Sygn. akt: KIO 1387/17

WYROK
z dnia 21 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2017 r. **przez odwołującego:** Elekta Sp. z o.o. ul. Inflancka 4C bud. D; 00-189 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie ul. Stanisława Staszica 16; 20-081 Lublin

z udziałem przystępującego: Varian Medical Systems Poland sp. z o.o. ul. Osmańska 12; 02-823 Warszawa **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty i dokonanie ponownej oceny ofert celem wyboru najkorzystniejszej najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wybranej;
2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie ul. Stanisława Staszica 16; 20-081 Lublin i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Elekta Sp. z o.o. ul. Inflancka 4C bud. D; 00-189 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie ul. Stanisława Staszica 16; 20-081 Lublin kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Elekta Sp. z o.o. ul. Inflancka 4C bud. D; 00-189 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 Lublinie.

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Odwołanie

W dniu 06. 07. 2017roku pismem z dnia 5 lipca 2017 roku odwołanie złożyła spółka Elekta sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Inflancka 4C bud. D (Gdański Business Center) 00-189 Warszawa zwana dalej „odwołującym” w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie SPZOZ ul. Stanisława Staszica 16, 20-081 Lublin zwany dalej „zamawiającym”

Odwołanie wniesiono w oparciu o art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DZ.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwaną dalej „pzp" lub „ustawą" od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest dostawa „Wyposażenia medycznego (I etap) dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lubinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie" (nr sprawy: EO/ZRIW 2722/XXI/17), opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2017/S 073 - 138923 z dnia 13.04.2017 r. dalej również jako „Zamówienie" lub „Postępowanie".

Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:
1. wyborze w zadaniu nr 1 oferty Varían Medical Systems Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 12 dalej jako „Varían" lub "przystępujący",
2. zaniechaniu odrzucenia w zadaniu nr 1 oferty złożonej przez Varían,
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) niezgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp i art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm. dalej jako „u.z.n.k.") w zw. z art. 91 ust. 1ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia w zadaniu nr 1 oferty złożonej przez

---

Varian pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji jej bezpodstawny wybór.
Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. W związku z tym stwierdzić należy, iż odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania.
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w zadania nr 1:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty Varian,
2. odrzucenia oferty Varian,
3. dokonania ponownej oceny ofert.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu w dniu 26 czerwca 2017 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy został dotrzymany.
Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.
W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.
Przedmiotem zamówienia w niniejszym Postępowaniu jest dostawa wyposażenia medycznego (I etap) dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie.
Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jego rodzaj, gabaryty, charakterystyka, parametry techniczne i inne niezbędne informacje zawiera Załącznik nr 4 A-C do SIWZ „Formularz oferty - Opis Przedmiotu Zamówienia". Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na poszczególne zadania. Zadanie nr 1 (którego dotyczy niniejsze Odwołanie) obejmowało dostawę:
1. Terapeutycznego wysokoenergetycznego akceleratora liniowego (dwie sztuki),
2. Zestawu dozymetrycznego,

3. Komputerowych systemów do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów,
4. Wyposażenia modelarni.

Zgodnie z pkt XIV A SIWZ kryteriami oceny ofert były:

---

1. Cena oferty - C: 60%,
2. Zapewnienie serwisu pogwarancyjnego T-13 %
3. Okres gwarancji G - 7%,
4. Parametry techniczne aparatów P - 20%.

Zgodnie z pkt XIV Ad. 2 SIWZ punkty za serwis pogwarancyjny wyliczane były z następującego wzoru: T= Tn/Td x 10, gdzie:
T = punkty za koszty wyliczone dla danej oferty,
Tn = punkty przyznane za koszty danej ofercie,
Td = maksymalna liczba punktów przyznanych za koszty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.
Szczegółowa punktacja dotycząca serwisu pogwarancyjnego została zamieszczona w Załączniku nr 4 A-C do SIWZ:
1. w poz. 16 w zakresie kosztu rocznego, pełnego kontraktu serwisowego, do zdobycia przez wykonawców było od 0 do 20 pkt
„0 pkt wartość największa
20 pkt wartość najmniejsza
Pozostałe proporcjonalnie."
2. w poz. 17 w zakresie kosztu rocznego, pełnego kontraktu serwisowego wraz z działami elektronowymi, sekcjami przyspieszającymi, detektorami obrazu do zdobycia przez wykonawców było od 0 do 15 pkt
„0 pkt wartość największa
15 pkt - wartość najmniejsza
Pozostałe proporcjonalnie"
3. w poz. 18 w zakresie kosztu roboczogodziny - serwis pogwarancyjny + czas dojazdu do zdobycia przez wykonawców było od 0 do 5 pkt
„0 pkt - wartość najmniejsza,
5 pkt - wartość największa,
Pozostałe proporcjonalnie."
Jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 120 do SIWZ (odpowiedź z dnia 15.05.2017 r.) Wykonawcy byli zobligowani do podania ceny kontraktu serwisowego dla całego sprzętu objętego Pakietem nr 1.
W ramach zadania nr 1 zostały złożone dwie oferty: Varian oraz Odwołującego. W dniu 26 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż najkorzystniejszą ofertą w zadaniu nr 1 okazała się oferta Varian. Na drugiej pozycji uplasowała się oferta Odwołującego. W ofercie Varian cena brutto wyniosła 19.375.670,70 zł. W Załączniku nr 4 A-C do SIWZ Varian podał następujące kwoty dotyczące punktowanych elementów w kryterium „Zapewnienie serwisu pogwarancyjnego":

---

1. w poz. 16 - koszt rocznego, pełnego kontraktu serwisowego - 190.200.00 zł.
2. w poz. 17 - koszt rocznego, pełnego kontraktu serwisowego działa elektronowe, sekcje przyspieszające, detektory obrazu - 249.200.00 zl.
3. w poz. 18 - koszt roboczogodziny - serwis pogwarancyjny + czas dojazdu 13.00 zł.

Oferta Varian okazała się droższa od oferty Odwołującego aż o 1.298.670,70 zł (!) (oferta Odwołującego została skalkulowana na kwotę 18.077.000,00 zł), mimo to została wybrana. Odwołujący nie może się zgodzić z takim wynikiem przetargu, gdyż Varian dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu składowymi ceny oferty w celu otrzymania lepszej punktacji i uzyskania zamówienia. Dowodzą tego następujące okoliczności.

Koszty dotyczące kontraktu serwisowego (pkt 16 i 17 Załącznika nr 4 A-C do SIWZ) zostały skalkulowane na poziomie rażąco niskim, nieprzystającym do realiów rynkowych, mierzonych kwotami jakie w tym samym czasie, za analogiczne świadczenia rościli sobie wykonawcy, w tym również Varian. Poniżej dwa przykłady postępowań na serwis, gdzie ceny były kalkulowane indywidualnie, bez możliwości przeniesienia wartości między pozycjami zakupowymi:
Lp. Ośrodek Data Zakres Kwota
1. 19.05.2017 a. serwis 1 Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku
akceleratora TrueBeam
b. umowa zawarta na okres 5,5 miesiąca 501 737, 39 zł
2. 30.05.2017 Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu
a. świadczenie usług serwisowych pogwarancyjnych związanych z konserwacją, przeglądami, naprawami sprzętu i aparatury medycznej znajdującej się na Zakładzie Radioterapii
b. sprzęt; 2 akceleratory Clinac, 1 symulator, 1 system zarządzania i planowania leczenia Aria
c. umowa zawarta na 12 miesięcy
d. gwarancja - 3 miesiące 1 300 000,00 zł netto 1 599 000,00 zł brutto

Jak widać ceny oferowane w postępowaniach na usługi serwisu pogwarancyjnego takiego samego sprzętu co zaoferowany w niniejszym Postępowaniu są wielokrotnie wyższe, niż zadeklarowane przez Varian dla Zamawiającego. Mając na uwadze identyczny przedział czasowy nie sposób przyjąć, że nastąpiły jakiekolwiek obiektywne czynniki tłumaczące tak istotne zróżnicowanie kosztów obsługi urządzeń. Co więcej, podane przykłady dotyczą świadczeń realizowanych w okresie 0,5-1 rok. W przypadku niniejszego Postępowania mówimy o kwotach obowiązujących za co najmniej trzy lata. Widać zatem, iż cena dla

