

WYROK

z dnia 23 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę: Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej, Plac Medyków 2, 41-200 Sosnowiec

przy udziale wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 259/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie pakietu nr I i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie z przedmiotowego przetargu w zakresie pakietu nr I, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr I,

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej, Plac Medyków 2, 41-200 Sosnowiec i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej, Plac Medyków 2, 41-200 Sosnowiec na rzecz wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. 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 Katowicach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 259/18

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej Plac Medyków 2, 41-200 Sosnowiec wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę: serwis techniczny aparatury medycznej, nr sprawy 3/ZP-PN/2017.

W dniu 7 lutego 2018r. Odwołujący: Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa został powiadomiony drogą elektroniczną o wyniku postępowania w zakresie pakietu nr I. Zamawiający za najkorzystniejszą i spełniającą wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie za cenę brutto 131.364,00 zł brutto.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 12 stycznia 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań dokonanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wskazując, że przedmiotem odwołania jest wadliwa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr I i uznania za taką ofertę złożoną przez wykonawcę konkurencyjnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu :

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Althea pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę, alternatywnie

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Althea z uwagi na to, iż jej cena nie obejmuje wszystkich niezbędnych elementów określonych w wymaganiach SIWZ przez co jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu

nr I,

- dokonanie ponownej oceny ofert w sposób zgodny z zasadami ustawy Pzp i w ich konsekwencji odrzucenie oferty Althea,

- w konsekwencji powyższych, dokonanie ponownego wyboru oferty

3

najkorzystniejszej w pakiecie nr I i uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ.

Odwołujący po zapoznaniu się z treścią oferty oraz po analizie dokumentacji postępowania stwierdził, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył powyższe przepisy ustawy Pzp uznając wyjaśnienia złożone przez Althea w trakcie procedury oceny ofert za wystarczające i potwierdzające wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ pomimo, iż z ich treści nie wynika potwierdzenie uwzględnienia w cenie wszystkich niezbędnych składników wymaganych SIWZ co w rezultacie doprowadza do sytuacji, w której złożona oferta zawiera rażąco niską ceną lub w świetle złożonych wyjaśnień jej treść jest niezgodna z SIWZ.

Według Odwołującego obydwie okoliczności skutkują odrzuceniem oferty odpowiednio na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 17 stycznia 2018r. Zamawiający zamieścił informację z otwarcia ofert i na podstawie art. 86 ust 5 ustawy Pzp poinformował o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 393.100,00 zł brutto w pakiecie I.

Dodatkowo, zauważył, że w pakiecie I ofertę złożyli wykonawcy:

Siemens Healthcare Sp z o.o. z ceną 326.958,60 zł brutto,

Althea Polska Sp z o.o. z ceną 131.364,00 zł brutto.

Wskazał również, że działając na podstawie art. 90 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2018r. wezwał wykonawcę Althea do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, gdyż cena zaoferowana przez Althea była niższa o ponad 30% zarówno od średniej arytmetycznej złożonych ofert, jak i od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zaznaczył również, że Althea pismem z dnia 01 lutego 2018r. ustosunkowała się do wezwania Zamawiającego podając końcowe wyliczenia ceny ofertowej i wyjaśniając, iż: „Praca + dojazdy + części wraz z narzędziami = 41.820 + 9.151,20 + 75.000 = 125.971,20 (obliczenia uwzględniają zarobek na dojazdach oraz roboczogodzinach, kwota, która pozostała pozwala ubezpieczyć się od wzrostu cen części lub narzędzi)”.

Odwołujący odnosząc się do przedstawionej kalkulacji kosztów podniósł, iż oferta Althea zawiera rażąco niską ceną lub nie zawiera wszystkich wymaganych elementów kosztowych, czyli jej treść jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisami SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w ramach realizacji przedmiotu zamówienia do obowiązków Wykonawcy będzie należeć w szczególności: „10.dysponowanie stosownymi kodami i kluczami serwisowymi niezbędnymi do wykonania pełnej procedury przeglądowej wymienionych powyżej urządzeń.”.

Stwierdził przy tym, że powyższy wymóg potwierdzony został również w zapisach wzoru umowy (paragraf 2 ust.5) i formularzu ofertowym (pkt.8).

