

WYROK

z dnia 16 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez odwołującego - GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin,

przy udziale wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa i zalicza:

2.1. w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego - GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa na rzecz zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin kwotę 4479 zł 91 gr (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt dziewięć złotych, dziewięćdziesiąt jeden groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.598, 98 zł i jego kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 880,93 zł.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Sygn. akt: KIO 11/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego [OS/ZP/67/17], prowadzonym przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM z siedzibą w Szczecinie, którego przedmiotem jest „usługa stałej obsługi serwisowej oraz bieżących napraw rezonansu magnetycznego GE Discovery MR450 1,5T”. Zdaniem Odwołującego dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. (wykonawca Althea) naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579), (ustawa Pzp), albowiem:

1. oferta wykonawcy Althea podlega odrzuceniu na podstawie:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp albowiem jest niezgodna z przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U.2017.211 ze zm.) („Ustawa o wyrobach medycznych”);

(2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, albowiem jej cena nie obejmuje modyfikacji określonych w Opisie przedmiotu zamówienia;

(3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w okolicznościach, w których treść oferty Wykonawcy jak również wyjaśnienia Althea z dnia 5 grudnia 2017 r. potwierdzają, że cena zaoferowana przez Althea nie uwzględnia wszystkich elementów świadczonej usługi tj. nie uwzględnia kosztów dokonania modyfikacji i wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska;

(4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Althea wynika, że nie uwzględnił on żadnych kosztów związanych z modyfikacją systemu, przez co zaoferował cenę dumpingową dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji.

2. wykonawca Althea podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie:

(1) art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Pzp z uwagi na to, że wskazując w JEDZ oraz w treści oferty, że Althea będzie posługiwała się podwykonawcą, na którego zasoby się powołuje nie wskazała ona w jakim zakresie oraz nie udowodniła Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponowała niezbędnymi zasobami tych podmiotów na potrzeby realizacji zamówienia, przeciwnie w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r. wskazała, że czynności dokonywane przez SIGIL - SAS France będą dokonywane niejako dodatkowo, co przeczy treści SIWZ;

(2) art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 25 a ust. 5 pkt 1 Pzp z uwagi na to, że podwykonawca SIGIL - SAS France nie złożył w postępowaniu JEDZ mimo obowiązku wynikającego z treści art. 25 a ust. 5 pkt 1 Pzp oraz pkt. 4 ppkt 3 i 4 SIWZ. Dodatkowo oświadczenie Althea co do braku przynależności do grupy kapitałowej budzi wątpliwości w kontekście Referencji wystawionych przez Necker Enfant Malades Szpital Uniwersytecki z dnia 9 listopada 2017 r. dołączonych do wyjaśnień Althea z dnia 5 grudnia 2017 r., w którym wskazano, że rezonans magnetyczny GE Discovery MR450 1.5T IRM jest prawidłowo utrzymywany przez firmę SIGIL MESA, spółkę grupy Althea.

Odwolujący wskazał ponadto na naruszenie art. 138 r Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Althea lub wykluczenia tego wykonawcy.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (1) Unieważnienia czynności wyboru Althea jako najkorzystniejszej w postępowaniu; (2) Unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia wadliwego postępowania przetargowego, jeżeli umowa została już zawarta (Zamawiający poinformował, że umowa zostanie zawarta nieprawidłowo w dniu 2 stycznia 2017 r.); (3) Odrzucenia oferty Althea jako: a) niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 SIWZ; b) zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ; c) stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 SIWZ; d) zawierającą rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 SIWZ; (4) wykluczenia wykonawcy Althea na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Pzp; (5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i uwzględnienie przy powtórnym badaniu ocenie ofert oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Podał, że Odwołujący jest podmiotem zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia, który złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W wyniku działań Zamawiającego, Odwołujący (...) może ponieść realną szkodę materialną jak i wizerunkową. Z jednej strony nie uzyska bowiem przedmiotowego zamówienia, a uzyska je podmiot, którego oferta zgodnie ze wskazanymi w niniejszym odwołaniu argumentami winna zostać odrzucona, z drugiej zaś strony wykonawca, którego oferta została wybrana nie gwarantuje należytego świadczenia usługi serwisowej w odniesieniu do urządzeń wyprodukowanych przez Odwołującego. Może to rodzić po stronie Odwołującego poważne straty wizerunkowe. Uwzględnienie odwołania pozwoli Odwołującej na uzyskanie zamówienia, a zatem posiada ona interes w uzyskaniu zamówienia”.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że Zamawiający zwrócił się m.in. na wniosek Odwołującego do Althea o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca Althea złożył przedmiotowe wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za wystarczające i w dniu 22 grudnia 2017 r. dokonał wyboru oferty w/w Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Dalej odnośnie zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

