

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę IntraOp

Europe GmbH w Dusseldorfie (Niemcy) w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie

przy udziale wykonawcy TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającemu - Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IntraOp Europe GmbH w Dusseldorfie (Niemcy) tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie na rzecz TMS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt: KIO 1532/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatu do radioterapii śródoperacyjnej wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwaną dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 sierpnia 2018 roku wykonawca IntraOp Europe GmbH w Dusseldorfie (Niemcy) - dalej: odwołujący - wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez trzykrotne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia z uwagi na rażąco niską cenę, po raz ostatni 16 lipca 2018 roku, a zatem po wyroku KIO z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt: KIO 1253/18, dotyczącego niniejszego zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez brak odrzucenia oferty TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także: TMS lub przystępujący), jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty TMS ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w ustawie P.z.p., w szczególności uczciwej konkurencji;
- 4) zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964) oraz rozporządzeniem 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).

Odwołujący wniósł o dołączenie do akt niniejszego postępowania akt postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO 1253/18 zakończonego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 roku, dotyczącego tego samego zamówienia, celem wzięcia pod uwagę przez KIO faktów znanych KIO z urzędu w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy P.z.p., wynikających z akt ww. postępowania, w szczególności w zakresie treści odwołania odwołującego z 25 czerwca 2018 r. i dowodów przedstawionych przez odwołującego w ww. odwołaniu na okoliczność, że oferta TMS zawiera rażąco niską cenę, co czyni koniecznym jej odrzucenie, treści oferty TMS i odwołującego.

Odwołujący podniósł, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i spełnia

wszystkie wymogi zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). W świetle kryteriów określonych w s.i.w.z. oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez odwołującego poprzez wybór oferty TMS naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz utratę wynikającego stąd przychodu.

W zakresie zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, że wykonawca TMS w toku postępowania podzielonego na dwa etapy, tj. składania ofert oraz aukcji elektronicznej złożył ofertę z ceną: 6 278 661,00 zł brutto, którą w wyniku aukcji elektronicznej obniżył na 3 280 000,00 zł brutto, która stanowi zaledwie 52,24% pierwotnie zaoferowanej ceny oraz 51,30% kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Co więcej, stanowi ona zaledwie 51,36% szacunkowej całkowitej wartości zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. zwrócił się o wyjaśnienie (w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny tj. czy w ofercie TMS nie znajduje się rażąco niska cena lub jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Pismem z dnia 27 czerwca 2018 roku zamawiający zwrócił się o drugie wyjaśnienie prosząc o poszerzenie zakresu informacji przekazanych zamawiającemu, precyzując zakres oczekiwanego poszerzenia.

Wreszcie pismem z dnia 16 lipca 2018 roku Zamawiający zwrócił się po raz trzeci o wyjaśnienia, w sposób nieuprawniony motywując to kolejne żądanie wyrokiem KIO z 9.07.2018, z którego zdaniem Zamawiającego miałyby wynikać zalecenia dla Zamawiającego, co do dalszego postępowania (...).

Odwołujący podniósł, że trzykrotne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia potwierdza, że postępowanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z 28.4.2017 r. sygn. akt: KIO 686/17 KIO, wyrok z dnia 4 grudnia 2017 roku, sygn. akt: KIO 2411/17 i inne.

Odwołujący stwierdził, że zwrócenie się po raz trzeci o wyjaśnienia dowodzi, że TMS sp. z o.o. nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nadto zwracanie się po raz trzeci o wyjaśnienia dowodzi, że celem zamawiającego było poszukiwanie uzasadnienia dla nie odrzucania oferty TMS, która z uwagi na rażąco niską cenę powinna zostać odrzucona. Tym samym, swoim działaniem zmierzającym do poszukiwania takiego uzasadnienia, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., albowiem tego rodzaju działanie jest nie do pogodzenia z obowiązującą zamawiającego wynikającą z tego przepisu zasadą proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu nie było uzasadnienia do zwracania się po raz trzeci o wyjaśnienia i nie wynikało to z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18, zatem na skutek zwrócenia się przez Zamawiającego po raz trzeci o wyjaśnienia doszło do naruszenia wskazanych na wstępie przepisów oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w sposób, który ma wpływ na wynik postępowania oraz naruszający interes odwołującego.

W zakresie zarzutu drugiego odwołujący podtrzymał przedstawione w odwołaniu z dnia z dnia 25 czerwca 2018 roku i załącznikach do niego w sprawie KIO 1253/18 zakończoną wyrokiem z 9 lipca 2018 roku stanowisko i argumentację przemawiającą za koniecznością odrzucenia oferty TMS sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę. Treść trzecich już wyjaśnień TMS, z 18 lipca 2018 roku, potwierdza, że oferta TMS zawiera rażąco niską cenę, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., czego zamawiający błędnie nie uczynił, a nie jej wyborem.

Odwołujący wskazał, że trzecie wyjaśnienie TMS, z dnia 18 lipca 2018 roku, wbrew zawartemu w nich oświadczeniu, nie zawiera żadnych „dowodów”, w tym dowodów na to, że

cena nie jest rażąco niska. Wbrew zawartemu w nich oświadczeniu, nie zawierają też „szczegółowej kalkulacji cenotwórczej”. Jest ono ogólnikowe i nierzeczowe, albowiem nie zawierające wskazania podstaw kalkulacji oferty. Najistotniejszą pozycją w niniejszym postępowaniu jest niewątpliwie sprzęt. Jednak koszt sprzętu nie jest wskazany, albowiem wskazana w wyjaśnieniach pozycja „koszt sprzętu” zawiera też „koszt wyposażenia dodatkowego, transportu, ubezpieczenia na czas transportu, instalacji, marży minimalnej”. Cena, czy też koszt nabycia przez TMS samego urządzenia (akceleratora), nie została przez TMS wskazana.