---

Zamawiającego jest zaniżona, a realny koszt który będzie ponoszony z tytułu obsługi pogwarancyjnej został nielegalnie „przerzucony” do ceny za sprzęt.
Ponadto Varian w poz 18 Załącznika nr 4 A-C do SIWZ zaoferował nierealną cenę godziny pracy serwisu, która została skalkulowana na poziomie zaledwie 13 zł co nawet nie pokrywa kosztów wynagrodzenia minimalnego. Kosztem pracodawcy (względnie zleceniodawcy) nie jest jedynie kwota wypłacana pracownikowi (zleceniobiorcy), ponieważ należy do niej doliczyć narzuty pokrywane przez pracodawcę. Koszty pracy można podzielić na dwie części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zalicza się połowę składki emerytalnej (czyli 9,76 procenta), większą część rentowej (6,5 procenta) oraz całą wypadkową. Dodatkowo pracodawca uiszcza należności na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W sumie daje to ponad 20 procent wynagrodzenia brutto pracownika. Druga grupa to koszty płacowe, w skład których wchodzą wynagrodzenia osobowe oraz dodatki, nagrody i premie. Do wydatków ściśle związanych z pracą inżynierów serwisowych zaliczyć należy również koszty regularnych szkoleń i innych form związanych z podnoszeniem kwalifikacji.
Zwrócić należy uwagę, że od liczby godzin roboczych (średnio 168 godzin w miesiącu) należy odliczyć czas wykorzystywany przez pracowników na urlopy, szkolenia i zwolnienia lekarskie, co również odpowiednio podwyższa stawkę za roboczogodzinę. Powyższe nie uwzględnia również kosztów odzieży ochronnej i roboczej, kosztów dojazdu w postaci paliwa, czy też utrzymania i amortyzacji samochodu. Wydaje się więc, że Varían intencjonalnie pominął ten aspekt, wpisując zupełnie pozorną kwotę.
Nierealność stawek zaoferowanych przez Varian widać również poprzez ich porównanie z innymi ofertami złożonymi w przedmiotowym Postępowaniu. W ofercie Elekta roboczogodzina serwisu wraz z dojazdami została wyceniona na kwotę 420,00 zł - 32-krotnie większą od kosztu wskazanego przez Varían. W zadaniu nr 2 firma Siemens wyceniła tę pozycję na kwotę 1390,00 zł - 106 razy większą od kosztu wskazanego przez Varían, w tym za sam czas dojazdu 880 zł (!). Nie bez znaczenia pozostaje przy tym to, iż zakres zadania nr 2 dotyczy o wiele mniej skomplikowanego przedmiotu (dostawa tomografu komputerowego), a co za tym idzie jego koszty (w tym koszty serwisu) będą zapewne

nieporównywalnie mniejsze od tak zindywidualizowanego zadania, na które składa się dostawa terapeutycznego wysokoenergetycznego akceleratora liniowego, zestawu dozymetrycznego, komputerowych systemów do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów, oraz wyposażenia modelarni (w tym celu wystarczy porównać wartość tych zamówień). Trudno jest zatem przyjąć, iż koszt specjalistów mających brać udział w mniej skomplikowanym projekcie ma być 106 razy wyższy niż koszt pracownika biorącego udział w nieporównywalnie większym przedsięwzięciu. Wydaje się więc, że Varian nie tylko intencjonalnie pominął obligatoryjne

koszty związane z odprowadzaniem odpowiednich należności publicznoprawnych od wypłacanego swoim pracownikom wynagrodzenia, dojazdem oraz inne rutynowo ponoszone przy tego rodzaju świadczeniach, ale przede wszystkim drastycznie zaniżył rzeczywiste koszty robocizny.
Z doświadczenia życiowego wynika, że wykwalifikowany specjalista do obsługi sprzętu medycznego nie może zarabiać tyle samo, ile otrzymuje (bo gwarantują mu to przepisy) pracownik fizyczny najniższego zaszeregowania. Z ogólnie dostępnych raportów płacowych można powziąć informację, iż w Polsce serwisant urządzeń medycznych zarabia średnio 4700,00 zł brutto (koszt pracodawcy w takim wypadku wynosi ok 5668,67 zł). Rynkowe zarobki na stanowisku serwisanta urządzeń medycznych zawierają się w przedziale od 4500 PLN do 5400 PLN. Natomiast z danych opublikowanych w raporcie płacowym przez Sedlak&Sedlak wynika, iż średnie zarobki inżynierów serwisu/specjalistów art. serwisu wynoszą 5314,00 zł brutto (koszt pracodawcy 6409,21 zł).
Analiza powyższych zagadnień prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wyszczególnienie przez Varian kwoty za serwis pogwarancyjny są całkowicie nierealne. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego bezspornie nierealna wycena istotnej kosztowo usługi serwisu pogwarancyjnego, w tym wycena kosztu roboczogodziny wraz z dojazdem przez okres 2 lat po upływie okresu gwarancji (wykonawcy muszą mieć też na uwadze, iż gwarancja może ulec przedłużeniu, jeżeli w jej okresie dokonana zostanie naprawa, powinni też brać możliwy w tym okresie wzrost płacy minimalnej) na poziomie 13,00 zł, podyktowana jest jedynie chęcią pozyskania maksymalnej oceny punktowej w stosowanym dla wyboru oferty najkorzystniejszej kryterium oceny ofert jakim jest „Zapewnienie serwisu pogwarancyjnego" i stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, do którego nawiązuje art.89 ust 1 pkt 3 Pzp.
Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobrymi obyczajami w rozumieniu przytoczonego przepisu są pozaprawne reguły lub normy postępowania odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, którymi bez wątpienia powinni cechować się przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą, co ma swoje odzwierciedlenie również w art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 ze zm), zgodnie z którym przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

Nie sposób w powyższych działaniach Varian odnaleźć innych celów, niż osiągnięcie rezultatu w postaci uzyskania przedmiotowego zamówienia, poprzez sztuczne, w oderwaniu od realiów rynkowych, określenie ceny w zakresie serwisu pogwarancyjnego, aby tym sposobem w danym kryterium oferta Varian przeważyła nad pozostałymi, złożonymi w Postępowaniu.
Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie wypowiadała się na temat manipulowania

składowymi ceny w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.: „Ceny poszczególnych elementów oferty, w przypadku takiego rozbicia ceny ofertowej, jak zastosował zamawiający - również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych. Częściej spotykanym przypadkiem, jest taki - jak ma miejsce w niniejszym postępowaniu - zaniżania cen związanych z dążeniem do uzyskaniem większej punktacji w oznaczonym kryterium oceny ofert - do granic absurdalnych, oferując któreś ze składowych cen, art. za wywóz śmieci - objętych kryterium oceny ofert - za dopłatą na rzecz zamawiającego, co powodowało matematyczne skutki - nie tylko braku punktacji dla konkurentów, tak jak stało się w niniejszym przypadku, ale wręcz konieczność odejmowania punktów wykonawcom, którzy zaoferowali realne ceny, (zgodnie z wzorem matematycznym przyznawania punktacji w kryterium ceny -zamieszczonym w SIWZ). ” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r. o sygn.. Akt KIO 473/17).
Powyższemu zagadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza poświęciła znaczną część uzasadnienia w wyroku o sygn. akt KIO 1934/12. „Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być, bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym w ocenie Izby zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O ile działanie odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jednak nawet wtedy, gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych przepisów, powstaje

uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ"
Podobne stanowisko zostało odzwierciedlone w uchwale KIO z dnia 16.04.2014 r. o sygn. akt KIO/KD 30/14 „Okolicznością przesadzająca o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.”
W tym miejscu powołać należy również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2016 r. o sygn. Akt KIO 2038/16, w którym jeden z wykonawców zaoferował za kontrakt serwisowy cenę w wysokości 1 Euro netto w celu otrzymania jak najlepszej punktacji w tym kryterium. Izba zakwalifikowała takie zachowanie jako czyn nieuczciwej konkurencji i nakazała Zamawiającemu odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 3 Pzp (zob. uzasadnienie wyroku z dnia 14 listopada 2016 r. o sygn. akt KIO 2038/16).
Natomiast w wyroku KIO z dnia 19.02.2014 r. o sygn. KIO 216/15 zaznaczono: „W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób. że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczna cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. Dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nawet nie kryje się z rzeczywistymi pobudkami swoich działań wskazując w odwołaniu, iż wykorzystał sytuację w której zamawiający „nie potrafił przewidzieć skutków zastosowanych przez siebie kryteriów oceny ofert" (podobnie KIO w: wyroku z dnia 27 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 293/17, wyroku z dnia 29.03.2017 r. o sygn. akt KIO 543/17, wyroku z dnia 03.12.2015 r. o sygn.akt KIO 2553/15 (w którym Izba nazwała tego typu kalkulację niedozwoloną „inżynierią cenową" w wyroku z dnia 24.09.2014 r. o sygn. akt KIO 1844/14).
Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej podtrzymuje orzecznictwo Sądów Okręgowych. W wyroku z dnia 14 marca 2017 r. o sygn. akt XXIII Ga 967/16 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, iż wykonawca dopuścił się nieuczciwego manipulowania składowymi ceny oferty. Połączenie ceny dotyczącej dwóch najważniejszych usług: bardzo wysokiej z bardzo niską pozwoliło skarżącej na uśrednienie ceny oferty na wykonanie zamówienia publicznego w atrakcyjnej wysokości (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r. o sygn. akt XXIII Ga 967/16).
Dodatkowego zaakcentowania wymaga fakt, iż już sama wysokość elementu wyceny dotyczącej serwisu pogwarancyjnego w powiązaniu z kryterium oceny ofert i obowiązkami wykonawców, niezbędnymi dla kalkulacji danego zakresu zamówienia stanowi dowód w rozumieniu art. 190 ust. 1 Pzp do wykazywania wystąpienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Aby dojść do tego rodzaju wniosków wystarczy zbadać cele, do których doprowadziły działania danego wykonawcy tj. zbadania wszelkich pobudek i motywacji oferenta, którą bez wątpienia w niniejszym Postępowaniu było pozyskanie zamówienia publicznego w sposób nieuprawniony i niezgodny z praktykami rynkowymi (tak wywiodła Izba w przytoczonym powyżej wyroku z dnia 28 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 473/17).
W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać - czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niestety, Zamawiający w niniejszym Postępowaniu z tego obowiązku się nie wywiązał. Na marginesie zauważyć należy, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 stanowi w pełni samodzielną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy z omawianej przyczyny. Zatem nie byłoby nawet w takiej sytuacji potrzeby uruchamiania procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Wobec przytoczonej wyżej argumentacji odwołujący wnosi jak w petitum.