Ad.1 Oferta jest niezgodna z przepisami ustawy o wyrobach medycznych

Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (Dz.U.2017.211) Zamawiający musi zapewnić właściwy poziom serwisu urządzeń medycznych w celu zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta oraz jakości usług. Zgodnie z poglądem doktryny prawidłowa interpretacja zapisów oraz zasad wynikających z przepisów ustawy o wyrobach medycznych ma bardzo istotne znaczenie dla prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia większości postępowań realizowanych przez placówki medyczne w zakresie zarówno dostaw sprzętu medycznego, jak i zamówień dotyczących napraw, przeglądu oraz serwisu aparatury medycznej. Jak pokazuje dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, pominięcie regulacji ustawy o wyrobach medycznych w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) może istotnie zakłócić przebieg samego postępowania oraz doprowadzić do naruszenia fundamentalnych zasad ustawy - Prawo zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, zarówno na etapie wszczęcia takiego postępowania, jak i na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej lub uznania, która oferta podlega odrzuceniu. (Znaczenie ustawy o wyrobach medycznych dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w placówkach służby zdrowia. (Znaczenie ustawy o wyrobach medycznych dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w placówkach służby zdrowia, Analiza, Lex).

Wybór najkorzystniejszej oferty dokonany przez Zamawiającego budzi wątpliwości w kontekście spełniania przez Wykonawcę warunków realizacji zamówienia wynikających wprost z przepisów ustawy o wyrobach medycznych). W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy Althea nie spełnia wymagań wynikających z treści przepisów tejże ustawy, w tym w szczególności powoływanie się przez Althea na francuskiego podwykonawcę budzi wątpliwości odnośnie do spełniania przez Wykonawcę warunków wynikających z treści: art. 90 ust. 3 ustawy - z uwagi na to, że Althea nie wskazuje w swoich wyjaśnieniach ani w treści oferty iż posiada części i materiały zgodne ze wskazaniami wytwórcy, art. 90 ust. 4 - z uwagi na to, że ani Wykonawca Althea ani jego podwykonawca nie są podmiotami wskazanymi na liście podmiotów upoważnionych do wykonywania niezbędnych autoryzacji, art. 90 ust. 6-8 ustawy pod kątem możliwości sporządzenia przez francuskich inżynierów dokumentacji serwisowej w języku polskim niezbędnej również do ewentualnych kontroli.

Ad. 2, 3 i 4. Oferta jest niezgodna z SIWZ lub zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy badaniu oferty, której cena wydaje się rażąco niska Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz.847.). Oferta wybrana przez Zamawiającego w obydwu częściach zamówienia nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia. Zgodnie z rozdziałem II zawartym w SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia, w cenie oferty należało uwzględnić usługę serwisową wyposażenia wchodzącego w skład ukompletowania RM. Cena oferty winna obejmować zakres takich czynności jak: Przeglądy okresowe; Kontrolę jakości; Zdalną diagnostykę; Naprawy; Modyfikacje; Części zamienne i komponenty specjalne. Według wiedzy Odwołującego oraz uwzględniając treść oferty wykonawcy Althea oferta ta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości, gdyż nie uwzględnia wszystkich czynności serwisowych (w tym przeprowadzenia modyfikacji) w trakcie stałej obsługi serwisowej oraz bieżących napraw rezonansu magnetycznego GE Discovery MR 450 1,5T. Ponadto, brak przygotowania rzetelnej oferty cenowej, która nie zawiera

wszystkich elementów koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia może świadczyć o konieczności poniesienia kosztów przez Zamawiającego w późniejszym terminie. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający powinien przestrzegać zasad uczciwej konkurencji, natomiast wybór wykonawcy, który nie uwzględni wszystkich kosztów rażąco narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Istnieje więc istotna wątpliwość co do tego, czy firma Althea Polska Sp. z o.o. uwzględniła w swojej ofercie wszystkie modyfikacje zalecane przez producenta i wymagane przez Wykonawcę a opisane w Opisie przedmiotu zamówienia jako: Modyfikacje - przeprowadzenie środków zapobiegawczych w celu zwiększenia bezpieczeństwa pracy urządzenia, wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego, wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia. Oświadczenie przedstawione w ofercie przetargowej GE Medical Systems Sp. z o.o. wskazuje na wspomniane wyżej „Modyfikacje” zalecane przez producenta, których oferta Althea Polska nie zawiera. Stwierdził, że również ustawa o wyrobach medycznych w art. 2 ust. 46 posługuje się pojęciem modyfikacji definiując pojęcie „zewnętrznych działań dotyczących bezpieczeństwa” i rozumie pod tym pojęciem działania podjęte w celu minimalizacji, związanego z wyrobem wprowadzonym do obrotu, ryzyka śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia, obejmujące zwrot wyrobu dostawcy, modyfikowanie, wymianę lub niszczenie wyrobu, wykonywaną przez nabywcę modernizację wprowadzającą określoną modyfikację lub zmianę konstrukcji, zalecenie dotyczące używania wyrobu. Jest to więc niezwykle istotny element czynności serwisowych i nie można w ocenie

