Sygn. akt: KIO 1419/17

WYROK
z dnia 26 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę - **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11; 03-821 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im.** św. **Barbary, Plac Medyków 1; 41-200 Sosnowiec,**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11; 03-821 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11; 03-821 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul.** Żupnicza **11; 03-821 Warszawa** na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa,** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) 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 1419/17**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św., Barbary w Sosnowcu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa angiografu”.*

Dnia 28 czerwca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 lipca 2017 roku wykonawca Siemens Healthacare sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wadliwej czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty złożonej przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosząc o: uwzględnienie odwołania i nakazanie

zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp z o.o., a w konsekwencji ponowienie czynności oceny ofert z odrzuceniem oferty GE Medical Systems Polska Sp z o.o. i uznanie w konsekwencji powyższych czynności, oferty odwołującego, za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę złożoną przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. przyznając tej ofercie łącznie 98,20 punktów. Kolejne miejsca w rankingu ofert zajęły oferty złożone przez wykonawców: Siemens Healthcare Sp z o.o. - uzyskując 96,00 punktów, Philips Polska Sp z o.o. - uzyskując 84,60 punktów

Oceniając oferty Zamawiający kierował się ustalonymi w s.i.w.z. kryteriami oceny ofert, na które składały się: Cena oferty brutto - 60%, Ocena techniczna - jakość - 20%, Koszty eksploatacyjne - 20%. Jednocześnie zamawiający zdefiniował w s.i.w.z., jak będą przyznawane punkty za kryterium koszty eksploatacyjne: „liczba *podpunktów w kryterium „koszty eksploatacyjne" = (kwota za przegląd najniższa/kwota za przegląd badana) + (kwota za lampę najniższa/kwota za lampę badana).*

Powyższe kwoty należało podać w formularzu ofertowym wypełniając tabelę opisaną jak poniżej: *„Ponadto oferuje stałe ceny po upływie okresu trwania gwarancji przez kolejne 2 lata na przeglądy oraz elementy eksploatacyjne niezależnie od ich ilości w następujących kwotach".*

Wykonawcy podali odpowiednio następujące wartości brutto w pozycji przeglądy: GE Medical Systems -1.397,40 zł Siemens Healthcare - 5.332,05 zł Philips Polska - 9.840,00 zł.

W ocenie odwołującego wycena kosztów przeglądów dokonana przez wykonawcę GE Medical Systems Polska jest wyceną nierealną, nierynkową, nie mającą nic wspólnego z rzeczywistymi nakładami jakie poniesie wykonawca w trakcie realizacji, a dokonana została wyłącznie w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium koszty eksploatacyjne.

Wg wiedzy odwołującego popartej ofertą pozyskaną od autoryzowanego przedstawiciela producenta zaoferowanej przez GE strzykawki wynika, iż koszt przeglądu samego tylko wstrzykiwacza (strzykawki) po okresie gwarancji wynosi 1.353,00 zł brutto. Biorąc pod uwagę taki koszt rynkowy tej usługi przeglądu strzykawki, jak i mając na uwadze koszt całego przeglądu jaki podał GE w swojej ofercie, uzyskujemy ok. 48 zł na wykonanie przeglądu głównego urządzenia będącego przedmiotem zamówienia - angiografu.

Zaoferowany przez GE angiograf, to Innova IGS 520. Z instrukcji przeglądowej dla tego urządzenia wynika, iż *„Procedury przeglądu okresowego muszą być wykonywane zgodnie z grafikiem dziennika systemu wspomagania obrazowania IGS 520,530,540, który to grafik jest częścią Serwisowej instrukcji obsługi".* Grafik ten zawiera kilkadziesiąt obowiązkowych czynności, które muszą być wykonane podczas przeglądów dla zapewnienia nieprzerwanie bezpiecznego działania urządzenia. Oczywistym jest, że realizacja tego typu czynności wymaga zaangażowania czynnika ludzkiego, a w tej sytuacji opierając się na zasadach doświadczenia życiowego, poziomu minimalnej stawki roboczogodziny czy stawek roboczogodziny oferowanych przez GE na rynku, czy chociażby porównując koszt przeglądu urządzenia GE do kosztu przeglądu wstrzykiwacza kontrastu, należy stwierdzić, że niemożliwym jest aby za kwotę ok 48 zł brutto zrealizować usługę przeglądu.

Zdaniem odwołującego zaoferowanie usługi za taką nierealną cenę służyło wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą łączną punktację. Dodać należy, że oferta odwołującego w niniejszym postępowaniu uzyskała maksymalną liczbę punktów w kryterium cena (oferta najtańsza), w kryterium jakość zdobyła jedynie o 0,8 pkt mniej niż oferta GE, a zatem o pozycji w rankingu ofert, a co za tym idzie za uznaniem oferty za najkorzystniejszą, decydowało kryterium kosztów eksploatacyjnych, które jak wykazano powyżej nie odzwierciedlało realnych cen i w konsekwencji spowodowało błędny obraz czynności oceny i porównania ofert i zakłóciło rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

Powyższy przypadek należy traktować jako oczywiste naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawierającego definicję takiego czynu. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes.