Dodatkowo, wskazał, że na pytanie jednego z wykonawców zadane w trakcie

„Pytanie 4

Przedmiot zamówienia - pkt. 10

Wnosimy o wyjaśnienie, w jakim celu zamawiający żąda dysponowania stosownymi kodami i kluczami serwisowymi, skoro przy zakupie aparatu, powinny one być dostarczone przez producenta wraz z aparatem. Umożliwia to wykonywanie przeglądów technicznych zgodnie z zaleceniami producenta wykwalifikowanemu inżynierowi serwisu, jednocześnie placówka nie jest skazana na współpracę jedynie z 1 wykonawcą, którym jest producent.

Ograniczenie przez producenta dostępu do aparatu poprzez niedostarczenie kluczy serwisowych uniemożliwia właścicielowi sprzętu samodzielne dysponowanie swoją własnością i jest równoznaczne z zakupem niekompletnego systemu.”.

Wyjaśnił przy tym, że Zamawiający w dniu 09 stycznia 2018r. udzielił odpowiedzi:

„Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w ramach złożonej oferty od Wykonawcy oczekuje posiadania stosownych kodów i kluczy serwisowych (które są odrębnie licencjonowane w stosunku do oprogramowania użytkowego) niezbędnych do wykonania pełnej procedury przeglądowej danego urządzenia i naprawy, jeżeli dotyczy pakietu I i II Zamawiający posiada pełny dostęp do programów użytkowych, w przypadku pakietu III i IV posiada dostęp do programów użytkowych oraz hasło administratora.”.

Zdaniem Odwołującego - powyższe potwierdza, że wymóg dysponowania przez wykonawcę stosownymi kodami i kluczami serwisowymi pozostał bez zmian i stanowił jeden z elementów, które należy wziąć pod uwagę kalkulując cenę oferty.

Odwołujący zadeklarował, że jako autoryzowany przedstawiciel producenta urządzeń, których serwis objęty jest przedmiotowym zamówieniem, oferuje na rynku kody

serwisowe, zatem zna wartość tych kodów, co więcej, sam wykonawca Althea nabywając od

5

Odwołującego kody do innego postępowania na podstawie oferty HCS/02433/01/17 z dnia 29 sierpnia 2017r. dokładnie wie jaka jest wartość tych kodów dla każdego urządzenia.

Biorąc pod uwagę kwotę 35.700,75 brutto za kody do jednego urządzenia, czyli łącznie 71.401,50zł brutto stwierdził, że oferta złożona przez Althea zawiera rażąco niską cenę, gdyż w ramach 75.000,00 zł na części i narzędzia same kody stanowią 95% tych kosztów, czyli pozostałe 3.598,50 zł musiałyby pokryć inne niezbędne do przeglądów części i narzędzia co patrząc na zakres koniecznych wymian elementów zużywalnych należy domniemywać, że oferta skalkulowana jest poniżej kosztów czyli zawiera rażąco niską cenę i zagrożone jest prawidłowe, zgodne z zaleceniami producenta, wykonanie zamówienia.

Alternatywnie, Odwołujący podniósł, iż oferta Althea nie zawierała wszystkich wymaganych przez Zamawiającego, w szczególności cena nie uwzględniała albo dysponowania przez wykonawcę Althea kodami serwisowymi albo kosztów wymiany niezbędnych elementów podczas przeglądów, co należało zgodnie z zapisem SIWZ „Rozdział XII pkt 18 Obliczanie ceny” uwzględnić: „Cena oferty stanowi całkowite (maksymalne) wynagrodzenie brutto przysługujące Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy, które nie może zostać przekroczone. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.”.

Dodatkowo w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ Zamawiający zawarł informację:

„W ramach realizacji przedmiotu zamówienia do obowiązków Wykonawcy będzie należeć w szczególności: Dot. poz. nr 1,2, 4 i 5 z ww. tabeli - wykonywanie przy użyciu własnych narzędzi usług w zakresie utrzymania w zdolności techniczno - eksploatacyjnej ww. aparatury medycznej, w szczególności wykonywanie napraw, konserwacji i przeglądów technicznych zgodnie z zaleceniami producenta sprzętu oraz innych czynności wynikających z bieżącej eksploatacji i koniecznych w celu zapewnienia ich bezpiecznego użytkowania m.in: (sprawdzanie bezpieczeństwa mechanicznego i elektrycznego, kontrola zużycia części oraz występowania usterek zewnętrznych, konserwacja oprogramowania systemowego i aplikacyjnego, porządkowanie przestrzeni dyskowej i baz danych, smarowanie ruchomych części mechanicznych, oczyszczenie dróg chłodzenia i odprowadzania ciepła, kontrola jakości - sprawdzenie jakości obrazu, sprawdzenie wartości pomiarowych i aplikacyjnych aparatury i przeprowadzenie czynności korygujących) - (dot. aparatów medycznych poz. 1, 2, 4 i 5 załącznika nr 1 do umowy)”. Z powyższego wynika - według Odwołującego, że wykonawca zobowiązany został do wykonywania usług serwisowych zgodnie z zaleceniami

producenta urządzeń. Zalecenia takie zawarte są w Podręczniku Właściciela Systemu w części „Plan konserwacji”, w którym to dokładnie wymienione są czynności niezbędne do