Odwolującego uznać, że jest to czynność na tyle nieistotna, że może być pominięta lub uwzględniona w innych elementach oferty Wykonawcy. Tego typu działanie Wykonawcy istotnie doprowadziło do zaniżenia ceny kosztów składających się na wycenę oferty i doprowadziło Althea do zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Zdaniem Odwołującego istotne w niniejszym postępowaniu jest również to, że Zamawiający nieprawidłowo opracował SIWZ, pozwalając na pewną dowolność wykonawców w kontekście zakładanego harmonogramu czynności. Dość istotnym problemem występującym na gruncie omawianych zamówień jest nieuwzględnianie w opisie przedmiotu zamówienia harmonogramu, wg którego mają być dokonywane przeglądy aparatury medycznej. Z punktu widzenia art. 29 ust 1 Pzp, który zobowiązuje do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, to dość istotne uchybienie, bowiem utrudnia ono wykonawcom rzetelną wycenę oferty, jak również przygotowanie zaplecza logistycznego przy późniejszej realizacji umowy. Absolutnie niedopuszczalne jest takie wykreowanie opisu przedmiotu zamówienia, z którego nie będzie jasno wynikało, w jakich odstępach czasu mają być świadczone poszczególne elementy zamawianej usługi. Zamawiający nie powinien również w tym zakresie posiłkować się argumentami sugerującymi, że to wykonawcy mają wiedzieć, w jakim czasie należy przeprowadzić przegląd. Niniejsze stanowi zatem nawiązanie do wypracowanej przez lata w doktrynie zasady, że zamawiający nie mogą przerzucać na wykonawców obowiązku doprecyzowania, czy dookreślenia opisu przedmiotu zamówienia. Warto również podkreślić, że „nakaz kompletnego i szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia wyklucza dopuszczalność zastrzeżenia na rzecz zamawiającego swobody dokonywania zmian w realizacji zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy zamawiający nie ma możliwości przewidzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia wielkości potrzeb, bowiem realizacja przedmiotu zamówienia będzie wynikać z kształtowania się bieżących potrzeb podczas realizacji umowy” (por. R. Jędrzejewski, Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PARP, Warszawa 2011, s. 20). O ile przyznać można, że wobec braku sprecyzowania częstotliwości świadczenia określonych usług przez Zamawiającego tj. częstotliwości serwisu wykonawca mógł dokonać pewnych założeń, to jednak nie mógł nie wycenić określonych elementów usługi, w tym istotnych modyfikacji. Podniósł, że w wyjaśnieniach Wykonawca wskazał jedynie swoją cenę usługi (cenę jednostkową) oraz koszty dojazdu inżynierów z Francji. Nie wskazał natomiast kosztów ich zakwaterowania i wyżywienia. Z treści wyjaśnień nie wynika również czy Wykonawca uwzględnił to, że czas niezbędny na wykonanie naprawy wraz z czasem przelotu tam i z powrotem, może oznaczać przekroczenie przepisów dotyczących czasu pracy pracownika i wymagać wypłaty wynagrodzenia za nadgodziny. Jego zdaniem złożone przez Wykonawcę Althea wyjaśnienia nie wyczerpują treści art. 90 Pzp i również z tej przyczyny nie można ich uznać za udzielone. Przede wszystkim w wyjaśnieniach Althea: 1. Odwołuje się do rzekomego cennika usług dostępnego na stronie internetowej Althea Polska, którego na stronie ogólnej Althea nie ma; 2. Wskazuje iż cennik usług został załączony do wyjaśnień, lecz nie ma go w załącznikach do wyjaśnień ani w wykazie załączników do wyjaśnień; 3. Posługuje się stwierdzeniami oczywistymi, w żaden sposób ich nie precyzując, na przykład: iż wynagrodzenie inżynierów w Polsce i we Francji jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę (ale wydaje się go już uśredniać i stawiać na tym samym poziomie wynagrodzenie w Polsce i we Francji, co może budzić wątpliwości).