Odpowiedź zamawiającego

Pismem z dnia 18 lipca 2016 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o

oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.
W uzasadnieniu przedstawił argumentację stanowiska w sprawie.
Według zamawiającego wybór oferty wykonawcy Varian Medical Systems Poland sp. z o.o. w Warszawie był prawidłowy i nastąpił w sposób zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, podniesionych przez odwołującego, zamawiający podniósł w szczególności.
Na wstępie Zamawiający podnosi, że całość przedstawionej przez Odwołującego w odwołaniu argumentacji bazuje wyłącznie na niczym niepopartych twierdzeniach, które w istocie stanowią hipotetyczne rozważania Odwołującego o rzekomo nieuczciwym sposobie skalkulowania ceny przez Przystępującego. Co istotne, niemal całość zarzutów Odwołującego sprowadza się do kwestionowania przez Odwołującego wskazanej przez Przystępującego stawki kosztów roboczogodziny określonej przez tego ostatniego na poziomie 13 zł netto za godzinę. Na tej podstawie Odwołujący wywodzi, że określone przez Przystępującego w ofercie koszty pogwarancyjnego kontraktu serwisowego zostały skalkulowane na poziomie rażąco niskim, nieprzystającym do realiów rynkowych i Odwołujący nie wykazuje przy tym, jaki wpływ na ocenę oferty przystępującego, a co za tym idzie na wynik całego postępowania, miał fakt rzekomego „zaniżenia" przez przystępującego wartości kosztów roboczogodziny (pogwarancyjnego kontraktu serwisowego). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się natomiast, że „Przy podnoszeniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) konieczne jest potwierdzenie dowodami i nie opieranie się jedynie na hipotezach w wypadku formułowania zarzutu naruszenia klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.)."[wyrok KIO z dnia 27 września 2016 roku, sygn. akt KIO 1712/16]. Już zatem przez wzgląd na fakt, że Odwołujący bazuje jedynie na niczym niepopartych domysłach przedstawiona przez Odwołującego argumentacja powinna być uznana za chybioną, a podniesione przez niego zarzuty za nieuprawnione.
W ocenie Zamawiającego za całkowicie gołosłowne uznać należy w szczególności twierdzenia Odwołującego, że „Varian nie tylko intencjonalnie pominął obligatoryjne koszty związane z odprowadzaniem odpowiednich należności publicznoprawnych od wypłacanego

swoim pracownikom wynagrodzenia, dojazdem oraz inne rutynowo ponoszone przy tego rodzaju świadczeniach, ale przede wszystkim drastycznie zaniżył rzeczywiste koszty robocizny". Należy bowiem podkreślić, że podana przez Przystępującego w ofercie stawka roboczogodziny odpowiada przepisom o płacy minimalnej, dlatego Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby powziąć przy badaniu oferty Przystępującego jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie. Tym samym w okolicznościach faktycznych postępowania brak było podstaw do uznania, że złożenie przez Przystępującego oferty nie odpowiada normalnej konkurencji rynkowej i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
Zdaniem Zamawiającego nawet sam fakt rzekomego stosowania przez Przystępującego różnych cen sprzedaży towarów i usług tożsamych lub podobnych do towarów i usług zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu nie świadczy o dopuszczeniu się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Należy bowiem podkreślić, że w polskim porządku prawnym nie istnieje po stronie przedsiębiorcy obowiązek stosowania takich samych cen przy sprzedaży takich samych produktów czy usług różnym klientom.
Zamawiający podnosi również, że całkowicie chybione i niezrozumiałe jest odwoływanie się przez Odwołującego do kosztów serwisu pogwarancyjnego, jakie podali inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie innego zamówienia. Przedmiot dostawy w Zadaniu 2 jest zupełnie inny niż przedmiot zamówienia dla Zadania 1, a tym samym „proste" porównanie cen podanych przez różnych wykonawców dla różnych zamówień nie może samo w sobie świadczyć o zaniżeniu wartości kosztów wykonania zamówienia przez Przystępującego, a tym bardziej o dopuszczeniu się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji.
Zamawiający podnosi ponadto, że sam fakt istnienia różnić pomiędzy ceną oferty Odwołującego i ceną oferty wybranego wykonawcy nie jest wystarczający do uznania, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Naturalnym

bowiem objawem konkurencji jest składanie przez wykonawców ofert, których ceny i ich składowe różnią się od cen konkurentów nawet w sposób znaczny. się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy działają w warunkach W ocenie Zamawiającego nie można utożsamiać normalnej konkurencji rynkowej z nieuczciwą konkurencją, w szczególności w sytuacji gdy faktem notoryjnym jest, że oferowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia przez wykonawców ceny na ten sam lub podobny przedmiot zamówienia różnić się mogą nawet w krótkich odstępach czasu. Ubiegając konkurencji cenowej i mają pełną swobodę w kształtowaniu cen oferowanych towarów i usług. Okoliczność ta ma istotne znaczenie m. in. przy wykładni art. 15 ust. 1 u.z.n.k., którego naruszenie Odwołujący zarzuca w odwołaniu, albowiem nawet w sytuacji, gdyby hipotetycznie przyjąć, że cena złożonej przez Przystępującego oferty została przez niego skalkulowana poniżej kosztów własnych, to takie działanie nie mogłoby w ocenie Zamawiającego skutkować automatycznym uznaniem, że złożenie tej oferty stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji. Przy wykładni art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zauważa się bowiem, że „(...) w warunkach gospodarki rynkowej dozwolona musi być sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), gdyż jest to typowy instrument konkurencji, w wyniku której zyskują przede wszystkim konsumenci. Tym samym kwalifikowanie zaniżania cen przez przedsiębiorców jako czynu nieuczciwej konkurencji ma charakter wyjątkowy." [M. Sieradzka, J. Sroczyński i M. Mioduszewski w Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: WK 2016, Lex/el 2017]. W tym kontekście na uwagę zasługuje jeszcze pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 11 kwietnia 2016 roku, sygn. akt KIO 456/16, w którym Izba stwierdziła, że „Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza wskazany przepis ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej."
Zamawiający podkreśla również, że w trakcie badania danego zachowania przedsiębiorcy w kontekście dopuszczenia się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji, niezależnie od strony badania tego czynu pod kątem wypełnienia przesłanek skutkujących uznaniem danego zachowania za jeden z deliktów stypizowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również powinno podlegać ocenie z punktu widzenia naruszenia art. 3 u.z.n.k. Z tej też przyczyny, nie każde utrudnianie dostępu do rynku może zostać zakwalifikowane, jako czyn nieuczciwej konkurencji, ale tylko takie, które jest nieuczciwe [porównaj: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 stycznia 2017 roku, sygn. akt IACa2106/15].
W odwołaniu natomiast brak jest jakichkolwiek dowodów zarówno na fakt, że Przystępujący zaniżył koszty serwisu pogwarancyjnego, jak również na fakt, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie tylko zaoferował przy odwołaniu dowodów potwierdzających zarzut dopuszczenia się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, ale nawet nie przywołał przekonywujących okoliczności, które pozwoliłyby stwierdzić, że w odniesieniu do czynności Przystępującego wyczerpana została którakolwiek z przesłanek warunkujących zakwalifikowanie jego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie KIO powszechnie aprobowany jest natomiast pogląd, że odrzucenie oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3) u.z.n.k. nie może nastąpić w oparciu o domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a jedynie w sytuacji gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji [tak: KIO w wyroku z dnia 19 września 2014 roku, sygn. akt KIO 1863/14]. W kontekście prowadzonych rozważań na uwagę zasługuje również pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4

maja 2015 roku, sygn. akt KIO I 825/15, w którym Izba stwierdziła, że: „W ocenie Izby

należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.".
Niezależnie od powyższego Zamawiający podnosi również, że formułowanie przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1) i 5) u.z.n.k. w związku z art. 3 ust. 1 tej ustawy jest możliwe bądź to w sytuacji, gdy zachowaniu przedsiębiorcy nie można przypisać cech konkretnego deliktu stypizowanego w Rozdziale 2 u.z.n.k. (od art. 5 do art. 17e. u.z.n.k.), bądź też w przypadku, gdy dany czyn zostanie zakwalifikowany na podstawie art. 15 ust. 1 u.z.n.k., jako czyn nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo istnieją podstawy do przyjęcia, że sprawca tego czynu działał w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami zagrażając lub naruszając interes innego przedsiębiorcy [tak. m. in. KIO w wyroku z dnia 7 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 2930/13; porównaj również: M. Sieradzka, J. Sroczyński i M. Mioduszewski w Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: WK 2016, Lex/el 2017]. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał tego, że złożenie oferty przez Przystępującego wyczerpuje w/w przesłanki, jak również nie wykazał, że działaniu Przystępującego można przypisać cechę „wymuszenia" wyboru oferty Przystępującego, dlatego należy stwierdzić, że całkowicie chybiony i nieuprawniony jest zarzut Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3) P.z.p. w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) i 5) u.z.n.k..
W tym miejscu dla porządku tylko Zamawiający podnosi jeszcze, że przywołane w odwołaniu orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych nie może znaleźć zastosowania w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, albowiem orzeczenia te zapadły w całkowicie odmiennych stanach faktycznych i jako takie nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia sprawy wszczętej na skutek odwołania Odwołującego.
Zamawiający podnosi również, iż wbrew stanowisku Odwołującego „(...) sama wysokość elementu wyceny dotyczącej serwisu pogwarancyjnego w powiązaniu z kryterium oceny ofert i obowiązkami wykonawców, niezbędnymi do kalkulacji danego zakresu zamówienia (...)" n\e może stanowić w rozumieniu art. 190 ust. 1 P.z.p. dowodu do wykazywania wystąpienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji.
Na koniec Zamawiający oponuje przeciwko stanowisku Odwołującego i podnosi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz wybór oferty wykonawcy Varian Medical Systems Poland sp. z o.o. w Warszawie zostały przeprowadzone w warunkach

zgodności z obowiązującymi przepisami oraz w poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców i w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Z tego też względu stawiane przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 P.z.p. uznać należy za całkowicie nieuzasadnione i bezpodstawne. Z tych samych względów chybiony jest zarzut Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 P.z.p.
Reasumując zamawiający wnosi o oddalenie odwołania, ponieważ odwołujący nie udowodnił naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 pzp.

Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany

Również stanowisko w sprawie przedstawił w dniu 18 lipca 2017 roku przystępujący co prawda nazwał je sprzeciwem wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego a co niemiało w praktyce miejsca. Nie oznacza jednak to braku możliwości uwzględnienia przez Izbę przedstawionego stanowiska w sprawie przez przystępującego jak poniżej.
Przystępujący sprzeciwił się uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego (co jak wyżej Izba zaznaczyła nie miało miejsca). Ponadto wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków w osobie Pana M.J. na adres Uczestnika; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów prywatnych w postaci: Tabela

obrazująca średni odsetek wizyt serwisowych bez wymiany części i średnią liczbę wizyt serwisowych z wymianą części dla jednego akceleratora w ciągu roku, w oparciu o badanie historyczne co do 14 akceleratorów w ostatnich dziesięciu latach; Kalkulacja kosztów serwisu pogwarancyjnego; Analiza wydatków (zakup części do napraw) od roku 2012. Powyższe na okoliczność na okoliczność kalkulacji oferty Varian w zakresie, będącej poza przedmiotem zamówienia oferty serwisu pogwarancyjnego, przyjętych założeń i metodologii estymacji oraz braku pozycji dominującej Varian.
Ponadto wniósł o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Uczestnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, za postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą.
W uzasadnieniu przedstawił w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.
Co do braku przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych („Pzp"). Zarzut ten jest chybiony i nie znajduje najmniejszego uzasadnienia w stanie faktycznym jak i prawnym. Zarzut ten jest bezpodstawny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący się, formułując zarzut czynu nieuczciwej konkurencji wobec Varian nie przedstawił żadnych dowodów, które twierdzenie to by

chociaż uprawdopodobniały. Podkreślić należy, że w sytuacji takiej zastosowanie mają ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podkreślić jednak należy, że katalog przesłanek jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco. Ponadto jeśli oferta odrzucona z naruszeniem przesłanek określonych w komentowanym artykule byłaby ofertą, która w świetle kryteriów oceny ofert winna być uznana za najkorzystniejszą, wówczas wykonawcy, który ją złożył, przysługiwałoby prawo do uznania umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a innym wybranym wykonawcą za bezskuteczną w stosunku do siebie, po spełnieniu wymagań wynikających z art. 59 k.c. Wymaganiem tym jest fakt, iż strony umowy (zamawiający i wykonawca) wiedziały o roszczeniu.
Brak cech czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu oferty przez Varian
Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k."): „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców."
Nie każde utrudnianie dostępu do rynku stanowi naruszenie ustawy, lecz jedynie takie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej.2 Oczywistym jej skutkiem może być „utrudnianie" innym uczestnikom danego rynku dostępu do niego, byleby czynione to było w sposób zgodny z pożądaną, a więc uczciwą rywalizacją. Jak podkreślił Prezes UOKiK, nie każde utrudnienie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnienie, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe.3 Z kolei C. Banasiński i M. Bychowska podkreślają, że utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wówczas, gdy nie znajduje uzasadnienia w mechanizmie konkurencji.
Jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikowany jako sprzedaż lub odsprzedaż poniżej kosztów należy kwalifikować takie zachowanie przedsiębiorcy, które kumulatywnie: i) stanowi przejaw utrudniania, 2) polega na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, 3) ma na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tylko kumulatywne wystąpienie wszystkich wskazanych przesłanek pozwala zakwalifikować sprzedaż jako czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu nie wykazał spełniania kumulatywnie wszystkich trzech przesłanek.
Należy wyraźnie podkreślić, że owo utrudnianie musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Jeżeli jest ono prowadzone w innym celu, tak jak w niniejszej sprawie, to nie może być mowy o delikcie nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k..

Zatem tylko sprzedaż poniżej kosztów, która została dokonana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. w celu wejścia na rynek (tak wyrok SA w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., IACa 231/07, Apel.-W-wa 2008, nr 4, poz. 32) może zostać zakwalifikowana jako delikt nieuczciwej konkurencji. W obrocie gospodarczym może spotkać praktyki loss leading, polegające na stosowaniu cen poniżej kosztów przy wprowadzaniu na rynek nowego produktu.
Odwołujący zarzuca Varian, że roboczogodzina serwisu zaoferowana przez Varian odbiega od stawek zaproponowanych w innych ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu. Po pierwsze Odwołujący porównuje ofert nieporównywalnych, bowiem porównuje oferty na serwis w zadaniu nr 1 z serwisem w zadaniu nr 2. Świadczy o tym zarówno treść Odwołania, jak i fakt, że co do zadania nr 1 wpłynęły jedynie dwie oferty, tj, od Odwołującego i od Varian, a Odwołujący powołuje się na ofertę Siemens. Kluczowe znaczenie ma jednak to, że nie można skutecznie wywodzić zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji poprzez oferowanie ceny znacznie niższej, od ceny konkurentów.
Porównanie wskazane przez Odwołującego jest zatem nieprzydatne dla wykazania rzekomego zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie ceny poniżej kosztów własnych.
Czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne, ponoszone przez konkurentów, czy - tym bardziej - koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. Przykładowo, jeżeli przedsiębiorca uzyska szczególnie tanie źródło zakupu surowca, to będący tego efektem niski koszt wyrobu finalnego nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 1 (dopóki przedsiębiorca nie będzie sprzedawał wyrobów poniżej tych niskich, przez siebie ponoszonych kosztów). Nie spełnia przesłanek ustawowych także sprzedaż poniżej kosztów, która ma na celu np. wejście na rynek. Brak będzie w takiej sytuacji przesłania w postaci działania nakierowanego na utrudnienie (eliminację) funkcjonowania na rynku innego przedsiębiorcy.

Odwołujący zarzuca Varian, że cena godziny pracy serwisu na poziomie 13 zł nie pokrywa kosztów wynagrodzenia minimalnego. Zarzut ten jest nieprawdziwy i skrajnie chybiony. Przy tym Odwołujący dokonuje manipulacji liczbą godzin roboczych w miesiącu wskazując, że jest to 168 godzin, co odpowiada 21 dniom roboczym, podczas gdy w miesiącu jest około 23 dni roboczych co daje 184 godziny w miesiącu. Przeliczenie 186 godzin po 13 zł daje 2 418 zł, a zatem jest wartością o 20% wyższą od płacy minimalnej i wbrew bezpodstawnym twierdzeniom Odwołującego w pełni uwzględnia wszystkie koszty płacowe i pozapłacowe pracodawcy (zleceniodawcy).

To Odwołujący winien wykazać i udowodnić, że cena Varian skalkulowana jest poniżej kosztów własnych Varian, a nie poniżej kosztów innych oferentów. Powoływanie się na doświadczenie życiowe co do wysokości wynagrodzeń pracowników serwisu, ale nie pracowników serwisu Variana, nie wystarcza nawet do uprawdopodobnienia tezy, że Varian zaproponował cenę poniżej własnych kosztów.
Kalkulacja Varian jest rzetelna i realna oraz oparta na założeniach, będących wynikiem badania sposobu wykonywania serwisu przez Candela sp. z o.o. oraz przez Varian przez okres 10 lat, w latach 2007-2016, co do 14. akceleratorów.
Przedstawił tabelę, która obrazuje średni odsetek wizyt serwisowych bez wymiany części i średnią liczbę wizyt serwisowych z wymianą części dla jednego akceleratora w ciągu roku, w oparciu badanie historyczne co do 14 akceleratorów w ostatnich dziesięciu latach.
Łączna liczba wizyt serwisowych z wymianą części dla w/w 14 akceleratorów: 2 714.
Średnia liczba wizyt z wymianą części dla 1 akceleratora w ciągu roku: 21.
Jak wynika z zestawienia średni odsetek wizyt serwisowych bez wymiany części wynosi 49%-To oznacza, że liczba wizyt może być o połowę mniejsza, albowiem tam gdzie nie ma potrzeby wymiany części serwis akceleratora nie wymaga wizyty serwisanta i może

być prowadzony zdalnie, za pomocą internetu. Średnia liczba wizyt serwisowych z wymianą części dla jednego akceleratora w ciągu roku wyniosła 21.