W ocenie odwołującego, eksponowane przez TMS czynniki, które miały wpływ na wysokość kosztu serwisu i dostawy o tyle są bez znaczenia, że zasadniczym kosztem jest koszt sprzętu, a nie jego serwisu wynoszący jedynie 21.168 zł brutto czy dostawy, który też jest nieznan. Tym niemniej i niezależnie od powyższego czynniki są wskazane ogólnikowo. Okoliczność, że system mieści się w windzie jest bez znaczenia, nie wiadomo jak ma wpływać na cenę. To samo dotyczy posiadania rzekomo najlepszych w swojej klasie rozwiązań. Jak wskazano, koszty serwisu są znikome, więc akcentowanie czynników składających się na serwis jest bez znaczenia. Twierdzenia zaś o systemie polityki jakości są zbiorem gołosłownych deklaracji nie wskazujących jak się ona przekłada na cenę, a przede wszystkim bez znaczenia, albowiem zasadniczym czynnikiem cenotwórczym jest w tym postępowaniu cena urządzenia, a TMS urządzenie kupuje od producenta, ale nie wskazuje wysokości tej ceny. Opisywana przez TMS polityka jakości nie zawiera wyliczenia jej wpływu na wysokość oferty, zatem jest bez znaczenia.

W zakresie dotyczącym czynu nieuczciwej konkurencji, odwołujący podniósł, że eksponowany przez TMS już w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 roku fakt pozostawiania wyłącznym dystrybutorem na Polskę sprzętu Sordina IORT Technologie S.p.A, co ma umożliwić TMS złożenie przedmiotowej oferty, uzasadnia zarzut dopuszczenia się przez TMS czynu nieuczciwej konkurencji. Fakt pozostawiania wyłącznym dystrybutorem na Polskę sprzętu Sordina IORT Technologie S.p.A. oznacza, że pomiędzy tą spółką a TMS zostało zawarte zakazane porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, które z mocy art. 6 ust. 2 jest nieważne, zatem nie może być podstawą czy uzasadnieniem dla złożenia przez TMS. przedmiotowej oferty. Skutkiem bowiem takiego porozumienia jest - jak wskazuje TMS - bardzo atrakcyjna polityka cenowa z uwagi na fakt, iż jest jedynym dystrybutorem sprzętu S.I.T. - Sordina IORT Technologies S.p.A. Jednak ta atrakcyjna polityka cenowa wynika z faktu, że włoski producent sprzętu nie może go sprzedać na rynek polski innemu podmiotowi niż TMS, co oznacza, że TMS ma znaczący wpływ na cenę za jaką kupuje sprzęt od producenta, albowiem ma świadomość, że na rynku polskim producent tego sprzętu nie sprzeda go innemu podmiotowi niż TMS. TMS dyktuje zatem producentowi warunki zakupu, ograniczając tym samym wejście na polski rynek innym podmiotom. Powyższe narusza konkurencję na rynku właściwym, a zatem w Polsce, albowiem na skutek istnienia tego rodzaju porozumienia pomiędzy TMS a producentem sprzętu Sordina IORT Technologie S.p.A. TMS może oferować rażąco niskie ceny, których by nie mógł oferować, gdyby nie był jedynym podmiotem w Polsce, który może od producenta włoskiego kupić taki sprzęt. Z tego względu oferta TMS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem jest złożona na skutek zawarcia przez TMS porozumienia z włoskim producentem sprzętu, zapewniającego TMS wyłączność na polskim rynku, a tym samym kontrolę zbytu i podział rynków zbytu. Z oczywistych względów czyn ten narusza interes odwołującego albowiem odwołujący nie jest związany z innym podmiotem tego rodzaju porozumieniami, pozwalającymi mu w ten sposób wpływać na cenę oferowanego urządzenia, przez co oferta TMS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji gdyż utrudnia odwołującemu dostęp do rynku na skutek jej złożenia wobec zawarcia przez TMS z włoskim producentem nieważnego porozumienia. Z tych względów oferta TMS podlega odrzuceniu na podstawie 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 sierpnia 2018 roku, doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2018 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie odwołującego kosztami odwołania,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z przedstawionymi na rozprawie dokumentami księgowymi.

Zamawiający podkreślił, że na etapie przygotowywania przedmiotowego postępowania przetargowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, zwrócił się do odwołującego i przystępującego jako jedynych znanych mu podmiotów mających możliwość realizacji i wskazania wartości przedmiotowego zamówienia, celem określenia szacunkowej wartości zamówienia. W związku z powyższym szacunkowa całkowita wartość zamówienia określona została na kwotę 5 913 143,63 zł netto (ok. 6 386 195 zł brutto). Ostatecznie zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 6 394 000,00 zł brutto. Kwota szacunkowej wartości zamówienia była wynikiem odpowiedzi udzielonych przez odwołującego i przystępującego. Mając na uwadze, iż odwołujący i przystępujący są podmiotami profesjonalnie działającymi na rynku, aktywnie uczestniczącymi w postępowaniach przetargowych, zmierzającymi do uzyskania zysku, z wysokim prawdopodobieństwem można stwierdzić, iż wskazane przez spółki ceny uwzględniały margines na obniżenie ceny i z całą pewnością nie stanowiły minimalnej kwoty pozwalającej na realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podniósł, że pismami z dnia 7 czerwca 2018 roku oraz 26 czerwca 2018 roku wezwał wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień. Zaznaczył, iż ostateczna cena zaoferowana przystępującego jest wyższa niż oferta odwołującego, w związku z czym cena całkowita oferty nie jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W odpowiedzi na ww. wezwania zamawiający otrzymał wyczerpujące odpowiedzi przystępującego, które ze względów obiektywnych nie budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący w udzielonych odpowiedziach powołał się na okoliczności, które wskazują na możliwość prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący odwołał się do własnego zaplecza technicznego, systemu zarządzania jakością usprawniającego organizację pracy, posługiwanie się własnymi pracownikami przy realizacji przedmiotu zamówienia co w sposób oczywisty i nie wymagający dodatkowych wyjaśnień pozwala na obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Naddo przystępujący wskazał na warunki techniczne oferowanego sprzętu tj. na mobilność sprzętu co czyni wszystkie czynności związane z jego transportem i instalacją znacznie prostszymi i tańszymi. TMS wykonuje samodzielnie dostawę, instalację i usługi serwisowe oraz gwarancyjne. Posługiwanie się przez wykonawcę własnym zasobem osobowym znacznie ogranicza koszty i pozwala uniknąć marży naliczanej przez podwykonawców. Na potwierdzenie powyższego TMS przedłożyła szereg dokumentów stanowiących załączniki do pisma z dnia 11 czerwca 2018 roku (tj. oświadczenie producenta sprzętu — S.I.T.-Sordina IORT Technologies S.p.A., Certyfikat ISO 9001:2008).