Stwierdzenie takie było na pewno Zamawiającemu wiadome na podstawie doświadczenia życiowego, ale nie można uznać aby Zamawiający powziął informację dotyczącą konkretnej wysokości kosztów pracy Wykonawcy i jego podwykonawcy. Podobnie stwierdza odnośnie kosztów sprzętu i maszyn. Żadne z tych stwierdzeń nie stanowi wypełnienia przesłanek o których mowa w art. 90 Pzp, przeciwnie wskazuje na przykład, że koszty pracy są wyższe niż minimalne. Uwzględniając takie wyjaśnienia, które nie wyjaśniły niczego, Zamawiający rażąco naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców.

#### Ad. 5 i 6. Przesłanki wykluczenia Wykonawcy

Celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca firma Althea wskazała jako podwykonawcę francuską firmę SIGIL SAS i jednocześnie w późniejszych wyjaśnieniach posłużyła się referencjami tej firmy z Paryża, Francja. Z treści oferty Wykonawcy jak również z treści jego wyjaśnień należy wysnuć wniosek, że to na zdolności technicznej i zawodowej w/w podmiotu firma Althea Polska będzie opierała się przy wykonywaniu zamówienia. Podwykonawstwo oraz referencje miałyby wskazywać na spełnienie jednego z warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że do każdego wezwania serwisowego, przeglądów i awarii, z zachowaniem umownych czasów reakcji, na miejscu ma się stawić przedstawiciel podwykonawcy Sigil SAS, ponieważ lider firma Althea nie posiada wiedzy ani kompetencji w zakresie przedmiotowego postępowania. W przeciwnym razie posłużył by się referencjami wystawionymi na terenie Polski. Powyższe oznacza, że w razie gdyby okazało się, że czynności związane z przedmiotem zamówienia wykonuje inny podmiot niż Sigil SAS, to tenże byłby w istocie rzeczy jedynie „dawcą

referencji", a takiemu działaniu miała przecież przeciwdziałać ostatnia nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że wykonywanie tychże czynności przez inżynierów z firmy francuskiej potwierdza argument wskazany powyżej, że oferta wykonawcy Althea nie zawiera wszystkich istotnych elementów wyceny takich jak konieczność w kalkulowania w cenę oferty kosztów tłumacza niezbędnego do prawidłowego wypełnienia karty pracy oraz innych dokumentów serwisowych urządzenia. Należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z treścią art. 90 ust 6 - 8 ustawy o wyrobach medycznych Zamawiający jest obowiązany posiadać dokumentację wykonanych instalacji, napraw, konserwacji, działań serwisowych, aktualizacji oprogramowania, przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń i kontroli bezpieczeństwa wyrobu, który wykorzystuje do udzielenia świadczeń zdrowotnych, zawierającą w szczególności daty, wykonania tych czynności, dane podmiotu, który wykonał te czynności, opis, wyniki i uwagi jego dotyczące. Nadto taka dokumentacja winna być przechowywana nie krócej niż przez okres 5 lat od dnia zaprzestania użytkowania wyrobu do udzielania świadczeń zdrowotnych. Zgodnie z treścią art. 71 ust. 2 dokumentacja wyrobu medycznego, takiego jak przedmiot zamówienia, w toku ewentualnej kontroli, powinna być przedłożona w języku polskim lub angielskim, a na żądanie kontrolującego przetłumaczona na język polski. Powyższe oznacza, że niezbędnym kosztem zamówienia po stronie Althea i jej podwykonawcy jest koszt tłumacza. W przeciwnym razie koszt dokonania tłumaczenia zostanie przerzucony na Zamawiającego i stanowić będzie naruszenie cytowanych wyżej przepisów ustawy o wyrobach medycznych. Dodatkowo stwierdził, że podwykonawca firma Sigil SAS nie wykazała w sposób jednoznaczny spełnienia warunku z pkt. 6 ppkt. 3 SIWZ: Za usługi potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający uzna usługi stałej obsługi serwisowej oraz bieżących napraw rezonansu magnetycznego GE Discovery MR450 1,5T świadczone na podstawie umowy zawartej na okres min. 12 miesięcy. W wyjaśnieniach stwierdza się bowiem, że to Sigil MESA świadczy usługi w szpitalu w Paryżu dopiero od 1 stycznia 2016 r. a nie Sigil SAS. Konkludując „zasady udzielania zamówień publicznych - zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, podporządkowane są przede wszystkim celom ustawy Pzp, mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasady te w sposób ustawowy niejako ograniczają się wzajemnie, tj. z jednej strony zamawiający tak winien ukształtować zapisy warunków udziału w postępowaniu, oraz opis przedmiotu zamówienia, aby w sposób nieuzasadniony nie ograniczać dostępu do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z drugiej jednak strony winien kierować się zasadą optymalnego wydatkowania środków publicznych. Sprawia to, iż zamawiający, aby nie wpaść w pułapkę możliwego udzielenia zamówienia podmiotowi niezdolnemu do należytej realizacji zamówienia musi tak rozeznaczyć rynek potencjalnych wykonawców aby «dedykować» zamówienie podmiotom w pełni profesjonalnym (...)» (wyrok KIO 521/13).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności, że nie jest prawdą jakoby wymagania wynikające z ustawy o wyrobach medycznych były pominięte w SIWZ. Podkreślił, że ustawa ta jest przepisem prawa powszechnie obowiązującego o bezwzględny charakterze stąd złożenie deklaracji prawidłowego wykonania zamówienia jest różnicznaczące z uwzględnieniem wszystkich wynikających dla danego przypadku wymagań tej ustawy bez konieczności przywoływania jej poszczególnych przepisów, tak jak nie trzeba przywoływać np. przepisów ustawy o działalności leczniczej w przypadku szpitala, aby miały one zastosowanie do jego działania. Odnosząc się do wskazanego w odwołaniu art. 90 ustawy o wyrobach medycznych stwierdził, że zawarte w nim regulacje nie służą budowaniu monopolu dla dostawcy urządzenia. W szczególności wykazy z art. 90 ust. 3 i ust. 4 nie mają charakteru zamkniętego, a czynności przewidziane w art. 90 ust. 6 nie są dedykowane wyłącznie dla podmiotu wskazanego przez dostawcę urządzenia. W wyjaśnieniach z dnia 05 grudnia 2017 r. Wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. wskazał, że dysponuje niezbędnym zasobem części oraz dokładnie wycenił koszt wykonania zamówienia i wyjaśnił przyjęte do tego podstawy. Odwołujący kwestionując m.in. koszt dojazdu zapewne przeoczył okoliczność, że miejscem,

