotowego postępowania wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Imed Poland Sp. z o. o.

Czynność ta leży u podstaw wniesionego odwołania poprzedzonego postępowaniem protestacyjnym.

Kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania albowiem w przypadku uznania zarzutów jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutów nie złożenia przez wybranego wykonawcę oświadczeń wskazanych w pkt. VI i IX formularza ofertowego, w konsekwencji dokonania czynności badania i oceny ofert z naruszeniem art. 26 ust. 4 p.z.p. oraz zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Imed Poland Sp. z o. o. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego i zarzuty te uznała za bezzasadne. Zdaniem Izby nie można przyznać racji Odwołującemu, że w wybranej przez Zamawiającego ofercie brak jest wszystkich wymaganych oświadczeń. Zarówno brzmienie pkt. VI jak i IX formularza ofertowego tj. VI. „Potwierdzam przyjęcie do wiadomości oraz wyrażam zgodę na warunki i ustalenia, które będą wprowadzone do umowy” a dla pkt IX. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej żadnych uwag” sprecyzowane są jasno, precyzyjnie i kategorycznie i nie wymagają ponownego powtórzenia przez wykonawcę a ponadto oświadczenie z pkt VI zapisane jest w 1-ej osobie a oba oświadczenia użyte są w czasie teraźniejszym. Gdyby intencją Zamawiającego było żądanie złożenia odrębnych oświadczeń w powyższym zakresie użyłby zwrotów „Potwierdzę przyjęcie do wiadomości...” oraz „Wykonawca oświadczy, że zapoznał się ...”, które to wprost wskazywałyby na konieczności złożenia takich oświadczeń. W SIWZ Zamawiający takiego wymogu nie sprecyzował, ponadto odmiennie niż np. dla pkt VIII, w którym zawarta jest instrukcja i wymóg złożenia oświadczenia, tak dla pkt VI i IX

formularza ofertowego brak jest jakichkolwiek wskazówek Zamawiającego, co do jego wypełnienia. W ocenie Izby wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji ewentualnych nieprecyzyjnych zapisów przygotowanych przez Zamawiającego. Izba podzieliła argumentację zarówno Zamawiającego jak i Przystępującego, iż podpisanie przez wykonawcę formularza ofertowego, który zawiera w/w oświadczenia oznacza, iż takowe oświadczenia zostały złożone. W ocenie Izby brak jest przesłanek do odrzucenia wybranej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Odrzucenie oferty na podstawie w/w przepisu może nastąpić wyłącznie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie merytorycznym. Podobnie w wyroku KIO sygn. Akt: KIO/UZP 173/09.

Odnosząc się do zarzutu dokonania czynności wyboru oferty Imed Poland Sp. z o. o. z naruszeniem art. 91 ust. 1 p.z.p. Izba również nie podzieliła poglądu Odwołującego. Zgodnie z w/w normatywem Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z

pkt VI. SIWZ, Zasady Oceny Ofert, Zamawiający wskazał, iż jedynym kryterium wyboru będzie oferowana cena całkowita brutto danej pozycji zamówienia. Na podstawie dokumentacji postępowania Izba jednoznacznie stwierdziła, iż Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria określone w SIWZ co nie potwierdza zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. podniesionego przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy Imed Poland Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z naruszeniem art. 90 ust. 1 p.z.p. a w konsekwencji zaniechania czynności odrzucenia oferty Imed Poland Sp. z o. o. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Izba również nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem za cenę rażąco niską należy uznać cenę nierealną, tj. cenę, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia.

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego przytoczoną w rozstrzygnięciu protestu a powtórzoną na rozprawie, iż skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest, więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji cen, jeśli Zamawiający nie poweźmie, co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z oświadczeniami Zamawiającego złożonymi na rozprawie cena rynkowa za przedmiot zamówienia kształtuje się w przedziale od 4,02 do 5,20 zł za sztukę, natomiast cena wybranej oferty to 4,76 zł za sztukę. Wiedza zamawiającego oparta jest na cenach rynkowych proponowanych mu przez oferentów w prowadzonych dotychczas postępowaniach, których przedmiotem była dostawa przedmiotowych szczepionek, co w ocenie Izby urealnia i uprawdopodobnia prawidłowość szacowania wartości zamówienia i w konsekwencji możliwość rzetelnej oceny przez

Zamawiającego ofert w zakresie prawdziwości oferowanej ceny (czy cena nie jest rażąco niska).

W ocenie Izby Zamawiający skutecznie udowodnił, iż brak było przesłanek, które miałyby wywołać obawę, co do rzetelności zaoferowanej ceny przez wybranego wykonawcę.

Ponadto Zamawiający wykazał, iż w roku 2009 kilkakrotnie przeprowadzał postępowania na zakup przedmiotowej szczepionki, w których to Odwołujący oferował tożsamy przedmiot zamówienia znacznie poniżej ceny wybranej oferty.

Odwołujący w ocenie Izby w żaden sposób nie udowodnił, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca, jako pośrednik, a nie wytwórca zaoferowanego produktu, nie jest w stanie czerpać dochodu z dostawy tego produktu po zaoferowanej cenie i prawdopodobnie poniesie stratę.

Izba przyjęła w poczet dowodów oświadczenie firmy Novartis załączone przez Przystępującego do przystąpienia do protestu, z którego wynika, iż producent sprzedał wybranemu wykonawcy przedmiotową szczepionkę za cenę niższą niż złożona w ofercie.

Tym samym za udowodnione Izba uznała, że zaproponowana cena jest ceną realną, rzeczywistą i taką, za którą można należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba nie znalazła uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty

Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podczas postępowania. Zarzuty te Izba uznała za nieudowodnione.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....