Zamawiający stwierdził, że w piśmie z dnia 2 lipca 2018 roku przystępujący wskazał dalsze okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Poinformował, że dokonując ocen złożonych przez wykonawców wyjaśnień, brał pod uwagę zarówno ceny zaoferowane przez przystępującego, jak i odwołującego, co w opinii zamawiającego nie wskazywało na zaoferowanie przez przystępującego ceny rażąco niskiej nie pozwalającej na realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia złożone przez spełniały w opinii zamawiającego wymogi określone ustawą P.z.p., a co za tym idzie zamawiający nie poddawał w wątpliwość, iż wskazana cena za realizację zamówienia została określona sposobem rzetelny i wiarygodny oraz jest realna i nie powoduje obawy co do możliwości poprawnej realizacji zamówienia. Trzecie wezwanie do udzielenia wyjaśnień skierowane do przystępującego spowodowane było daleko idącą ostrożnością oraz sui generis interpretacją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 roku, wydanego w postępowaniu prowadzonym pod sygn. KIO 1253/18. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający ocenił, że mimo braku ofert cenowych, przystępujący nie uchylił się od obowiązku wskazania na czynniki korzystne dla niego kształtujące cenę i fakt istnienia tych czynników udowodnił. Tym samym, w ocenie Izby nie można uznać złożonych wyjaśnień za niezłożone, gdyż odnoszą się do rzeczywistej okoliczności, która może mieć wpływ na cenę, jak również udowadniają istnienie tej okoliczności. Zamawiający kierował się twierdzeniem zawartym w uzasadnieniu wyroku wskazującym, iż zaistniała podstawa do ustalenia przez zamawiającego brakujących okoliczności w trybie wezwania do uzupełniających wyjaśnień w zakresie kosztów dostawy jak i serwisu.

Zamawiający stwierdził, że ostrożność zamawiającego wynika również z niebagatelnych dla zamawiającego kwot występujących w przedmiotowym postępowaniu. Ze względu na stan finansowy szpitala wszelkie środki muszą być wydatkowane ze szczególną rozwagą. Wobec powyższego zarzut wykonawcy sprowadza się w zasadzie w tym zakresie do kwestionowania wykazanej przez zamawiającego dbałości o budżet jednostki oraz prawidłowości wydatkowania środków finansowych pozostających w jego dyspozycji.

Zamawiający zauważył, że przystępujący jest wieloletnim kontrahentem Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, na podstawie czego wyrazić można opinię, iż jest on rzetelnym wykonawcą i dotychczasowa współpraca nie rzutuje negatywnie na wiarygodność udzielonych wyjaśnień. Bezzasadnym pozostaje zatem twierdzenie odwołującego jakoby na skutek trzeciego wezwania do wyjaśnień (pisma zamawiającego z dnia 16 lipca 2018 roku) doszło do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców. Zauważyć należy, iż Zamawiający zwrócił się do obu wykonawców wskazując jednoznacznie, iż podjęta czynność była wynikiem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 roku. W piśmie z dnia 18 lipca 2018 roku, które stanowiło odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, o którym mowa wyżej, przystępujący wskazał kalkulację cenową. W opinii zamawiającego, przystępujący na każdym etapie postępowania wywiązywał się z ciążącego na nim obowiązku udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazując obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty, W przedmiotowym stanie faktycznym nie sposób określić w jaki sposób czynność podjęta przez zamawiającego, miałyby skutkować uprzywilejowaniem któregośkolwiek z podmiotów.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa całkowita wartość zamówienia określona została na kwotę 5 913 143,63 zł netto (ok. 6 386 195 zł brutto). Na realizację przedmiotu zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 6 394 000,00 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu składanie ofert podzielone zostało na dwa etapy tj ..

- 1 I Etap składanie ofert.
- 2 II Etap — aukcja elektroniczna

W postępowaniu złożono dwie oferty: ofertę odwołującego i ofertę przystępującego. Odwołujący złożył ofertę z ceną opiewającą na kwotę 6 136 982,70 zł brutto, z kolei cena oferty złożonej przez przystępującego wynosiła 6 278 661 zł brutto.

W efekcie przeprowadzonej na II etapie aukcji elektronicznej ceny ofert kształtowały się następująco:

- Cena oferty odwołującego: 3 075 000,00 zł brutto,
- Cena oferty przystępującego: 3 287 011,0 zł brutto.

W dniu 7 czerwca 2018r. zamawiający wezwał TMS i odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień z przytoczeniem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

W dniu 11 czerwca 2018r. TMS odpowiedział, że postępowanie było dwuetapowe za zastosowaniem aukcji elektronicznej. Na I etapie złożono dwie oferty : TMS z ceną 6 278 661 i odwołującego z ceną 6 163 982,70 zł brutto. W II etapie ceny ukształtowały się następująco: odwołujący brutto 3 075 000zł. (cena oszacowana na podstawie matematycznej kalkulacji) i TMS 3 287 011,00 brutto. Pierwotna cena TMS uwzględniała margines na obniżenie ceny w toku licytacji. Przystąpienia firm były symetryczne, o czym świadczy analiza historii postąpień. Ostateczna cena TMS jest wyższa niż odwołującego i stanowi bilans sprzyjających warunków cenotwórczych wykonania zamówienia:

1. posiadania własnego zaplecza technicznego,
2. posiadania wprowadzonego systemu zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na wzrost wydajności pracy pracowników, co przekłada się na obniżenie kosztów pracy. Wykonawca jest jedynym dystrybutorem sprzętu S.I.T. - Sordina IORT Technologies S.p.A na Polskę, co powoduje, że wykonawca samodzielnie kształtuje swoją politykę cenową, a nadto znacznie obniża koszty przez unikanie konieczności korzystania z pośrednictwa innych podmiotów, co ma miejsce w przypadku większości podmiotów z branży.
3. Zatrudnianiu własnych pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od

stawek dyktowanych przez podmioty zewnętrzne i w ten sposób zmniejszaniu kosztów prac w stosunku do kwot ogólnie przyjętych za tego rodzaju zamówienia, Pracownicy wykonawcy TMS Sp. z o.o. są osobami wyszkolonymi, zapewniającymi wykonawcy własny potencjał w wykonaniu zobowiązania w zakresie serwisu, w tym radioterapii

śródooperacyjnej. Uprawnienia i doświadczenie tych pracowników potwierdzone są stosownymi certyfikatami oraz szkoleniami, W konsekwencji wykonawca TMS Sp. z o.o. nie musi korzystać z potencjału innych podmiotów w tym zakresie. Pracownicy otrzymują wynagrodzenie przekraczające minimalne stawki wynagrodzenia wymagane w określonych przepisach prawa.