w którym przebywa inżynier przewidziany do wykonywania usługi jest Poznań, a nie siedziba podwykonawcy we Francji. Wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. nie zanegował tego, że przewidziany do wykonywania usługi inżynier nie będzie wykonywał modyfikacji, podobnie jak i nie zanegował tego, że w ogóle będzie wykonywał naprawy z okoliczności „niewykotowania” każdej pojedynczej czynności inżyniera nie można wywodzić wniosku o jej niewykonywanie i nieobjęcie ofertą.

Stwierdził ponadto, że domagając się wykluczenia wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. Odwołujący wskazał na rzekomą nierealność posłużenia się potencjałami podwykonawcy SIGIL SAS ponownie błędnie koncentrując się na koncepcji realizacji usługi z terytorium Francji i to przy wykorzystaniu inżyniera bez znajomości języka polskiego. Jak już wyżej wskazano w wyjaśnieniach z dnia 05 grudnia 2017 r. wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. zlokalizował realizację usługi poprzez jednostki znajdujące się na terenie Polski tj. w

Poznaniu inżynier, w Mikołowie magazyn. Nie można dostrzegać przeszkód w tym, aby podwykonawca SIGIL SAS posiadał inżyniera w Polsce władającego językiem polskim.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie [Przystępujący lub wykonawca Althea] wnosząc także o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę mogły być wyłącznie - co do ich meritum - zarzuty podniesione w odwołaniu i, które to zarzuty dotyczą zaniechania:

A. Odrzucenia oferty wykonawcy Althea [Przystępujący] oparte na twierdzeniu, że (1) ta oferta jest niezgodna z przepisami ustawy o wyrobach medycznych oraz, że (2) podana w niej cena nie obejmuje modyfikacji określonych w Opisie przedmiotu zamówienia i z tego powodu jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia Althea z dnia 5 grudnia 2017 r. potwierdzają, że cena zaoferowana nie uwzględnia wszystkich elementów usługi, a mianowicie nie uwzględnia kosztów dokonania modyfikacji, a brak tych kosztów świadczy o zaoferowaniu ceny dumpingowej stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

B. Wykluczenia wykonawcy Althea z postępowania oparte na twierdzeniu, że wykonawca ten wskazując w JEDZ oraz w treści oferty, że będzie posługiwał się podwykonawcą na którego zasoby się powołuje, nie przedłożył dla tego podwykonawcy JEDZ oraz nie wskazał i nie udowodnił w jakim zakresie realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu na potrzeby realizacji tego zamówienia.