Przedstawiono tabelę, która obrazuje jak Varian przeprowadził estymację kosztów serwisu pogwarancyjnego oraz jakie przyjął założenia do kalkulacji. W ramach założeń przyjęto, w sposób w pełni uzasadniony, że sprzęt podlegający serwisowi, jako prawie nowy i tuż po trzyletnim serwisie gwarancyjnym będzie w doskonałym stanie o niskim stopniu zużycia. Za zasadnością takich założeń przemawia fakt, że to sprzęt bezpośrednio po gwarancji oraz że będzie to sprzęt stosunkowo mało zużyty, ze względu na ponadprzeciętne nasycenie województwa lubelskiego sprzętem do radioterapii.

18. Poniższa tabela obrazuje jak Varian przeprowadził estymację kosztów serwisu pogwarancyjnego oraz jakie przyjął założenia do kalkulacji. W ramach założeń przyjęto, w sposób w pełni uzasadniony, że sprzęt podlegający serwisowi, jako prawie nowy i tuż po trzyletnim serwisie gwarancyjnym będzie w doskonałym stanie o niskim stopniu zużycia. Za zasadnością takich założeń przemawia fakt, że to sprzęt bezpośrednio po gwarancji oraz że będzie to sprzęt stosunkowo mało zużyty, ze względu na ponadprzeciętne nasycenie województwa lubelskiego sprzętem do radioterapii. Powyższa kalkulacja jednoznacznie wskazuje na rzetelność estymacji rzeczywistych kosztów serwisu pogwarancyjnego. W oparciu o wcześniejsze badania historyczne w

---

pełni uzasadnione są założenia do kalkulacji dotyczące prawdopodobieństwa zaistnienia uszkodzeń sprzętu i przyjęcia wskaźnika kosztu części na poziomie 3% dla dwóch lat. Na marginesie warto wskazać, że Odwołujący przyjął ten wskaźnik na poziomie 3,6%, a zatem bardzo zbliżonym.
19. Ponadto przy przyjęciu, że na przeglądy każdego z akceleratorów TrueBeam potrzeba 8 wizyt, a przy uwzględnieniu analiz historycznych na naprawy potrzeba będzie co najwyżej 21 wizyt, oznacza to 29 wizyt serwisanta u Zamawiającego. Jeżeli uwzględni się, że przedmiotem zamówienia są dwa akceleratory TrueBeam, to daje to 58 wizyt. Jeżeli do tego doda się 13 wizyt na pozostały sprzęt, to daje 71 wizyt rocznie.rzedstawiona powyżej kalkulacja jednoznacznie wskazuje na rzetelność estymacji rzeczywistych kosztów serwisu pogwarancyjnego. W oparciu o wcześniejsze badania historyczne w pełni uzasadnione są założenia do kalkulacji dotyczące prawdopodobieństwa zaistnienia uszkodzeń sprzętu i przyjęcia wskaźnika kosztu części na poziomie 3% dla dwóch lat. Na marginesie warto wskazać, że Odwołujący przyjął ten wskaźnik na poziomie 3,6%, a zatem bardzo zbliżonym. Ponadto przy przyjęciu, że na przeglądy każdego z akceleratorów TrueBeam potrzeba 8 wizyt, a przy uwzględnieniu analiz historycznych na naprawy potrzeba będzie co najwyżej 21 wizyt, oznacza to 29 wizyt serwisanta u Zamawiającego. Jeżeli uwzględni się, że przedmiotem zamówienia są dwa akceleratory TrueBeam, to daje to 58 wizyt. Jeżeli do tego doda się 13 wizyt na pozostały sprzęt, to daje 71 wizyt rocznie.
20. Uczestnik kalkulując koszty serwisu pogwarancyjnego przyjął bardzo asekuranckie podejście, wskazując, że każda wizyta serwisanta u zamawiającego potrwa cały dzień roboczy, czyli 8 godzin. Jest to założenie znacznie zawyżające rzeczywisty czas robót serwisu pogwarancyjnego, ale jednocześnie wskazuje na nietrafność zarzutu manipulowania ceną serwisu i jej rzekomo zaniżenie, poniżej rzeczywistych kosztów.
21.Jeżeli serwisant poświęci na wykonanie usługi serwisu pogwarancyjnego zaledwie 71 dni roboczych, to oznacza, że pozostałe 2/3 dni roboczych w roku, będzie mógł wykorzystać na inne zlecenia, a zatem przychód z Varian będzie stanowił zaledwie 1/3 jego przychodów. Stąd prosty wniosek, że przychody serwisanta będą mogły być co najmniej trzykrotnie wyższe.
22.Kalkulacja Varian, dotycząca roboczogodziny serwisu pogwarancyjnego uwzględnia realia rynkowe, w tym specyfikę rynku pracy w województwie lubelskim i samym Lublinie, gdzie w mieście o stosunkowo dużej liczbie uczelni i studentów brak jest rozwiniętego przemysłu i rynku pracy dla dobrze wykształconej młodzieży akademickiej.
23.W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że w I kwartale 2017 r. stopa bezrobocia w Polsce wynosiła 8,1%, a 13,2% ogółu bezrobotnych stanowiły osoby z wyższym

wykształceniem. Warto zwrócić uwagę, że stopa bezrobocia w województwie lubelskim

jest o niemal 30% wyższa niż średnio w kraju i w I kwartale 2017 r. wyniosła 10,53%. Z kolei bezrobotni z wyższym wykształceniem w województwie lubelskim stanowią 16,5% ogółu bezrobotnych.
24.Przeciętne wynagrodzenie w Polsce w pierwszym kwartale 2017 r. wyniosło 4.353,55 zł brutto.? Natomiast przeciętne wynagrodzenie w województwie lubelskim wynosiło 3.772 zł brutto, gorzej zarabia się tylko w trzech województwach warmińsko-mazurskim, podkarpackim i podlaskim. Stąd przewidywania o możności pozyskania przez Varian serwisantów we wskazanej w ofercie cenie jest jak najbardziej prawdopodobne.
25.Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Varian, że kalkulując cenę nie uwzględnił kosztów odzieży ochronnej i roboczej oraz kosztów dojazdu w postaci paliwa, czy też utrzymania i amortyzacji samochodu. Również ten zarzut jest nieprawdziwy i skrajnie chybiony. W przypadku zleceniobiorców Varian koszty odzieży ochronnej i roboczej przerzuca na zleceniobiorców. Z kolei w niniejszym postępowaniu koszty dojazdu w postaci paliwa i amortyzacji samochodu nie występują, albowiem w kalkulacji Varian uwzględniono zaangażowanie zleceniobiorcy miejscowego z Lublina, który kosztów dojazdów nie generowałby wcale. Praktyka zatrudniania miejscowych inżynierów serwisu jest powszechnie stosowana przez Varian przy realizacji umów serwisowych m. in. w Gdańsku, Gliwicach, Poznaniu, Wrocławiu, Warszawie, Bydgoszczy.

Poniższa tabela obrazuje analizę wydatków na zakup części do napraw sprzętu komputerowego, dozymetrycznego oraz akceleratorów laserowych za ostatnie pięć lat, czyli lata 2012 - 2016, którą to analizę również wykorzystano do przygotowania kosztorysu napraw pogwarancyjnych.
Analiza wydatków (zakup części do napraw) od roku 2012 Sprzęt komputerowy
Średnia wartość zamówionych w ciągu 1 roku części komputerowych = 4643,58 zl netto.
Średnia wartość zamówionych części z IBA rocznie - 585,66 EUR netto
Średnia wartość zamówionych w ciągu 1 roku części komputerowych to 4.643,58 zł netto.
W świetle powyższej argumentacji nie może być mowy o sprzedaży przez Varian serwisu poniżej kosztów własnych. Ponadto podkreślić należy, że w kontekście art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców.10 Tego Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu nie wykazał.
Niezależnie od powyższej argumentacji, należy zwrócić uwagę, że w orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu, którym w szczególności może być zamiar pozbycia się zapasów w obliczu

trudności gospodarczych albo promocja wyrobów lub próba wejścia na rynek. W takich wypadkach odniesiony uboczny skutek, nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy, nie będzie miał znaczenia. W tym przypadku Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie można potraktować jako „nowy rynek" - Elekta również stosuje w takich przypadkach promocyjne ceny.
Warunkiem realizacji przesłanki w celu określonej w art. 15 ust. 1 pkt 1 jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić.11
Oceniając realność takich obaw, można pomocniczo skorzystać z narzędzi, którymi posługuje się prawo antymonopolowe w celu identyfikacji siły rynkowej przedsiębiorców. Otóż, zasadniczo warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która oznacza, że nie spotyka się on z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym. Istnienie zaś pozycji dominującej domniemywa się, jeżeli udział przedsiębiorcy w rynku przekracza 40% fart. 4 pkt 10 u.o.k.k.). Zgodnie z orzecznictwem europejskim należy przyjąć, że z dominacją

mamy do czynienia, jeżeli przedsiębiorca może zachowywać się w dużym stopniu niezależnie od swych konkurentów i klientów, a więc i konsumentów.12 Jest to zatem pozycja, która z powodu udziału przedsiębiorcy w rynku oraz dostępu do wiedzy technicznej, surowców lub kapitału powoduje, że może on wyznaczać ceny lub kontrolować produkcję bądź dystrybucję produktów.^ Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu nie uprawdopodobnił dominującej pozycji Varian na rynku. Zresztą byłoby to niemożliwie bowiem spółka Varian Medical Poland sp. z o.o. funkcjonuje od roku. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie" dostępu do rynku, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.
31. Orzecznictwo SN podążyło za wykładnią dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny, wskazując już jednoznacznie na potrzebę dowodzenia przesłanki utrudnienia dostępu do rynku (zob. wyrok SN z dnia 23 lipca 2015 r., I CSK 587/14, niepubl. Podejście to potwierdza postawioną przez nas tezę, że w sprawach objętych art. 15 u.z.n.k. nie uniknie się rozważań dotyczących rynku relewantnego dla danej sprawy, a w szczególności określenia rynku właściwego geograficznie, produktowo i czasowo.
32. W ślad za orzecznictwem KIO podnieść należy co następuje.

33- Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi w pkt 1, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Taka okoliczność w najmniejszym nawet stopniu nie została wykazana prze Odwołującego.
34. Jak to już wskazano wyżej dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów poniżej ich kosztów wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu. W takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony.
35. Warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją.
36.Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Odwołujący się nie wykazał, iż Varian, którego dotyczyły zarzuty odwołania posiada pozycję dominującą rynku. Nie sposób też przyjąć, iż działanie Varian miało na celu wyeliminowanie odwołującego się z rynku, jeżeli zaś odwołujący tak twierdził, fakt ten winien był udowodnić, czego nie uczynił w najmniejszym nawet stopniu.
37.Jest wręcz odwrotnie. Od momentu rejestracji spółka Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o. sprzedała 11 szt. akceleratorów do radioterapii, a Elekta Sp z o.o., również od momentu rejestracji, sprzedała 9 szt. akceleratorów do radioterapii.
38.Zważywszy na fakt, że potencjał polskiego rynku akceleratorów jest szacowany docelowo na 200 akceleratorów (wg Ministra Zdrowia „Mapa Potrzeb Zdrowotnych, str.

15), to należy uznać, że aktualnie ani Elekta Sp. z o.o., ani Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o. nie ma dominującej pozycji na rynku akceleratorów do radioterapii w Polsce, zaś potencjał obydwu spółek jest porównywalny.

39. Podkreślenia wymaga fakt, iż każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku. Zarówno wskazana przez odwołującego się forma utrudniania dostępu do rynku (zaniżenie ceny), jak i inne formy, są typowymi środkami walki konkurencyjnej i działania takie są, co do zasady, dozwolone. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.
40.W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20.05.2015 r. (KIO 920/15, LEX nr 1797986) Izba uznała, że: „Aby można było zarzucić wykonawcy dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonej branży". Okoliczność taka nie została w najmniejszym nawet stopniu uprawdopodobniona.
40. Okoliczności takiej zresztą nie da się uprawdopodobnić, bowiem jak stwierdził Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rynek urządzeń do teleradioterapii, w tym w zakresie dystrybucji i serwisowania sprzętu do radioterapii charakteryzuje się dużą niestabilnością udziałów w rynku posiadanych przez działających na nim przedsiębiorców.

Brak działania mającego na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy oraz brak stwarzania warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.
41. Zgodnie z art. 15 ust. 2 u.z.n.k:
Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:
ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;

3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych wpkti lub 2.
42.W zachowaniu Varian brak spełnienia, którejkolwiek z przesłanek z art. 15 ust. 2 u.z.n.k.
43.Przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy także został wprowadzony nowelą z 5 lipca 2002 r. Zamysłem ustawodawcy była ochrona przedsiębiorców przed utrudnieniem dostępu do rynku polegającym na „wymuszaniu" wyboru określonego przedsiębiorcy jako kontrahenta, którego skutkiem jest ograniczenie wolności wyboru rynkowego lub wyeliminowanie takiej możliwości. Prowadzić to może nawet do wyeliminowania konkurenta.
44.Przymus, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., wyraża się w wywołaniu przez

przedsiębiorcę stanu, w którym zachowujący się rozsądnie klient, w celu ochrony własnych interesów, po prostu nie może skorzystać z ofert konkurencyjnych (gdyż byłoby to nieracjonalne). Czasem zresztą „wymuszenie" może mieć nie tylko finansowy wymiar; przykładowo dzieje się tak wtedy, gdy ze względów technicznych nie ma możliwości zainstalowania w samochodzie innego radioodbiornika, niż wytwarzany przez producenta pojazdu.
45. Przykładowymi postaciami tego czynu są: ograniczenie w istotny sposób lub wyłączenie możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy (art. 15 ust. 2 pkt 1), stworzenie sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym (art. 15 ust. 2 pkt 2). Żadna z tych okoliczności nie zachodzi w niniejszym postępowaniu.
46. Jednocześnie wskazuję, że dane zawarte w punktach 15,17 i 26 oraz załącznikach nr 2, 3, i 4 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o. i może być użyta wyłącznie na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Varian Medical Systems Poland sp. z o.o. wnosi do KIO o zachowanie poufności danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Varian Medical Systems Poland sp. z o.o. i zobowiązuje Odwołującego oraz Zamawiającego i wszystkie osoby działające w ich imieniu do zachowania poufności danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i ich nieużywania w jakiejkolwiek formie i postaci, poza postępowaniem przed KIO w niniejszej sprawie. Jakiekolwiek wykorzystanie tabeli i danych w niej zawartych stanowić będzie naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa.
47. Mając na uwadze powyższe, przystępujący wnosi jak w petitum to jest o oddalenie odwołania popierając tym samym stanowisko zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1387/17

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, jak również dowodów z dokumentów, zawnioskowanych przez strony jak i uczestnika w tym w złożonym odwołaniu jak i pismach procesowych, ustaliła jak poniżej.

Jak wskazano już powyżej w części wstępnej uzasadnienia wyroku, przedstawiając stanowisko zawarte w odwołaniu, odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na:
1. wyborze w zadaniu nr 1 oferty Varían Medical Systems Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 12 dalej zwanej „Varían" lub "przystępujący" oraz na
2. zaniechaniu odrzucenia w zadaniu nr 1 oferty złożonej przez Varían.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności i zaniechania zostały dokonane niezgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp i art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) dalej jako „u.z.n.k." w zw. z art. 91 ust. 1ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia w zadaniu nr 1 oferty złożonej przez Varian pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji jej bezpodstawny wybór.
W tym stanie rzeczy odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu w zadaniu nr 1: unieważnienia czynności wyboru oferty Varian, odrzucenia oferty Varian, dokonania ponownej oceny ofert.
Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa wyposażenia medycznego (I etap) dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jego rodzaj, gabaryty, charakterystyka, parametry techniczne i inne niezbędne informacje zawiera Załącznik nr 4 A-C do SIWZ „Formularz oferty - Opis Przedmiotu Zamówienia". Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na

poszczególne zadania. Zadanie nr 1 (którego dotyczy niniejsze odwołanie) obejmowało

dostawę: terapeutycznego wysokoenergetycznego akceleratora liniowego (dwie sztuki), zestawu dozymetrycznego, komputerowych systemów do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów, wyposażenia modelarni.

Zgodnie z pkt XIV A SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) kryteriami oceny ofert były: cena oferty - C: 60%, zapewnienie serwisu pogwarancyjnego –T:13 %, okres gwarancji - G: 7%, parametry techniczne aparatów - P : 20%.
Zgodnie z pkt XIV Ad. 2 SIWZ punkty za serwis pogwarancyjny wyliczane były z następującego wzoru: T= Tn/Td x 10, gdzie:
T = punkty za koszty wyliczone dla danej oferty,
Tn = punkty przyznane za koszty danej ofercie,
Td = maksymalna liczba punktów przyznanych za koszty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.
Szczegółowa punktacja dotycząca serwisu pogwarancyjnego została zamieszczona w Załączniku nr 4 A-C do SIWZ: 1. w poz. 16 w zakresie kosztu rocznego, pełnego kontraktu serwisowego, do zdobycia przez wykonawców było od 0 do 20 pkt; „0 pkt wartość największa; 20 pkt wartość najmniejsza; pozostałe proporcjonalnie.”
2. w poz. 17 w zakresie kosztu rocznego, pełnego kontraktu serwisowego wraz z działami elektronowymi, sekcjami przyspieszającymi, detektorami obrazu do zdobycia przez wykonawców było od 0 do 15 pkt; „0 pkt wartość największa;15 pkt - wartość najmniejsza; Pozostałe proporcjonalnie”
3. w poz. 18 w zakresie kosztu roboczogodziny - serwis pogwarancyjny + czas dojazdu do zdobycia przez wykonawców było od 0 do 5 pkt; „0 pkt - wartość najmniejsza, 5 pkt - wartość największa, pozostałe proporcjonalnie.”
Jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 120 do SIWZ - odpowiedź z dnia 15.05.2017 r. wykonawcy byli zobligowani do podania ceny kontraktu serwisowego dla całego sprzętu objętego pakietem nr 1.
W ramach zadania nr 1 zostały złożone dwie oferty: Varian oraz odwołującego.
W dniu 26 czerwca 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż najkorzystniejszą ofertą w zadaniu nr 1 okazała się oferta Varian.
Na drugiej pozycji uplasowała się oferta Odwołującego.
W ofercie Varian cena brutto wyniosła 19.375.670,70zł. przy cenie odwołującego brutto 18.077.000,00 złotych.
W Załączniku nr 4 A-C do SIWZ Varian podał następujące kwoty dotyczące punktowanych elementów w kryterium „Zapewnienie serwisu pogwarancyjnego”:
1.w poz. 16 - koszt rocznego, pełnego kontraktu serwisowego - 190.200.00 zł.