4. Zaoferowaniu produktu nowego nierekondycjonowanego. Oferowany przez wykonawcę TMS Sp. o.o. przedmiot zamówienia - aparat do terapii śródooperacyjnej LIAC HWL 12 MeV -przez zaawansowane technologicznie rozwiązania producenta jest oferowany w cenie konkurencyjnej w stosunku do podobnych sprzętów tego typu innych wykonawców. Rozwiązania wykorzystywane w oferowanym systemie wpływają również w sposób istotny na skrócenie czasu instalacji, co przekłada się bezpośrednio na zredukowanie kosztów instalacji.

5. Wykonawca wykonuje samodzielnie dostawę, instalację usługi serwisowe i gwarancyjne oferowanego przez siebie sprzętu- i posiada stosowne certyfikaty i pełnomocnictwa na wyłączne świadczenie takich usług na terenie Polski. W konsekwencji koszt oferowanego przez wykonawcę TMS Sp. o.o. sprzętu jest atrakcyjny cenowo, ponieważ nie zawiera dodatkowych kosztów. TMS Sp. z o.o. korzysta również z bardzo atrakcyjnej polityki cenowej, z uwagi na fakt, iż jest jedynym dystrybutorem sprzętu S.I.T. Sordina IORT Technologies SprA., i autoryzowanym przedstawicielem S.I.T. - Sordina IORT Technologies S.p.A., w Polsce. W konsekwencji koszt serwisu skalkulowany w cenie zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, nie zawiera dodatkowych kosztów podwykonawców lub pośredników, bowiem wykonawca TMS Sp. o.o. kosztów takich nie ponosi, posługując się wyłącznie własnym potencjałem lub współpracując bezpośrednio z producentem. Wykonawca podnosi, iż pracownicy wykonawcy posiadają stosowną wiedzę oraz doświadczenie poparte szkoleniami i certyfikatami uzyskanymi od S.I.T. - Sordina IORT Technologies S.p.A., a w konsekwencji mają możliwość wykonania wszelkich prac i czynności serwisowych samodzielnie, w ramach zatrudnienia u wykonawcy, bez konieczności posługiwania się podmiotami zewnętrznymi lub prowadzenia konsultacji lub współpracy z przedstawicielami producenta lub pośrednika.

Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę TMS Sp. o.o. konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie TMS oświadczył, że cena brutto oferty zawiera wszelkie niezbędne koszty realizacji zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez zamawiającego oraz uwzględnia marżę zapewniającą wykonawcy, firmie TMS Sp. z o.o. minimalny zysk na poziomie 7%, jak również ustawowe stawki VAT.

Wykonawca TMS Sp. o.o. wskazał również, że cena wskazana w ofercie nie przekracza progu 30%, o którym mowa w przepisie art. 90 ust 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jest wyższa niż ostateczna oferta drugiego wykonawcy, co w konsekwencji dowodzi, że cena ta jest rzeczywista i mieszcząca się w rozsądnych granicach, umożliwiających wykonanie zobowiązania. TMS Sp. z o.o.

Do wyjaśnień TMS załączył oświadczenie firmy Sordina IORT, że TMS jest jej wyłącznym dystrybutorem i autoryzowanym serwisem na Polskę. Złożył także certyfikat ISO 9001:2008.

Zamawiający sporządził notatkę służbową, z której wynika, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez obu wykonawców, uznał je za wiarygodne i wiążące. Obaj wykonawcy zakończyli licytację elektroniczną na podobnym pułapie cenowym, co dodatkowo uwiarygadnia zaoferowane ostatecznie kwoty i faktyczną wartość sprzętu. Ponadto obaj wykonawcy w wiarygodny sposób uzasadnili i przedstawili dodatkowe okoliczności wpływające na zaproponowaną cenę, które zamawiający uznał za racjonalne i pozwalające na realizację zamówienia w sposób opisany w s.i.w.z. Na wyniki aukcji wpływ miała także s.i.w.z., która w sposób równy i obiektywny dopuściła obie dostępne na rynku technologie, przez co zmuszono wykonawców do konkurowania zwłaszcza w kryterium cenowym.

W dniu 14 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

W dniu 25 czerwca 2018 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., przez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty przystępującego ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę;
- 3) nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w ustawie, w szczególności uczciwej konkurencji;
- 4) zwrot kosztów postępowania.

W dniu 27 czerwca 2018r. zamawiający zwrócił się do przystępującego pismem o następującej treści:

„W związku z udzielonymi przez Państwa wyjaśnieniami w zakresie zaistnienia w Państwa ofercie przesłanek określonych w art. 90 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych proszę o poszerzenie zakresu informacji przekazanych Zamawiającemu. Proszę o złożenie wyjaśnień w zakresie podstaw kalkulacji kosztów w celu potwierdzenia, że zaoferowana w trakcie aukcji elektronicznej cena nie jest rażąco niska a obniżenie ceny w stosunku do ceny wyjściowej pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem Zamawiającego. Proszę szczegółowo wykazać czynniki wpływające na obliczenie zaoferowanej ceny.

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek oszacowana przed wszczęciem postępowania m.in. na podstawie Państwa oferty różni się w znaczący sposób od ceny zaproponowanej przez Państwa w trakcie aukcji. Tak znaczące obniżenie przez Państwa ceny w stosunku do wartości szacunkowej, powoduje, że w stosunku do zaoferowanej w postępowaniu ceny zachodzi domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny. Proszę o przedstawienie czynników wpływających na zmniejszenie zaoferowanej ceny od momentu oszacowania dokonanego przez zamawiającego do momentu złożenia przez Państwa oferty w trakcie aukcji elektronicznej.”

W dniu 29 czerwca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że w dniu 27 maja 2018r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z wnioskiem odwołującego. Zamawiający w toku postępowania przetargowego wezwał TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i IntraOp Europe GmbH do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Złożone wyjaśnienia zdaniem zamawiającego nie mogą prowadzić do jednoznacznego wniosku, że zaoferowana przez firmę TMS cena zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia nie są wystarczające i wymagają sprecyzowania.

Pismem z dnia 2 lipca 2018 roku przystępujący poinformował, że cena złożonej oferty na dostawę aparatu do radioterapii śródoperacyjnej wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu, jest ceną gwarantującą należyte wykonanie dostawy zgodnie z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z. Wyjaśnił, że kalkulację kosztów oparto na:

- cenie aparatu do radioterapii cenie wyposażenia - cenie serwisu
- cenie dostawy, montażu, ubezpieczenia etc.