Zdaniem odwołującego bezspornie nierealna wycena istotnej kosztowo usługi komplementarnej do przedmiotu zamówienia i z nim związanej w sposób bezpośredni,

podyktowana jedynie chęcią pozyskania maksymalnej oceny punktowej w stosowanym dla

wyboru oferty najkorzystniejszej kryterium oceny ofert, stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, do którego nawiązuje art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w postępowaniu ofertę zgodną z s.i.w.z., niepodlegającą odrzuceniu. Uwzględniając fakt, iż w przypadku dokonania przez zamawiającego poprawnej czynności oceny ofert to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca GE Medical Systems Polska sp. z o.o. (dalej „przystępujący").

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Przystępujący, na posiedzeniu oświadczył, iż wnosi sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika złożone w pismach postępowania odwoławczego, procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący w żaden dostępny sposób, w szczególności wynikający z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, nie przedstawił żadnego dowodu, który

potwierdzał by słuszność stawianych zarzutów. Odwołujący albowiem przedłożył, jako dowód wyciąg z instrukcji urządzenia oferowanego przez przystępującego, z którego ma wynikać zakres prac koniecznych przy wykonywaniu przeglądów okresowych/konserwacyjnych. Dokument powyższy nie dowodzi, że przystępujący składając swoją ofertę i wyceniając koszt usługi serwisu pogwarancyjnego naruszył zasadę uczciwej konkurencji, czy też naruszył dobre obyczaje w myśl ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dowód ten, przedstawia fakty powszechnie znane (dla uczestników tego specyficznego przedmiotu zamówienia), dlatego też Izba odmówiła przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu, stwierdzając iż został on powołany jedynie dla zwłoki postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Drugim dowodem na jaki powoływał się odwołujący, to oferta cenowa firmy Bayer sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na okoliczność, że cena za świadczenie serwisu wstrzykiwacza zaproponowanego przez przystępującego wynosi 1 353,00 zł. Izba oceniając złożony dokument stwierdziła, że potwierdza on fakt, iż odwołujący otrzymał ofertę od firmy Bayer sp. z o.o., na świadczenie serwisu określonego typu wstrzykiwacza, za określoną w ofercie cenę. Dowód ten nie potwierdza natomiast okoliczności, iż za taką właśnie cenę przystępujący będzie świadczył rzeczoną usługę serwisu wstrzykiwacza.

Odwołujący zatem przedstawił dwa dokumenty, które miały stanowić dowód w sprawie, na

okoliczność naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, odwołujący nie podołał obowiązkowi dowodowemu, wynikającego z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odmiennie przystępujący, który w celu ochrony swojej oferty, przedstawił szczegółową argumentację, rzetelnie przygotowaną i popartą właściwymi dowodami. Przystępujący podał bowiem słuszny argument, któremu odwołujący nie zaprzeczył, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie nałożył obowiązku, aby serwis pogwarancyjny miałby być świadczony przez serwis autoryzowany. Co oznacza, że wykonawcy mieli podstawę do szacowania tego rodzaju serwisu w oparciu o podmioty posiadające stosowną wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu czynności serwisowych, nie będące jednocześnie serwisem autoryzowanym. I taką właśnie wycenę przyjął przystępujący, na dowód czego przedstawił ofertę firmy, która zaoferowała odwołującemu świadczenie takiej usługi za cenę zdecydowanie niższą od promowanej przez odwołującego. Nadto przystępujący podał szczegółowe wyliczenie wszystkich kosztów składających się na taką usługę, uwzględniając takie koszty jak: praca inżyniera lub młodszego inżyniera (w przypadku młodszego inżyniera bilans jest znacznie korzystniejszy dla przystępującego), koszty eksploatacji samochodu i zakupu paliwa, koszty wyposażenia (sprzęt serwisowy),

---

inne koszty, koszty serwisu wstrzykiwacza. Na dowód powyższych okoliczności przystępujący przedstawił: raport płacowy Sedlak&Sedlak, wyciąg z umowy z młodszym inżynierem serwisowym, wyciąg z umowy z inżynierem serwisowym, wyciąg z Car Polisy GEMS, umowę najmu długoterminowego samochodu osobowego, faktury zakupu, ofertę firmy Alteris, stawki firmy Bayer (na okoliczność, iż nawet przy autoryzowanym serwisie możliwe jest uzyskanie korzystniejszych cen niż te, które promuje odwołujący), pismo zamawiającego z dnia 18 lipca 2017 roku oraz wyniki przetargów w Bydgoszczy i Ciechanowie (na okoliczność, iż odwołujący w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oferuje lampę (która jest jednym z elementów punktowanych) w cenach daleko różniących się od siebie). Izba dopuściła wszystkie dowody powołane przez przystępującego stwierdzając, iż potwierdzają one okoliczność prawidłowego wyliczenia ceny przedstawionej w ofercie przystępującego dotyczące wyceny usługi serwisu pogwarancyjnego.

Izba stwierdziła, że nie potwierdził się żaden ze stawianych przez odwołującego zarzutów odwołania, tym samym biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §5 ust. 3 pkt 2 w zw. z §3 pkt 2 lit. B 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.), uwzględniając koszty poniesione przez przystępującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: ……