

Sygn. akt V Ga 106/12

KRAJOWA IZBA (u i w; a. ■ V v C Z A >
WYROK POLSK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ 10 01 2013

.w P i- "< E_g i..o

Dnia 15 listopada 2012r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący - SSO Maciej Wasilewski (spr.)

Sędziowie SO Małgorzata Holz

SO Anna Tkaczyk

Protokolant prac.sąd. Alina Szkuta

po rozpoznaniu w dniu 12 listopada 2012 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy ze skargi Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital
Specjalistyczny w Olsztynie

przy udziale wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 sierpnia 2012 r. sygn.akt KIO 1734/12

I. oddala skargę;

II. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie na rzecz
Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 1200 zł (słownie: jeden tysiąc
dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

na oryginale podpisy Sędziów

Sygn.akt V Ga 106/12

UZASADNIENIE

Z inicjatywy zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego
w Olsztynie toczyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,
którego przedmiotem był wybór dostawcy sprzętu medycznego jednorazowego i

wielokrotnego użytku w pakiecie nr 18.

Po zawiśnięciu sprawy na skutek złożonego odwołania przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Izba ta wyrokiem z dnia 24 sierpnia 2012 r. (sygn.akt KIO 1734/12) uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 18 oraz dokonanie w tym pakiecie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem procedury określonej w art.90 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz rozstrzygnęło o kosztach postępowania.

Rozstrzygnięcie swoje Izba oparła o art.192 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), albowiem stwierdzone naruszenia przepisów tej ustawy wskazane w odwołaniu mają wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba ustaliła, że przedmiotem odwołania jest przede wszystkim zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 18, z uwagi na zastosowanie w tej ofercie przez wykonawcę Skamex rażąco niskiej ceny. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia [pkt III], zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest sprzęt medyczny obejmujący 219 pakietów. W załączniku nr 1 do siwz, zamawiający ustalił wzór formularza ofertowego, w którym wymagał podania cen ofert w zakresie każdego z pakietów, a w załączniku nr 2 - ustalił wzór formularza cenowego w zakresie m.in. pakietu nr 18, w którym w kol.2 oznaczonej, jako „Przedmiot zamówienia” wymagał dostawy trzech filtrów opisanych pod poz.1 do 3 w tym formularzu. Dla każdego z tych produktów wymagał określonych ilości - podanych we wzorze - oraz wymagał m.in. podania ceny jednostkowej, wskazania podatku VAT oraz ceny końcowej brutto dla każdej z tych pozycji. W załączniku nr 8 - projekt umowy - obowiązującym także dla pakietu nr 18 - w § 2 zamawiający podał, że szczegółowy asortyment towarów będzie, określony w chwili złożenia zamówienia, a w § 1 ustalił, że wykonawca jest zobowiązany dostarczać asortyment w zakresie pakietów sukcesywnie na jego zamówienie. Z kolei w § 8 projektu umowy zawarte zostały regulacje w zakresie kar umownych, obliczanych w stosunku do opóźnienia danej dostawy w oparciu o wartość brutto zamówionego towaru. Zdaniem Izby wskazane regulacje nie potwierdzają, że za przedmiot zamówienia, w tym przypadku należy uznać wyłącznie cały pakiet.

Zatem - zdaniem Izby - porównanie cen w stosunku do oferowanych na rynku należy, w okolicznościach niniejszego stanu faktycznego odnieść do cen jednostkowych produktów wymienionych w każdej z trzech pozycji tego pakietu. Ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy. Izba stwierdziła również, że kwestionowana w odwołaniu cena jednostkowa [0,03 zł] w ofercie Skamex pod poz.3 w pakiecie nr 18 - zasadnie wywołuje wątpliwości albowiem z porównania cen stosowanych przez tego wykonawcę - wynika, że oferta cenowa Skamex za produkt - filtr antybakteryjno-wirusowy, elektrostatyczny dla dorosłych - jest w niektórych przypadkach zaniżona aż o 120 razy. Tym samym wykonawca Skamex powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu dostawy przedstawionego w ofercie w kwestionowanym zakresie na podstawie art.90 ust.1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy cena za ten produkt nie ma charakteru rażąco niskiej.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się zamawiający szpital, w złożonej skardze domagał się zmiany zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

w całości i o oddalenie odwołania złożonego przez Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Izbą i przed Sądem na jego rzecz wg norm przepisanych.