W pozostałym zakresie zarzuty podniesione w toku rozprawy - zgodnie z regułą ustaloną art. 192 ust.2 ustawy Pzp - zostały przez Izbę pozostawione bez rozpoznania. W myśl wskazanego przepisu Izba uprawniona jest rozstrzygać tylko w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Powyższe dotyczy kondycji finansowej podmiotu trzeciego oraz przedstawienia informacji wprowadzając w błąd Zamawiającego. Okoliczności i dokumenty na które powołał się Odwołujący nie zostały podniesione w odwołaniu. Izba dodatkowo zauważa, że dokumentacja już w dniu 6 grudnia 2017 r. uzupełniona została o dane podmiotu trzeciego (podwykonawcy) co do którego taki zarzut został skierowany w toku rozprawy.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Rozstrzygając o zarzutach we wskazanym zakresie Izba miała na uwadze regułę ustaloną przepisem art. 191 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Stan rzeczy stosownie do ust. 1 tego przepisu ustalany jest po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w postępowaniu przed Izbą i dostatecznym wyjaśnieniu tych okoliczności, na których oparto w odwołaniu zarzuty.

Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w tym Opis Przedmiotu Zamówienia nie wiąże zgodności treści oferty złożonej w tym postępowaniu oraz skutku jej ważności z niespełnieniem wymagań określonych w art. 90 ust. 3 i art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych. Ponadto podnoszony zarzut oparty został przede wszystkim na wątpliwościach Odwołującego. Jak podał w odwołaniu wykonawca te wątpliwości budzi wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w kontekście spełniania przez wykonawcę Althea warunków realizacji zamówienia wynikających wprost z przepisów ustawy o wyrobach medycznych, które jednocześnie (jak podał sam Odwołujący) nie zostały wprost ujęte w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co może istotnie zakłócić przebieg samego postępowania oraz doprowadzić do naruszenia fundamentalnych zasad ustawy - Prawo zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, zarówno na etapie wszczęcia takiego postępowania, jak i na etapie wyboru oferty

najkorzystniejszej lub uznania, która oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący podał, że w jego ocenie oferta wykonawcy Althea nie spełnia wymagań wynikających z treści przepisów tejże ustawy, w tym w szczególności powoływanie się przez Althea na francuskiego podwykonawcę budzi wątpliwości odnośnie spełniania przez tego wykonawcę warunków wynikających z treści:

S art. 90 ust. 3 ustawy - z uwagi na to, że Althea nie wskazuje w swoich wyjaśnieniach, ani w treści oferty że posiada części i materiały zgodne ze wskazaniami wytwórcy;

S art. 90 ust. 4 - z uwagi na to, że ani wykonawca Althea ani jego podwykonawca nie są podmiotami wskazanymi na liście podmiotów upoważnionych do wykonywania niezbędnych autoryzacji; oraz

S art. 90 ust. 6-8 ustawy pod kątem możliwości sporządzenia przez francuskich inżynierów dokumentacji serwisowej w języku polskim niezbędnej również do ewentualnych kontroli.

Izba zwraca uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r. wykonawca Althea jednoznacznie wskazał na magazyn części zlokalizowany w Mikołowie. W tym postępowaniu nie było wymagane, aby podwykonawca był podmiotem wskazanym na liście podmiotów upoważnionych do wykonywania niezbędnych autoryzacji. Także kwestie związane z możliwością sporządzenia przez francuskich inżynierów dokumentacji serwisowej w języku polskim niezbędnej również do ewentualnych kontroli oparte zostały na hipotezie nieznajomości języka polskiego przez personel, pomijając chociażby fakt, że miejscem, w którym ma przebywać inżynier przewidziany do wykonywania usługi jest Poznań, a nie siedziba podwykonawcy we Francji.

Pozostałe zarzuty, związane z przesłankami z art. 89 ust.1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp, a które dotyczą w istocie ceny oferowanej przez wykonawcę Althea, oparte przede wszystkim na argumentacji, że cena ta jest rażąco niska albowiem nie obejmuje wykonywania spornej Modyfikacji określonej w OPZ - także nie zasługują na uwzględnienie.

W wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r. wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. - w zakresie wymaganym wezwaniem Zamawiającego - wskazał, że dysponuje niezbędnym zasobem części oraz dokładnie wyliczył koszt wykonania zamówienia i wyjaśnił przyjęte do tego podstawy. Odwołujący kwestionując m.in. koszt dojazdu pominął okoliczność, że miejscem, jak już wyżej wskazano, w którym będzie przebywał inżynier przewidziany do wykonywania usługi jest Poznań, a nie siedziba podwykonawcy we Francji. Wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. nie negował w ofercie, że przewidziany do wykonywania usługi inżynier będzie wykonywał Modyfikację, podobnie jak i nie negował wykonywania napraw w wymaganym OPZ zakresie. Okoliczność braku złożenia w ofercie odrębnego - nie wymaganego specyfikacją - oświadczenia, co do każdej pojedynczej czynności inżyniera - jak to uczynił Odwołujący dla Modyfikacji - nie może być podstawą wniosku o ich niewykonywanie i nieobjęcie ofertą. Izba także zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że specyfikacja nie wymagała osobnej wyceny, przykładowo dla Modyfikacji. Izba odnośnie Modyfikacji zwraca uwagę, że Zamawiający zdefiniował modyfikację na potrzeby SIMZ wiążąc powyższe z decyzjami producenta, a mianowicie: „Modyfikacje — przeprowadzenie środków zapobiegawczych w celu zwiększenia bezpieczeństwa pracy urządzenia, wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego, wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia.” Opisując z kolei w specyfikacji sposób obliczenia ceny Zamawiający wymagał, aby ceną jednostkową netto była cena zaoferowana przez wykonawcę za 1 miesiąc realizacji usługi. Zakresem usługi objęte jest m. in. dokonywanie Modyfikacji opisanych w OPZ. Zamawiający wymagał podania w sposób zbiorczy wyceny usługi za jeden miesiąc jej realizacji (a zgodnie z OPZ na usługę składa się kilka czynności, w tym m. in. modyfikacje), a zatem nie można na tym etapie dopatrywać się błędu w braku uszczegółowienia składników cenowych przez wykonawcę. Takiego uszczegółowienia nie zawiera również oferta Odwołującego. Oferta wykonawcy Althea nie zawiera żadnego wyłączenia z którego wynikałoby, że wykonawca ten nie wykona całości przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych opisem przedmiotu zamówienia Modyfikacji. Odwołujący - także w toku rozprawy - w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że oferta Przystępującego nie obejmuje swym zakresem całego przedmiotu zamówienia. Przedłożona przez niego kalkulacja jako dowód w sprawie obejmowała kalkulację dla średniej liczby godzin, jaką przyjął także Przystępujący, powołując się na wymagania producenta z Instrukcji urządzenia. Izba dodatkowo zauważa, że również Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny nie wymagał szczegółowego opisu wyceny poszczególnych składników przedmiotu zamówienia, w tym modyfikacji.

Zarzut nieprawidłowego opracowania SIWZ, z uwagi na pozostawienie wykonawcom dowolności w kontekście harmonogramu świadczenia usług serwisowych, jest zarzutem do treści specyfikacji i tym samym jest zarzutem spóźnionym. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że twierdzenia Przystępującego co do zakresu przeglądów i ich liczby (4 przeglądy w roku) przewiduje dokumentacja serwisowa urządzenia, którego użytkownikiem jest Zamawiający, a które będzie serwisowane przez wykonawcę. Ponadto zgodnie ze wzorem umowy, to wykonawca będzie zobowiązany do opracowania takiego harmonogramu. Kwestia nie załączenia do wyjaśnień cennika, wobec przedłożenia kalkulacji w wyjaśnieniach z zastosowaniem cen jednostkowych czyni tę okoliczność jako nieistotny brak wynikający niewątpliwie z omyłki wykonawcy. Izba dodatkowo zauważa, że pozostałe koszty zakładane hipotetycznie przez Odwołującego - tłumacza, zakwaterowania, czy godzin nadliczbowych inżynierów - do poniesienia przez wykonawcę Althea, a nie ujęte w kalkulacji - zostały wyjaśnione przez Przystępującego. Tak jak podał, nie zostały one uwzględnione w cenie oferty Przystępującego, z powodu braku konieczności ich ponoszenia. Inżynierowie (zarówno Polacy jak i Francuzi), którzy będą świadczyć usługi w związku z realizacją przedmiotowej umowy posługują się językiem angielskim. Równocześnie wskazał, że w trakcie przeglądów, napraw i innych czynności, w trakcie realizacji usługi, w których będą uczestniczyć inżynierowie francuscy, zawsze będzie obecny albo inżynier albo technik będący Polakiem. Wszystkie niezbędne wpisy w dokumentacji będą dokonywane w języku polskim. Tak więc, koszty tłumacza nie będą przez Przystępującego ponoszone i dlatego nie zostały uwzględnione ani w cenie oferty, ani w wyjaśnieniach. W zakresie kosztów zakwaterowania i wyżywienia zostały one uwzględnione w kosztach pośrednich ceny oferty. Natomiast co do ewentualnych nadgodzin wskazał, że wszystkie czynności wykonywane przez pracowników Przystępującego i jego podwykonawcę spełniają wymagania przewidziane prawem, w tym prawem pracy znajdującym zastosowanie do danego stosunku zatrudnienia, a każdy pracownik ma zagwarantowany odpowiedni wypoczynek zgodnie z przepisami i tym samym kalkulacja nie musiała uwzględniać kosztów dodatkowych za nadgodziny. W podanych okolicznościach wskazywana przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako podstawa odrzucenia oferty wykonawcy Althea także nie mogła zostać uznana za zasadną, albowiem Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca Althea zaoferował cenę dumpingową dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nie uwzględnienie w cenie oferty kosztów związanych z objętą usługą Modyfikacją.