6

wykonania przeglądu jak też i zalecane przez producenta wymiany elementów zużywalnych. Do takich należy m.in. Adsorber, który według planu konserwacji powinien być wymieniony co 3 lata.

Obowiązki operatora związane z konserwacją

Część lub funkcja	Powód	Zakres kontroli:	Okres
Kompresor helu	Optymalne działanie zgodnie ze specyfikacją	Sprawdzić, czy nie ma wycieków	Co rok
Absorber	Optymalne Środki	Wymienić absorber	Co 2 lub 3
Zestaw komfortowy (opcja)	zapobiegawcze mające na celu uniknięcie przegrzania	Wymienić filtr powietrza	Co 2 lata

Wskazał, że Zamawiający w dniu 11 stycznia 2018r. udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców poinformował kiedy były przeprowadzone wymiany wskazanych elementów, aby umożliwić wykonawcom prawidłową wycenę: „Pytanie 3 Dot. Pakiet 1

W celu przygotowania prawidłowej kalkulacji proszę o informację kiedy były wymieniane: Adsorber, Tales oraz Coldhead?

Odpowiedź:

Pakiet I pozycja 1 - Rezonans magnetyczny MAGNETOM Avanto Dot. Upgr. wraz z osprzętem SIEMENS 2006/ modernizacja 2012 (59006) -:

Adsorber - wymiana styczeń 2016 Tales - wymiana styczeń 2018 Coldhead - wymiana styczeń 2012

Pakiet I pozycja 2 - Rezonans magnetyczny MAGNETOM Avanto Dot.. wraz z osprzętem SIEMENS 2012 (57015) -: Adsorber - wymiana maj 2016 Tales - wymiana styczeń 2018 Coldhead - nie było wymiany”.

W ocenie Odwołującego - z powyższego wynika, że dla pozycji 1 należało uwzględnić w cenie wymianę adsorbera z uwagi na fakt, iż zalecana wymiana co trzy lata przypadła na okres obowiązywania przedmiotowej umowy tj. styczeń 2019r.

Wyjaśnił, że Adsorber jest to filtr zużywalny, którego skuteczność maleje wraz z czasem pracy i z tego względu producent zaleca jego wymianę co 3 lata. Wymiana musi nastąpić na całkiem nowy element, nie używany, nie pochodzący z innych systemów, a bezpośrednio od producenta aparatury medycznej (zgodnie również z oświadczeniem w pkt 5 formularza oferty).

Nadto, Odwołujący jako przedstawiciel producenta wskazał, iż koszt zakupu nowego adsorbera pochodzącego od producenta wynosi 19.065,00 zł brutto, a zatem uwzględniając kalkulację ceny wykonawcy Althea i pozostałe 3.598,50 zł na inne poza kodami części i narzędzia, stwierdził, że oferta nie zawiera kosztów wymiany adsorbera lub podana cena jest rażąco niska i nie pokrywa kosztów nabycia.

Uwzględniając powyższą argumentację, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty w odwołaniu i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w pakiecie nr I, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu i konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 16 lutego 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Odwołującego z dnia 19 stycznia 2018r., wezwania Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2018r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Przystępującego, odpowiedzi tego wykonawcy z dnia 1 lutego 2018r. na to wezwanie wraz załącznikami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19 lutego 2018r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uszczyniony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako sprzecznej z SIWZ i zawierającej rażąco niską cenę.

Uznając za najbardziej doniosły w sprawie zarzut odnoszący się do rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego i niektórych jego kosztów, Izba przyjęła zapatrywanie, że wyjaśnienia tego wykonawcy zarówno w postępowaniu przetargowym, jak i odwoławczym nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym przetargu w pakiecie I Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną w wysokości 131 364,00 zł brutto, zaś Odwołujący w wysokości 326 958, 60 zł brutto, przy kwocie jaką Zamawiający dedykował do tej części zamówienia w wysokości 393 100,00 zł brutto.