Wyrokowi Izby zarzucił naruszenie art.89 ust.1 pkt.4 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że w niniejszej sprawie ocenę czy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę należało odnieść do ceny jednostkowej każdej z pozycji (każdego składnika pakietu) wyszczególnionej w pakiecie nr 18, w sytuacji gdy przepis art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp wprost wskazuje, że ocena zaoferowania rażąco niskiej ceny powinna być dokonana w stosunku do przedmiotu zamówienia, który w niniejszej sprawie został określony przez zamawiającego w rozbiciu na poszczególne pakiety, czyli przedmiotem zamówienia jest pakiet obejmujący kilka składników.

Zarzucił też naruszenie art.90 ustawy Pzp w zw. z art.190 ust.3 ustawy Pzp mające istotny wpływ na postępowania poprzez przyjęcie, iż skarżący zaniechał wezwania wykonawcy - Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Łodzi do złożenia wyjaśnień mających na celu ustalenie, czy cena zaoferowana przez wykonawcę za wszystkie składniki pakietu nr 18, w szczególności za składnik podany w poz.3, nie jest ceną rażąco niską, podczas gdy Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2012 r. wezwał Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Łodzi do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej zaoferowanej w pakiecie nr 18 poz.3 z uwagi na zarzut innego wykonawcy - Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie, iż cena asortymentu zaoferowanego w poz.3 pakietu 18 jest ceną poniżej kosztów produkcji, a wykonawca Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Łodzi złożył stosowne wyjaśnienia na piśmie, z których wynikało, że wykonawca Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Łodzi dokonując kalkulacji cen wszystkich składników pakietu nr 18 uwzględnił wszelkie koszty (zakupu, transportu, opłat, cel i dostaw itp.) oraz swoją marżę. Kolejnym zarzutem było naruszenie art.83 ust.2 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania poprzez jego błędne zastosowanie polegające na przyjęciu, że zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na części zamówienia, tj. na poszczególne pozycje w wyodrębnionych przez zamawiającego pakietach, podczas gdy z postanowienia pkt III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) wynikało, że zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, tj. na poszczególne pakiety, a nie na elementy składowe pakietu (pozycje), a tym samym pojęcie przedmiotu zamówienia należy odnieść do poszczególnych pakietów, a nie do konkretnych składników pakietu.

W motywach skargi w szczególności argumentował, że gdyby zamiarem zamawiającego było ustalenie jako przedmiotu zamówienia towaru opisanego w konkretnych składnikach danego pakietu, wówczas zamawiający dopuściłby możliwość składania ofert na poszczególne elementy pakietów, a nie na całe pakiety.

Natomiast zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawcy nie mogli złożyć oferty np. tylko na 1 pozycję kilkuskładnikowego pakietu, gdyż złożenie takiej oferty prowadziłoby do jej odrzucenia jako niezgodnej z SIWZ, skoro wykonawcy mogli złożyć ofertę na cały pakiet, a nie na konkretny element pakietu w rozumieniu art.89 ust. 1 pkt.4 Pzp) cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli

wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurencja wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.

Wartość jaką skarżący zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia zakresie pakietu nr 18 wynosiła 115.786,80 zł brutto. Brak było podstaw do uznania, że oferta wykonawcy Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Łodzi w zakresie pakietu nr 18 była ofertą zawierającą rażąco niską cenę, zwłaszcza iż oferta przeciwnika skargi - covidien

Polska Sp. z o.o. w Warszawie była wyższa od ceny oferty wybranego wykonawcy jedynie o 325,62 zł. Argumentował też, że Izba błędnie uznała, że w sprawie brak było wezwania zamawiającego skierowanego do wykonawcy - Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Łodzi do złożenia wyjaśnień mających na celu ustalenie, czy zaoferowana przez wykonawcę cena w pakiecie nr 18, w szczególności w pozycji 3, nie jest ceną rażąco niską, tj. do wezwania wyjaśnień w trybie art.90 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca firma Skamex w sposób wyczerpujący wyjaśnił przyczyny ustalenia ceny zarówno składnika nr 3 pakietu nr 18, jak i ceny za cały pakiet 18, jednocześnie słusznie zaznaczając, że przedmiot zamówienia w w/w postępowaniu został rozbitý na pakiety, a nie na konkretne pozycje.