Przystępujący wyjaśnił, że cena zaoferowana w trakcie aukcji elektronicznej nie jest rażąco niska, a jej obniżenie w stosunku do ceny wyjściowej pozwala na wykonanie zamówienia, zgodnie z opisem zamawiającego. Pokrywa ona wszystkie koszty tj.: koszt aparatu, wyposażenia dodatkowego, dostawy, instalacji, uruchomienia i szkoleń, a także deinstalacji/ demontażu, przeniesienia, ponownej instalacji/montażu i uruchomienia sprzętu w

nowej siedzibie zamawiającego (w szczególności transportu, ubezpieczenia na czas transportu, prac adaptacyjnych, oraz zawiera zysk).

Przystępujący poinformował, że czynnikami wpływającymi na obliczenie zaoferowanej ceny jest między innymi fakt, że :

- zaoferowany aparat do radioterapii posiada najlepsze w swojej klasie rozwiązania technologiczne dla IOeRT.
- Zaoferowany aparat do radioterapii posiada oryginalny projekt, dzięki czemu oferuje niezwykle możliwości, przy kompaktowych gabarytach.
- Zaoferowany aparat do radioterapii posiada część jezdną, ważącą 570 kg, co przekłada się na niezwykle niskie koszty transportu, oraz bardzo niskie koszty całego procesu związanego z dostawą i instalacją System mieści się w windzie, nie wymaga dodatkowych skomplikowanych instalacji czy adaptacji pomieszczeń. Obsługa realizacji zamówienia nie wymaga nakładu pracy wielu osób, co również znacząco obniża cenę ofertową. Firma TMS Sp. z o.o. dysponuje własną flotą samochodową wyspecjalizowanym personelem, własnym zapleczem technicznym i logistycznym. Firma posiada własne środki finansowe na realizację przedmiotu zamówienia.

Przystępujący podkreślił, że ze względu na wybraną przez zamawiającego procedurę zakupu- aukcja elektroniczna, pierwotna cena uwzględniała wartość zamówienia określoną przez Zamawiającego w ogłoszeniu. Natomiast nie była to cena ostateczna i przewidywała duży margines. Biorąc pod uwagę powyższe, firma TMS SP, z o.o. posiada dostępne wyjątkowo sprzyjające warunki do wykonywania zamówienia, nie może być mowy o rażąco niskiej cenie w przypadku oferty TMS Sp. z o.o.

W dniu 3 lipca 2018r. zamawiający doprecyzował odpowiedź na odwołanie w ten sposób, że oświadczył, iż uwzględnił w części zarzuty odwołania tj. w zakresie wniosku odwołującego o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający wskazał, że wnioski zawarte w pkt. 2 i 3 odwołania pozostają bezprzedmiotowe wobec powtórzenia przez zamawiającego w dniu 27 czerwca 2018r. czynności wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej.

Na rozprawie zamawiający doprecyzował, że uwzględnia zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 i 7 ust. 1 ustawy w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

W wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku sygn. akt KIO 1253/18 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej i naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, przez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę został częściowo tj. w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy uwzględniony przez zamawiającego i uwzględnieniu temu przystępujący się nie sprzeciwiał. Tym samym zarzut w tej części nie podlegał rozpoznaniu, a Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie. Izba ustaliła, że zamawiający uznał wyjaśnienia przystępującego i odwołującego za nieświadczące o istnieniu ceny rażąco niskiej, jednak na skutek wniesionego odwołania ponowił czynność badania obu ofert i wezwał przystępującego i odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień. Tym samym na moment orzekania czynność badania ofert nie została zakończona, a oferta przystępującego nie została oceniona. Biorąc pod uwagę treść art. 191 ust. 2 ustawy, Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Jednocześnie, zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku. Natomiast nie istnieją przepisy ustawy, które nakazywałyby zamawiającemu powstrzymać się z dokonywaniem innych czynności w postępowaniu czy też dokonywaniem czynności zaniechanych, czy wreszcie powtarzaniem czynności dokonanych wadliwie. W niniejszej sprawie zatem stan rzeczy ustalony w toku postępowania jest taki, że zamawiający nie zakończył badania ofert i nie przesądził o ich skuteczności. Tym samym nie można na moment orzekania rozważać zaniechania zamawiającego, gdyż na obecnym etapie nie ma ono miejsca. Izba odnosząc się merytorycznie do postawionego zarzutu oceniła, że na rozprawie przystępujący w zdaniu końcowym stwierdził, że wypracowane w ostatnim roku warunki współpracy z firmą Sordina IORT, w tym marże i udzielane opusty pozwoliły przystępującemu na zaoferowanie ceny, z którą zakończył aukcję elektroniczną. Jednocześnie

jako wyjątkowo sprzyjające przystępującemu okoliczności przystępujący podał fakt, iż jest wyłącznym dystrybutorem i autoryzowanym serwisantem Sordina na rynek Polski. Fakt ten przez przystępującego został udowodniony przez złożenie oświadczenia przez producenta potwierdzającego tę okoliczność. Faktem jest, że przystępujący nie przedłożył jakiegokolwiek oferty cenowej od Sordina na zaoferowany sprzęt, ani kalkulacji kosztów serwisu, tym samym niemożliwe było stwierdzenie, czy rzeczywiście warunki współpracy pozwalają przystępującemu na realne zaoferowanie ceny. Niemniej jednak zamawiający prawidłowo ocenił, że mimo braku ofert cenowych, przystępujący nie uchylił się od obowiązku wskazania na czynniki korzystne dla niego kształtujące cenę i fakt istnienia tych czynników udowodnił. Tym samym w ocenie Izby nie można uznać złożonych wyjaśnień za niezłożone, gdyż odnoszą się do rzeczywistej okoliczności, która może mieć wpływ na cenę, jak również udowadniają istnienie tej okoliczności. Tym samym w ocenie Izby słusznie zamawiający doszedł do przekonania, że konieczne jest ustalenie, w jaki sposób korzystna dla przystępującego okoliczność przekłada się na wysokość zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby wyjaśnienia w tym zakresie nie są gołosłowne, ale niepełne. Tym samym zaistniała podstawa do ustalenia przez zamawiającego brakujących okoliczności w trybie wezwania do uzupełniających wyjaśnień tak w zakresie kosztów dostawy, jak i serwisu. Analogiczna sytuacja dotyczy ponoszonych przez przystępującego kwestii organizacyjnych związanych z działalnością przystępującego. W tym przypadku także przystępujący wskazał na to, że korzystną dla niego okolicznością jest wprowadzenie systemu pozwalającego na usprawnienie organizacji pracy w sposób pozwalający na wzrost wydajności pracy pracowników. Okoliczność wdrożenia tego systemu także udowodnił składając certyfikat ISO i podobnie jak w pierwszym analizowanym przypadku nie wykazał, jakiego rzędu oszczędności osiąga w związku z przeprowadzonym wdrożeniem. Ponownie zatem Izba doszła do przekonania, że odwołującego twierdzenia o posiadaniu systemu zarządzania jakością nie były gołosłowne i mogły się przekładać na cenę, ale przystępujący nie wykazał w jaki sposób następuje to przełożenie. Tym samym ponownie należało uznać, że wyjaśnienia zostały złożone, ale są niepełne. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo ocenił, że wyjaśnienia zostały złożone, choć nieprawidłowo ocenił na moment wnoszenia odwołania, że są one wyczerpujące. Tym samym na datę podejmowania czynności przez zamawiającego nie można było uznać, że ofertę przystępującego należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy. Obecnie jednak taka konstatacja nie ma znaczenia dla wyniku postępowania, który został uchylony przez zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę odwołanie należało oddalić.