Rozpoznając zarzut złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba uznała, że wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny dawały Zamawiającemu podstawę do odrzucenia tej oferty z tej przyczyny.

Izba uznała działanie Zamawiającego dotyczące wezwania do wyjaśnienia rażąco

niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp 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.

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.

Natomiast w myśl przepisu art.90 ust.1a powołanej wyżej ustawy 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.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby Zamawiający taką ocenę dokonał, jednak nie w sposób wszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka

ocena została dokonana właściwie w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy wskazać, że Zamawiający w piśmie z dnia 29 stycznia 2018r. zażądał od wykonawcy przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami.

W ocenie Izby - przedłożone przez Przystępującego: certyfikaty, cennik, kopia umowy o pracę, referencje nie stanowią dostatecznych dowodów potwierdzających wykazywane przez niego koszty w wyjaśnieniach z dnia 1 lutego 2018r.

Izba ustaliła, że poza sporem były zarówno koszty pracy, jak i dojazdów.

Natomiast, objęta sporem była część kosztowa odnosząca się kosztów części wraz z narzędziami.

Izba stwierdziła, że w swoich wyjaśnieniach Przystępujący nie podał w ogóle istotnego kosztu przedmiotu zamówienia w postaci wartości licencji za udostępnienie kodu dostępu i klucza serwisowego, którą to kwotę 71 401,50 zł(za dwa urządzenia) przyznał on

na rozprawie oraz nie udowodnił kosztu materiałowego - 2 adsorberów do wymiany.

Z tych powodów wyjaśnienia te należało traktować raczej jako deklarację wykonania zamówienia po kosztach nie zawierających rażąco niskiej cen niż jako poparte dowodami wyjaśnienia.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

Zgodnie z art.190 ust. 1a ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Wydaje się, że Przystępujący temu ciężarowi nie sprostał.

Zdaniem Izby za takie dowody nie można potraktować dowodów złożonych w trakcie postępowania odwoławczego przez Przystępującego z dwóch przyczyn.

Po pierwsze, dowód złożony na rozprawie przez Przystępującego na poparcie okoliczności posiadania przez niego oferty nabycia adsorbera po kwocie wielokrotnie niższej niż ta zadeklarowana przez Odwołującego nie został przedłożony w odpisie dla Odwołującego.

Stosownie do przepisu § 24 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (tj. z dnia 3 kwietnia 2014 r.) pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Poza tym powyższy dowód nie znalazł uznania Izby również z tego względu, że nie został przez nikogo podpisany, a również ewentualna korespondencja mailowa w tym zakresie nie została przez Przystępującego przedłożona.

Z powyższych względów Izba uznała powyższy dowód za formalnie niedopuszczalny i niezależnie o tego za mało wiarygodny.

Dodatkowo, według zapatrywania Izby okoliczności świadczące o braku istnienia rażąco niskiej ceny muszą być wykazane przez wykonawcę w trakcie prowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp.

W postępowaniu odwoławczym Izba może oceniać, jedynie zachowania Zamawiającego oparte o stan rzeczy wynikły w postępowaniu przetargowym, lecz nie może kreować oceny dowodów, które nie zaistniały w następstwie wezwania do złożenia wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę nie zostało przeprowadzone przez niego w sposób wszechstronny i wyczerpujący.

Z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie wynikało jedynie, że ten przyjął w dobrej wierze złożone wyjaśnienia, jednak z powodu braku dostatecznej wiedzy odnośnie struktury kosztów przedmiotowego zamówienia nie był w stanie skomentować prawidłowości tej ceny pod względem merytorycznym.

Izba zatem nie mogła uznać takiego działania Zamawiającego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W następstwie powyższego uznania w kontekście wymagań postanowień dotyczących ceny wynikających z SIWZ Izba uznała, że cena zaoferowania na tym poziomie nie uwzględniała wszystkich kosztów, a zatem treść oferty pozostawała w sprzeczności z pkt 8 rozdziału XII SIWZ i w związku z tym zaistniała podstawa do zastosowania przez Zamawiającego również przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 8 rozdziału XII SIWZ cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że Przystępujący nie wyszacował kosztów usługi w sposób rzetelny, a zatem trudno uznać, że jego oświadczenie zawarte w ofercie dotyczące zaoferowanej ceny odpowiada powołanemu wyżej wymaganiu z pkt 8 rozdziału XII SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na

podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....