Odnosnie zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy Althea z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Pzp Izba zgodziła się z Przystępującym, że ust. 2 nie ma w niniejszej sprawie zastosowania, albowiem warunki opisane w tym przepisie, dotyczą możliwości zastrzeżenia ubiegania się o zamówienie wyłącznie zakładów pracy chronionej i innych wskazanych tam podmiotów. Takie warunki nie wynikają z SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 oraz w zw. z art. 25 a ust. 5 pkt 1 Pzp - Izba zwraca uwagę, że wykonawca Althea w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2017 r., w tym samym dniu uzupełnił brakujące oświadczenie JEDZ. Zakres procentowy przedmiotu zamówienia, który Althea Polska sp. z o.o. zamierza podzlecić do wykonania spółce z grupy Althea tj. Althea France SAS. został wskazany w oświadczeniu JEDZ dla tego podwykonawcy w Części IV, sekcji C. w pkt 10. Zakres ten wynosi 40%. Wykonawca Althea także w trakcie rozprawy wyjaśnił różnice w nazwach dla podmiotu, mogące budzić wątpliwości i potwierdził, że podmiotem na zasoby którego powoływał się w toku postępowania, dla którego złożył dokumenty podmiotowe i który będzie podwykonawcą Althea Polska sp. z o.o. jest spółka francuska Althea France SAS. Spółka ta poprzednio nosiła nazwę SIGIL SAS. Na dowód tego przedłożył m.in. uchwałę wspólników zmieniającą nazwę z SIGIL SAS na Althea France SAS oraz ogłoszenie publiczne zamieszczone we francuskim dzienniku ogłoszeń urzędowych "La Semaine" nr 46 z dnia 14 listopada 2017r. Dodatkowo, odnosząc się do kwestii wymienienia

w referencjach z dnia 9 listopada 2017 r. wystawionych przez Necker Enfants Malades

Szpital Uniwersytecki a dotyczących usług serwisowania rezonansu magnetycznego GE Discovery MR450 1.5T IRM jako nazwy podmiotu realizującego usługi SIGIL MESA, wskazał na następujące kwestie; Nazwa SIGIL MESA jest nazwą marketingową, którą posługuje się spółka SIGIL SAS (obecnie Althea France SAS). Grupa MESA jest częścią większej grupy, tj. ALTHEA. MESA była pierwszym nieautoryzowanym rozpoznawalnym na rynku europejskich usług związanych z serwisowaniem urządzeń medycznych podmiotem, dlatego po utworzeniu SIGIL SAS w celu zwiększenia rozpoznawalności wizerunkowej posługiwała się zbiorczą nazwą marketingową SIGIL MESA. Na potwierdzenie przedłożył wydruk ze

strony internetowej SIGIL SAS wraz z tłumaczeniem na język polski. Z wydruku i tłumaczenia wynika bezspornie logo SIGIL i MESA oraz, że SIGIL dołącza do Europejskiej Grupy MESA. Przedłożył także oświadczenie Althea France SAS dotyczące udostępnienia przez ten podmiot na rzecz Althea Polska sp. z o.o. zasobów wiedzy i doświadczenia oraz ogólne zobowiązanie zawarte pomiędzy tymi spółkami a dotyczące współpracy we wszelkich kontraktach związanych z obsługą urządzeń analogicznych do tego, którego serwis jest przedmiotem zamówienia.

Powyższe okoliczności Izba uwzględniła z urzędu, do czego była zobowiązana zgodnie z regułą wynikającą z art. 191 ust. 1 ustawy Pzp w myśl której rozstrzygając o zarzutach musi Izba mieć na uwadze stan rzeczy ustalony na podstawie dowodów w toku postępowania odwoławczego. Izba w tym miejscu stwierdza, że pominęła dowód przedkładany przez odwołującego, albowiem powołany przez niego wydruk ze strony internetowej w języku angielskim został przedłożony bez jego tłumaczenia, co jest wymagane § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014, poz. 964 ze zm.). Tym samym zarzut dotyczący braku wykazania przez Wykonawcę Althea spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z art. 22 ust. 1 oraz art. 25a ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 138r ustawy Pzp podlegał oddaleniu ze względów formalnych, albowiem ten przepis dotyczy postępowań, w których przedmiotem zamówienia są usługi społeczne i inne szczególne usługi. Przedmiot zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie jest taką usługą.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).