W dniu 16 lipca 2018 roku zamawiający wysłał do przystępującego pismo następującej

treści:

„W związku z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.07.2018 r. oraz zwartych w nim zaleceń dla Zamawiającego, co do dalszego postępowania w zakresie oceny zaistnienia w Państwa ofercie przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, proszę o udzielenie uzupełniających wyjaśnień (również o złożenie dowodów), dotyczących wyliczenia ceny, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenotwórczej wraz z czynnikami mającymi wpływ na jej wysokość, w szczególności w zakresie:

- kosztów dostawy;
- kosztów serwisu;
- kwestii organizacyjnych związanych z prowadzoną działalnością w tym wprowadzenia systemu pozwalającego na usprawnienie organizacji pracy w sposób pozwalający na wzrost wydajności pracy pracowników (...)

Brak wyjaśnień w terminie lub dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzająca, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem Państwa oferty.”

Analogiczne pismo zamawiający skierował do odwołującego.

Pismem z dnia 17 lipca 2018 roku odwołujący oświadczył, że w całości podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w wyjaśnieniach, a nadto (mimo, że KIO w wyroku z dnia 09072018 r. nie zajmowała się ofertą wykonawcy, lecz ofertą TMS sp. z o.o.) uzupełniając wskazał, że stabilna sytuacja finansowa wykonawcy pozwala mu na pewną elastyczność w zakresie oferowanych cen.

Odwołujący wskazał, że wbrew stanowisku zawartemu w piśmie zamawiającego, KIO nic sformułowała zaleceń wobec zamawiającego odnośnie dalszego postępowania. KIO zajęła jedynie stanowisko, że słusznie zamawiający doszedł do przekonania, że konieczne były dalsze wyjaśnienia. Sto wezwanie wykonawców do drugich wyjaśnień.

W ocenie odwołującego, nie sposób odczytywać wyroku KIO jako przyzwolenie o

zwracanie się o trzecie już wyjaśnienia co do ceny zaoferowanej przez wykonawców. Przeciwnie, wyrok KIO zawierał wskazówki co do oceny drugich wyjaśnień złożonych przez wykonawców.

Odwolujący wskazał, że drugie wyjaśnienia, które złożył przystępujący mają ponownie charakter ogólnikowy, nie zostały udowodnione, są niekompletne i (również w kontekście wyroku KIO z dnia 09.07.2018 r.) powinny skutkować odrzuceniem oferty TMS sp. z o.o., o co odwołujący wniósł.

Odwolujący stwierdził, aktualne postępowanie zamawiającego narusza art. 7 ust. ustawy P.z.p., zgodnie z którym „zamawiający przygotowuje przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia sposób zapewniający zachowanie oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności przejrzystości”. Jeżeli bowiem przyjąć, że wyjaśnienia zostały w ogóle złożone, jednakże „były niepełne to uprawnione mogło być wezwanie wykonawców do drugich wyjaśnień co - jak wskazała KIO - zamawiający uczynił. Aktualnie zamawiający winien ocenić drugie wyjaśnienia, a nie zwracać się o trzecie. Słusznie bowiem przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że zwracanie się o wyjaśnienia znajduje swoje granice w zasadzie równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 18 lipca 2018 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na pismo NSSU.DFP.271.5.2018.AB z dnia 16.07.2018 r, uprzejmie informujemy, że cena złożonej oferty przedmiot zamówienia wraz z Instalacją uruchomieniem i szkoleniem personelu wynosi 3.287.011,00 zł brutto. Jest to cena gwarantująca należyte wykonanie dostawy zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Poniżej przedstawiamy dowody oraz szczegółową kalkulację cenotwórczą wraz z czynnikami mającymi wpływ na jej wysokość.

Informujemy, że wartość przedmiotu zamówienia zawiera :

koszt sprzętu (w tym koszt wyposażenia dodatkowego, transportu, ubezpieczenia na czas transportu, instalacji, marży minimalnej) - 32584832,00 zł brutto

— koszt serwisu;

- obsługę gwarancyjną zawierającą koszty dojazdów oraz przeglądów przez okres 72 miesięcy (1 x w roku x 7 lat) - 21.168,00 zł brutto
- koszt deinstalacji/ demontażu, przeniesienia, ponownej instalacji/montażu i uruchomienia sprzętu w nowej siedzibie Zamawiającego - 7.011 zł brutto

Czynniki, które miały wpływ na wysokość kosztu serwisu i dostaw są następujące:

— Właściwości danego sprzętu, w tym jego kompaktowość zapewniająca niskie koszty transportu, oraz bardzo niskie koszty całego procesu związanego z dostawą i instalacją. System mieści się w windzie, nie wymaga dodatkowych skomplikowanych instalacji czy adaptacji pomieszczeń. Ponadto aparat do radioterapii posiada najlepsze w swojej klasie rozwiązania technologiczne dla IOERT.

— Serwis własny, bez kosztów podwykonawców w zakresie serwisu,

— Dysponowanie odpowiednimi narzędziami serwisowymi, zapleczem logistycznym oraz własną flotą samochodową.