2.w poz. 17 - koszt rocznego, pełnego kontraktu serwisowego działa elektronowe, sekcje przyspieszające, detektory obrazu - 249.200.00 zl.
3.w poz. 18 - koszt roboczogodziny - serwis pogwarancyjny + czas dojazdu 13.00 zł.
Oferta Varian była droższa od oferty odwołującego o 1.298.670,70 zł (oferta Odwołującego została skalkulowana na kwotę 18.077.000,00 zł), mimo to została wybrana. Odwołujący nie zgadzając się z takim wynikiem przetargu, podniósł zarzut w stosunku do Varian zarzucając dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu składowymi ceny oferty w celu otrzymania lepszej punktacji i uzyskania zamówienia. W celu udowodnienia postawionego zarzutu odwołujący przedstawił następujące okoliczności.
Według odwołującego koszty dotyczące kontraktu serwisowego (pkt 16 i 17 Załącznika nr 4 A-C do SIWZ) zostały skalkulowane na poziomie rażąco niskim, nieprzystającym do realiów rynkowych, mierzonych kwotami jakie w tym samym czasie, za analogiczne świadczenia rościli sobie wykonawcy, w tym również Varian. Podał dwa przykłady postępowań na serwis, gdzie ceny były kalkulowane indywidualnie, bez możliwości przeniesienia wartości miedzy

pozycjami zakupowymi:
Lp. Ośrodek Data Zakres Kwota
1. 19.05.2017 a. serwis 1 Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku
akceleratora TrueBeam
b. umowa zawarta na okres 5,5 miesiąca 501 737, 39 zł
2. 30.05.2017 Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu
a. świadczenie usług serwisowych pogwarancyjnych związanych z konserwacją, przeglądami, naprawami sprzętu i aparatury medycznej znajdującej się na Zakładzie Radioterapii b.sprzęt; 2 akceleratory Clinac, 1 symulator, 1 system zarządzania i planowania leczenia Aria c.umowa zawarta na 12 miesięcy
d. gwarancja - 3 miesiące 1 300 000,00 zł netto 1 599 000,00 zł brutto
Z powyższego odwołujący wywiódł, że ceny oferowane w postępowaniach na usługi serwisu pogwarancyjnego takiego samego sprzętu co zaoferowany w niniejszym postępowaniu są wielokrotnie wyższe, niż zadeklarowane przez Varian dla zamawiającego. Tym bardziej, że wskazane ceny jak podkreślił odwołujący dotyczą wręcz identycznego przedziału czasowego co nie pozwala przyjąć, że nastąpiły jakiekolwiek obiektywne czynniki tłumaczące tak istotne zróżnicowanie kosztów obsługi urządzeń. Przy czym podane przykłady dotyczą świadczeń realizowanych w okresie od 0,5 do 1 roku. W niniejszym postępowaniu podane kwoty obowiązywać będą przez co najmniej okres trzech lat. Z powyższych zestawień i porównań odwołujący wywiódł, iż cena dla zamawiającego jest zaniżona, a faktyczny koszt ponoszony z tytułu obsługi pogwarancyjnej został nielegalnie „przerzucony" do ceny za sprzęt.
Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że Varian w poz. 18 Załącznika nr 4 A-C do SIWZ zaoferował cenę godziny pracy serwisu, która została skalkulowana na poziomie zaledwie 13

---

zł a co nawet nie pokrywa kosztów wynagrodzenia minimalnego. Jak dalej podniósł odwołujący kosztem pracodawcy (względnie zleceniodawcy) nie jest jedynie kwota wypłacana pracownikowi (zleceniobiorcy), ponieważ należy do niej doliczyć narzuty pokrywane przez pracodawcę. Koszty pracy można podzielić na dwie części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zalicza się połowę składki emerytalnej (czyli 9,76 procenta), większą część rentowej (6,5 procenta) oraz całą wypadkową. Dodatkowo pracodawca uiszcza należności na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W sumie daje to ponad 20 procent wynagrodzenia brutto pracownika. Druga grupa to koszty płacowe, w skład których wchodzą wynagrodzenia osobowe oraz dodatki, nagrody i premie. Do wydatków ściśle związanych z pracą inżynierów serwisowych zaliczyć należy również koszty regularnych szkoleń i innych form związanych z podnoszeniem kwalifikacji.
Zwrócić należy uwagę, że od liczby godzin roboczych (średnio 168 godzin w miesiącu) należy odliczyć czas wykorzystywany przez pracowników na urlopy, szkolenia i zwolnienia lekarskie, co również odpowiednio podwyższa stawkę za roboczogodzinę. Powyższe nie uwzględnia również kosztów odzieży ochronnej i roboczej, kosztów dojazdu w postaci paliwa, czy też utrzymania i amortyzacji samochodu. Wydaje się więc, że Varían intencjonalnie pominął ten aspekt, wpisując zupełnie pozorną kwotę.
Nierealność stawek zaoferowanych przez Varian widać również poprzez ich porównanie z innymi ofertami złożonymi w przedmiotowym Postępowaniu. W ofercie Elekta roboczogodzina serwisu wraz z dojazdami została wyceniona na kwotę 420,00 zł - 32-krotnie większą od kosztu wskazanego przez Varían. W zadaniu nr 2 firma Siemens wyceniła tę pozycję na kwotę 1390,00 zł - 106 razy większą od kosztu wskazanego przez Varían, w tym za sam czas dojazdu 880 zł. Odwołujący również zauważył, że nie bez znaczenia pozostaje przy tym to, iż zakres zadania nr 2 dotyczy o wiele mniej skomplikowanego przedmiotu (dostawa tomografu komputerowego), a co za tym idzie jego koszty (w tym koszty serwisu) będą zapewne nieporównywalnie mniejsze od tak zindywidualizowanego zadania, na które składa się dostawa terapeutycznego wysokoenergetycznego akceleratora liniowego, zestawu dozymetrycznego, komputerowych systemów do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów, oraz wyposażenia modelarni (w tym celu wystarczy porównać wartość tych zamówień). Nie do przyjęcia jest w ocenie odwołującego, że koszt specjalistów mających brać udział w mniej skomplikowanym projekcie ma być 106 razy wyższy niż koszt

pracownika biorącego udział w nieporównywalnie większym przedsięwzięciu. Wydaje się więc, że Varian nie tylko intencjonalnie pominął obligatoryjne koszty związane z odprowadzaniem odpowiednich należności publicznoprawnych od wypłacanego swoim

pracownikom wynagrodzenia, dojazdem oraz inne rutynowo ponoszone przy tego rodzaju świadczeniach, ale przede wszystkim drastycznie zaniżył rzeczywiste koszty robocizny. Powołując się na doświadczenie życiowe odwołujący stwierdza, że wykwalifikowany specjalista do obsługi sprzętu medycznego nie może zarabiać tyle samo, ile otrzymuje pracownik fizyczny najniższego zaszeregowania. Z ogólnie dostępnych raportów płacowych można powziąć informację, iż w Polsce serwisant urządzeń medycznych zarabia średnio 4.700,00 zł brutto (koszt pracodawcy w takim wypadku wynosi ok 5668,67 zł). Rynkowe zarobki na stanowisku serwisanta urządzeń medycznych zawierają się w przedziale od 4500 PLN do 5400 PLN. Natomiast z danych opublikowanych w raporcie płacowym przez Sedlak & Sedlak wynika, iż średnie zarobki inżynierów serwisu/specjalistów art. serwisu wynoszą 5.314,00 zł brutto (koszt pracodawcy 6.409,21 zł). Powyższe zestawienia i porównania powadzą odwołującego do jednoznacznego wniosku, iż wyszczególnienie przez Varian kwoty za serwis pogwarancyjny są całkowicie nierealne. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem odwołującego bezspornie nierealna wycena istotnej kosztowo usługi serwisu pogwarancyjnego, w tym wycena kosztu roboczogodziny wraz z dojazdem przez okres 2 lat po upływie okresu gwarancji (wykonawcy muszą mieć też na uwadze, iż gwarancja może ulec przedłużeniu, jeżeli w jej okresie dokonana zostanie naprawa, powinni też brać możliwy w tym okresie wzrost płacy minimalnej) na poziomie 13,00 zł, podyktowana jest jedynie chęcią pozyskania maksymalnej oceny punktowej w stosowanym dla wyboru oferty najkorzystniejszej kryterium oceny ofert jakim jest „Zapewnienie serwisu pogwarancyjnego" i stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, do którego nawiązuje art.89 ust 1 pkt 3 Pzp.
Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobrymi obyczajami w rozumieniu przytoczonego przepisu są pozaprawne reguły lub normy postępowania odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, którymi bez wątpienia powinni cechować się przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą, co ma swoje odzwierciedlenie również w art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 ze zm), zgodnie z którym przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.
W działaniach Varian odwołujący odnajduje jedynie nieuczciwy cel jakim jest osiągnięcie rezultatu w postaci uzyskania przedmiotowego zamówienia, poprzez sztuczne, w oderwaniu