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy ustalił i zważył, co następuje.

Stan faktyczny w świetle wyroku Izby i skargi wykonawcy jawi się jako bezsporny co do tego, że przedmiotem zamówienia był pakiet Nr 18 składający się z 3 elementów a jeden z nich tj. filtr antybakteryjno-wirusowy elektrostatyczny dla dorosłych jest w niektórych przypadkach zaniżony o 120 razy (0,03 zł). Nie jest też kwestionowane przez skarżącego i to ustalenie Izby, że wykonawca jest obowiązany dostarczać asortyment w zakresie pakietów sukcesywnie na zamówienie, a ewentualne koszty umowne będą naliczane nie od ceny pakietu a od opóźnionej dostawy. Cała istota skargi sprowadza się do wykazania, że wiążącą w zamówieniu była cena pakietu a nie jej poszczególnych składników, choćby ceny odbiegały od rynkowych a nawet były nierealne (strona 4 skargi).

Ocenie podlegać zatem będzie to czy w tym konkretnym bezspornym stanie faktycznym rażąco niska cena jednostkowego towaru sprzedanego w pakiecie, który został określony jako przedmiot zamówienia powinna być podstawą odrzucenia oferty. Dokonując tej oceny sąd musi odnieść się do zasad ogólnych, które wiążą przy wykonywaniu zamówień publicznych. Jedyną z tych zasad i to decydującą w tym przypadku jest zasada uczciwej konkurencji określona w art.7 Pzp. Jak każda zasada prawna nadaje konkretnym przepisom kierunek interpretacyjny, a więc ułatwia ich wykładnię. Tym samym, w razie wątpliwości rozstrzyga o sposobie stosowania poszczególnych przepisów

ustawy.

Z przepisu art.7 ust.1 wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne:

- równe traktowanie podmiotów biegających się o zamówienie publiczne (zasada równości);
- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji).

Szczególnie druga zasada odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Realizację tej zasady ma zapewnić m.in. obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców niezapewniających złożenia uczciwej i rzetelnej oferty (art.24 ust.1). Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.) albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy realizacji tej zasady należy pamiętać, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach.

Gdy przedmiotem zamówienia są pakiety zbioru rzeczy tj. jak w niniejszym przypadku nie bez znaczenia jest czy przedmiot zamówienia będzie tożsamy z przedmiotem umowy. Ta kombatylbność musi istnieć, bo w przeciwnym przypadku, cała istota zamówień publicznych byłaby zniweczona. Słusznie zatem Izba zbadała tę relację. Jak wskazano stan faktyczny w tym zakresie nie jest kwestionowany, bo ostatecznie liczy się to nie jakie jest zamówienie i jego przedmiot ale jak jest umowa, która rodzi katalog praw i obowiązków dla stron. W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że zamawiający manipulując w proporcjach zamawianych elementów w pakiecie (np. pomijając w zamówieniu najtańszy element) przeplaci za pozostałe, czyli złamie zasady przetargu na korzyść dostawcy. Ale możliwa jest też sytuacja odwrotna, że zamówi tylko element najtańszy. A także działanie i ułożenie stosunku umownego wyklucza uczciwe działanie i naruszenie zasady przetargu publicznego.

Z tych względów na mocy art.198 ust.2 Pzp sąd skargę oddalił jako bezzasadną.

Strony przegrywające spór obciążeni kosztami zastępstwa procesowego jaką poniósł przeciwnik (art.98 kpc).

Na oryginale podpisy Sędziów