— Ograniczenie kosztów poprzez skalę działalności. Prowadzenie w ramach oferowanego portfela usług autoryzowanego serwisu kilku czołowych producentów sprzętu medycznego: tj. S.I.T. - Sordina IORT Technologies SpA., Canon Medical Systems, Accuray, Raystation, dzięki czemu firma TMS jest w stanie elastycznie zarządzać personelem, co za tym idzie koszt serwisu rozkłada się na obsługę urządzeń kilku firm.

Ponadto potwierdzamy, że firma TMS wprowadziła system polityki jakości pozwalający na usprawnienie organizacji pracy, oraz poprawiający wydajność pracy pracowników. Usprawnienia organizacji, poprawa wydajności, są realizowane dzięki: procesom zarządczym (planowanie strategiczne, operacyjne, przeglądy zarządzania, organizację formalną, audyty wewnętrzne i doskonalenie), procesom wspomagającym (zarządzanie Infrastrukturą i środowiskiem pracy, utrzymywanie kompetencji załogi poprzez systematyczne szkolenia, zarządzanie zasobami ludzkimi, analizowanie danych i nadzór nad dokumentacją),

— procesom realizowanym na zewnątrz firmy poprzez współpracę z wykwalifikowanymi stałymi dostawcami, oraz przede wszystkim ścisłą współpracę z producentami urządzeń medycznych oferującymi najnowocześniejsze rozwiązania techniczne.

Oznacza to, że polityka jakości reguluje i usprawnia działanie firmy, praktycznie w każdym obszarze, poczynając od zaplanowania strategii, poprzez sprzedaż, oraz realizację sprzedaży produktów.

Polityka jakości szczególnie dużą rolę odgrywa w procesie realizacji sprzedaży, ponieważ jasno określa zasady, procedury oraz narzędzia do site planingu, przeprowadzenia ewentualnych prac adaptacyjnych, procesów zakupowych aparatury i wyposażenia, materiałów, magazynowania, kwalifikacji dostawców, poddostawców, wysyłki Instalacji i uruchomienia, przekazania przedmiotu zamówienia klientowi. Dodatkowo, polityka jakości, jasno określa działania w zarządzaniu i działalności serwisu (w zakresie przeprowadzania napraw gwarancyjnych, pogwarancyjnych, przeglądów, modyfikacji). Wszystkie te działania są zatem z góry ustalone, posiadają odpowiednie procedury i usprawnienia, a co za tym idzie optymalizują wydajność.

Biorąc pod uwagę powyższe, niektóre czynniki, które wprowadza system zarządzania jakością, mają szczególny wpływ na racjonalizację kosztów to jest :

— Wprowadzenie systemu elektronicznego obsługi serwisu SWS,

Dzięki systemowi obsługi zgłoszeń serwisowych SWS, ułatwione jest zarządzanie serwisem, ponieważ system pomaga klarownie rozdzielić działania serwisowe, oraz pomaga uzyskać aktualne informacje dotyczące Instalowanych i eksploatowanych urządzeń. Dzięki czemu można z góry ustalić i zaplanować działania serwisowe np. takie jak przeglądy czy naprawy.

— Stale podnoszenie kwalifikacji poprzez systematyczne szkolenia u producentów sprzętu. Dzięki temu nie ma potrzeby szkolić pracowników ad hoc do każdej nowej instalacji.

— ścisłe określenie współpracy z dostawcami oraz producentami sprzętu. Firma ma stałych sprawdzonych dostawców dzięki czemu uzyskuje bardzo korzystne warunki handlowe, oraz rabaty. Dostawcy podlegają systematycznej ocenie, a dzięki feedbackowi stale poprawiają warunki współpracy."

Pismem z dnia 23 lipca 2018 roku przystępujący wyjaśnił, co następuje:

„W nawiązaniu do pisma TMS Sp. z o.o. nr. Lw/GW2018/ 1274 z dnia 18.07.2018 r., niniejszym pragniemy sprostować oczywistą omyłkę pisarską w wyjaśnieniach odnośnie zaoferowanej ceny."

Było:

że cena złożonej oferty przedmiot zamówienia wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu wynosi 3.287.011,00 zł brutto."

że wartość przedmiotu zamówienia zawiera :

— koszt sprzętu (w tym koszt wyposażenia dodatkowego, transportu, ubezpieczenia na czas transportu, instalacji, marży minimalnej) 3.258.832,00 zł brutto"

Powinno być:

że cena złożonej oferty przedmiot zamówienia wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu wynosi 3.280.000,00 zł brutto,"

Informujemy, że wartość przedmiotu zamówienia zawiera .

— koszt sprzętu (w tym koszt wyposażenia dodatkowego, transportu, ubezpieczenia na czas transportu, instalacji, marży minimalnej) 3 251 821,00 zł brutto'

Zamawiający ocenił oferty wykonawców w sposób następujący:

oferta 1	
TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa	
Kryterium cena	46,875 pkt
Kryterium parametry techniczne i eksploatacyjne	19,840 pkt
Kryterium warunki gwarancji i serwisu	20,000 pkt
Kryterium warunki przeniesienia do NSSU Prokocim	10,000 pkt
Łączna ilość punktów	96,715 pkt

oferta 2

IntraOp Europe GmbH, Martin Luther Platz 26, 40212 Dusseldorf

Kryterium cena	50,000 pkt
Kryterium parametry techniczne i eksploatacyjne	20,000 pkt
Kryterium warunki gwarancji i serwisu	16,670 pkt
Kryterium warunki przeniesienia do NSSU Prokocim	10,000 pkt
Łączna ilość punktów	96,670 pkt

Dnia 27 lipca 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji odwołanie jest bezzasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez trzykrotne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia z uwagi na rażąco niską cenę, po raz ostatni 16 lipca 2018 roku, odwołanie jest spóźnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

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

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

Ponieważ cena oferty przystępującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o około 49% i nie zaszyły przesłanki wyłączające zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., o których mowa in fine wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotycząca wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący w pierwszych wyjaśnieniach wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. posiadanie własnego zaplecza technicznego, posiadanie wprowadzonego systemu zarządzania jakością, zatrudnianie własnych pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od stawek dyktowanych przez podmioty zewnętrzne, zaoferowanie produktu nowego, nierekondycjonowanego, samodzielne wykonywanie dostawy, instalacji, usług serwisowych i gwarancyjnych oferowanego przez siebie sprzętu, posiadanie stosownych certyfikatów i pełnomocnictw na wyłączne świadczenie takich usług na terenie Polski. Wszystkie te czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, nieopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18.

W drugim wezwaniu zamawiający poprosił przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie podstaw kalkulacji kosztów w celu potwierdzenia, że zaoferowana w trakcie aukcji elektronicznej cena nie jest rażąco niska a obniżenie ceny w stosunku do ceny wyjściowej

pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem zamawiającego. Zamawiający poprosił o szczegółowe wskazanie czynników wpływających na obliczenie zaoferowanej ceny od momentu oszacowania dokonanego przez zamawiającego do momentu złożenia przez przystępującego oferty w trakcie aukcji elektronicznej.

W kolejnych wyjaśnieniach przystępujący wskazał, że kalkulację kosztów oparto na cenie aparatu do radioterapii cenie wyposażenia - cenie serwisu, cenie dostawy, montażu, ubezpieczenia etc. Pokrywa ona wszystkie koszty tj.: koszt aparatu, wyposażenia

dotatkowego, dostawy, instalacji, uruchomienia i szkoleń, a także deinstalacji/ demontażu, przeniesienia, ponownej instalacji/montażu i uruchomienia sprzętu w nowej siedzibie zamawiającego (w szczególności transportu, ubezpieczenia na czas transportu, prac adaptacyjnych, oraz zawiera zysk). Przystępujący poinformował, że czynnikami wpływającymi na obliczenie zaoferowanej ceny jest między innymi fakt, że zaoferowany aparat do radioterapii posiada najlepsze w swojej klasie rozwiązania technologiczne dla IOeRT, posiada oryginalny projekt, dzięki czemu oferuje niezwykle możliwości, przy kompaktowych gabarytach, posiada część jezdnią, ważącą 570 kg, co przekłada się na niezwykle niskie koszty transportu, oraz bardzo niskie koszty całego procesu związanego z dostawą i instalacją System mieści się w windzie, nie wymaga dodatkowych skomplikowanych instalacji czy adaptacji pomieszczeń. Obsługa realizacji zamówienia nie wymaga nakładu pracy wielu osób, co również znacząco obniża cenę ofertową. Firma TMS Sp. z o.o. dysponuje własną flotą samochodową wyspecjalizowanym personelem, własnym zapleczem technicznym i logistycznym. Firma posiada własne środki finansowe na realizację przedmiotu zamówienia. Przystępujący podkreślił, że ze względu na wybraną przez zamawiającego procedurę zakupu- aukcja elektroniczna, pierwotna cena uwzględniała wartość zamówienia określoną przez Zamawiającego w ogłoszeniu. Natomiast nie była to cena ostateczna i przewidywała duży margines. Biorąc pod uwagę powyższe, firma TMS SP, z o.o. posiada dostępne wyjątkowo sprzyjające warunki do wykonywania zamówienia, nie może być mowy o rażąco niskiej cenie w przypadku oferty TMS Sp. z o.o.

W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują drugiemu wykonawcy, biorącemu udział w postępowaniu. Ponadto przystępujący nadal nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności - o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Przystępujący nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił o szczegółową kalkulację czynników pozwalającą na przesłedzenie procesu obniżenia ceny oferty od chwili dokonania oszacowania wartości zamówienia do ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej. Podkreślić w tym miejscu należy, że zamawiający wartość zamówienia oszacował na podstawie informacji przekazanych mu przez odwołującego i przystępującego.

Skoro najpierw przystępujący podał koszt zamawianego sprzętu na poziomie około 6 mln zł, a następnie zaoferował cenę o blisko 3 mln zł niższą, to oczywistym jest, że powinien szczegółowo, z podaniem konkretnych wartości wyjaśnić, co spowodowało tak znaczne obniżenie ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Izbą wskazywał, że wyjaśnienia przystępującego są dla niego jasne i nie budzą wątpliwości co do tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Argumentacja zamawiającego jest o tyle nieprzekonująca, iż wzywał on przystępującego kilkakrotnie do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, wskazując obszary, które - w jego ocenie - wymagają wyjaśnienia. W wyjaśnieniach przystępujący ograniczał się jedynie do wskazywania okoliczności, które mają wpływ na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi kwotami ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny. Nie dołączono do nich również żadnych dowodów uzasadniających obniżenie ceny. Nie jest bowiem takim dowodem oświadczenie producenta, iż przystępujący jest jego jedynym przedstawicielem w Polsce, jak również certyfikat ISO. W dalszym ciągu bowiem nie wskazano, w jaki sposób i o ile te okoliczności wpływają na cenę przystępującego.

Wyjaśnienia przystępującego nie mogą być zatem uwzględnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności zaoferowanej ceny. Wskazać należy, iż zasadniczą wartością przedmiotu zamówienia był koszt zamawianego sprzętu. W interesie przystępującego leżało więc uzyskanie dowodu potwierdzającego koszt urządzenia, najlepiej w postaci oferty producenta lub chociażby w postaci jego pisemnego potwierdzenia wysokości ceny urządzenia.

Wskazując na powyższe, Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez trzykrotne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia z uwagi na rażąco niską cenę, po raz ostatni 16 lipca 2018 roku.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy P.z.p., odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 (tj. informacji, o których zamawiający informuje wykonawcę oraz wobec

treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zamawiający wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny trzykrotnie - ostatni raz w dniu 16 lipca 2018 roku. Tym samym odwołanie na te czynności, wniesione w dniu 3 sierpnia 2018 roku, Izba uznała za spóźnione i pozostawiła bez rozpoznania.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na które to przepisy powołał się odwołujący, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, podziale rynków zbytu lub zakupu.

Izba wskazuje, że samo zawarcie porozumienia pomiędzy przystępującym a producentem w zakresie wyłącznej dystrybucji, nie przesądza jeszcze o tym, że jest to porozumienie zawarte wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy P.z.p. To na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, że jest to porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu wskazanego przepisu. Odwołujący, poza stwierdzeniem, że oferta przystępującego jest złożona na skutek zawarcia przez TMS porozumienia z włoskim producentem sprzętu, zapewniającego TMS wyłączność na polskim rynku, a tym samym kontrolę zbytu i podział rynków zbytu, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionego zarzutu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 ustawy. Odwołujący nie wykazał, że w przypadku przystępującego i producenta sprzętu tego rodzaju decyzja została wydana.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.