od realiów rynkowych, określenie ceny w zakresie serwisu pogwarancyjnego, aby tym sposobem w danym kryterium oferta Varian przeważyła nad pozostałymi, złożonymi w Postępowaniu.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania jak i dowodów przywołanych przez odwołującego w odwołaniu i przystępującego w piśmie z dnia 18 lipca 2017 roku oraz dokonanych na ich podstawie ustaleń Izba stwierdza, że zaoferowany koszt wykonania serwisu pogwarancyjnego jak i stawki roboczogodziny

stanowią element nieuczciwej konkurencji w złożonej ofercie wykonawcy wybranego a przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego. Celem przedmiotowego czynu nieuczciwej konkurencji jest uzyskanie zamówienia, które eliminuje odwołującego składającego tańszą ofertę z tytułu dostaw objętych przedmiotowym zamówieniem jak i oferującym serwis pogwarancyjny, na objęte przedmiotem dostawy urządzenia, na realnych rynkowo kosztach a co pozbawia go wobec nieuczciwego działania konkurenta możliwości uzyskania zamówienia. Wbrew twierdzeniom zamawiającego jak i przystępującego w sprawie w sposób nie budzący wątpliwości odwołujący udowodnił, że wykonawca wybrany manipulując kosztami serwisu pogwarancyjnego to jest je zaniżając poniżej cen rynkowych uzyskał korzystniejszy od odwołującego wynik oceny ofert według obowiązujących kryteriów oceny ofert. Odwołujący przywołując ofertę wykonawcy wybranego w innych przedmiotowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykazał, że są wielokrotnie a nawet kilkadziesiąt krotnie wyższe od oferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Tej okoliczności przystępujący nie zaprzeczył a jedynie powoływał się na inne bliżej nie określone przez niego różnice między tamtymi postępowaniami np.: co do okresu trwania umowy serwisu pogwarancyjnego czy innego przedmiotu zamówienia w stosunku do przedmiotowego. Tym oświadczeniom przystępującego Izba nie dała wiary, ponieważ odwołujący wykazał, że są to zamówienia na znacznie krótszy okres (np.: kilka miesięcy wobec co najmniej dwóch lat) świadczenie jest aktualnie wykonywane a przedmiotowe będzie wykonywane po okresie gwarancji no i przez dłuższy okres. Ponadto nawet jeżeli przystępujący nie miał umowy na dostawę tylko na sam serwis pogwarancyjny czyli inaczej niż w niniejszym zamówieniu, które obejmuje dostawę i serwis to nie wykazał przystępujący, że był to np.: serwis na inne urządzenia niż przez niego dostarczane. Bezspornie wykonawcy na rozprawie oświadczyli, że są potentatami na rynku krajowym, europejskim a nawet światowym i obejmują 90 % dostaw co zresztą wydaje się wiarygodnym oświadczeniem

---

wobec nie zaprzeczenia oświadczeniu odwołującego przez przystępującego zwłaszcza w sytuacji, że tylko oni złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Tak więc Izba nie przyjęła jako wiarygodnych oświadczeń na rozprawie przystępującego, że nie można porównywać ofert, które dotyczą dostawy urządzeń i serwisu z ofertami, które dotyczą samego serwisowania. Z uwagi na powyższe to jest, że serwis nawet jako samodzielny przedmiot zamówienia dotyczył sprzętu oferowanego przez przystępującego (przystępujący na rozprawie oświadczył tylko, że był to sprzęt, którego on nie dostarczał zamawiającemu ale nie wskazał jakiego innego producenta był to sprzęt). Jak również z uwagi na to, że usługa serwisowa pogwarancyjna w niniejszym zamówieniu była przedmiotem odrębnej wyceny, Izba uznała za uzasadnione porównywanie ofert przystępującego w różnych postępowaniach, wskazanych przez odwołującego, jako stanowiącego podstawę zarzutu zaniżenia usługi w niniejszym postępowaniu. Jak już wyżej nadmieniono przywoływane usługi serwisu pogwarancyjnego oferowanego przez wykonawcę wybranego, są przedmiotem postepowań, które zakończyły się lub toczą się w bieżącym okresie czasu i na ich podstawie zawarto z przystępującym umowy. Tak więc brak podstaw aby odmówić racji twierdzeniom odwołującego, który powołuje się na nie do przyjęcia różnice cenowe w ofertach składanych niemalże w tym samym czasie przez przystępującego. Owszem można podzielić stanowisko przystępującego czy też zamawiającego, że wykonawca nie ma obowiązku w danym okresie czasu kiedy składa oferty w różnych postępowaniach, u różnych zamawiających stosować we wszystkich przetargach jednakową cenę ofertową. Takie postępowanie jest nawet nieuzasadnione w uwagi na różne lokalizacje zamawiających w stosunku do baz serwisowych i związanymi z tymi kosztami jak i mogącymi istnieć różnicami wymagań poszczególnych zamawiających do zakresu i warunku serwisu. Tak więc należy przyznać rację argumentacji przystępującego i zamawiającego, że oferta cenowa nawet nie uwzględniając różnych warunków świadczenia serwisu, może być wyrazem dopuszczalnej gry rynkowej „ceną" ale dopóki nie przyczynia się do eliminacji z danego postępowania innych wykonawców w sposób nieuczciwy. Wyrazem tej nieuczciwej gry rynkowej wykonawcy wybranego, jest fakt uzyskania „0" punktu przez odwołującego w kryterium serwisu pogwarancyjnego, mimo złożenia oferty w tym zakresie a to wskutek nieuczciwej oferty wykonawcy wybranego. Nieuczciwość tej oferty odwołujący udowodnił przedstawiając ofertę wykonawcy wybranego w innych postępowaniach nawet uwzględniając okoliczność

mogących istnieć różnic warunków przetargowych. Niemniej trudno nie przyjąć co do zasady, że usługa serwisu pogwarancyjnego u różnych odbiorców/zamawiających znacząco się nie może różnić co do jej zakresu czyli także nie może się znacząco różnić co do kosztów, ponieważ jej podstawowym celem jest sprawność urządzenia w sposób nieprzerwany. Nieuczciwa konkurencja jest zwalczana na rynku globalnym na którym działają podmioty prowadzące działalność gospodarczą w tym na rynku udzielania zamówień

publicznych. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymusza na graczach rynkowych stosowanie uczciwych praktyk konkurencji. Jej przeniesienie na pole zamówień publicznych stanowi art.89 ust.1 pkt 3 pzp, którego norma nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oceniana według regulacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast prowadzone obszerne wywody przez zamawiającego jak i przystępującego w złożonych pismach procesowych na temat przypadków nieuczciwej konkurencji w myśl uznk nie mogą znaleźć identycznego odniesienia do rynku zamówień publicznych bez uwzględnienia jego specyfiki. Tak więc dla przykładu nie można się zgodzić z poglądem, że fakt nieuczciwych zachowań należy odnosić do rynku jako całości np. w danej branży a nie wywodzić wniosku nieuczciwych praktyk tylko na bazie danego poszczególnego postępowania zamówieniowego. Chociażby dlatego, że zamawiający prowadząc postępowanie również tworzy rynek otwierając przetarg na poszczególne zamówienie. Stąd na podstawie zachowań oferentów na tak stworzonym rynku może podlegać ocenie do ewentualnych praktyk nieuczciwej konkurencji, przez złożenie oferty o czym wprost stanowi art.89 ust.1 pkt 3 ustawy. Przy czym odwołujący dla udowodnienia czynu nieuczciwej konkurencji wykonawcy wybranego przywołał szereg innych postepowań wskazując na ceny tam zaoferowane przez przystępującego, czy też zaoferowane przez innych oferentów u zamawiającego ale na inne części zamówienia. Jak już powyżej podkreślono cechą charakterystyczną jest okoliczność, że porównywane ceny dotyczą okresów zbieżnych z przedmiotowym postępowaniem. Za racją odwołującego przemawia również okoliczność, że przywołane postępowania w wyniku których zawarto umowy z przystępującym były lub są aktualnie realizowane. Natomiast w niniejszej sprawie kalkulacja przystępującego powinna uwzględniać, że usługa kwestionowana przez odwołującego dotyczy usługi, która będzie realizowana w przyszłości to jest po upływie okresu gwarancji. Ta okoliczność jest o tyle istotna, że oferowana stawka roboczogodziny na najniższym poziomie (13 zł. netto za godzinę pracy) ma aktualnie w gospodarce polskiej tendencje wzrostową co jest powszechnie znanym faktem podmiotom gospodarczym (aktualna polityka Państwa zapowiada podnoszenie wynagrodzenia najniższego jako stałą politykę mającą chronić najuboższych przed pauperyzacją). Należy również zwrócić uwagę, co podkreślał wielokrotnie odwołujący, że 13 zł. na godzinę netto to jest stawka dla pracownika o najniższych kwalifikacjach a nie dla kadry technicznej jaką jest specjalista ds serwisowania np.: akceleratora w radioterapii. Owszem można zgodzić się co do zasady, że aktualnie w systemie porządku prawnego w Polsce nie ma przynajmniej aktualnego wykazu stanowisk pracy, które wskazywały stanowisko specjalisty serwisanta przedmiotowego sprzętu w radioterapii i wymagane z tym wykształcenie. Niemniej strony i uczestnik posługują się pojęciem inżyniera serwisanta czyli osoby o najwyższym statusie wykształcenia i to politechnicznego. Sam przystępujący i zamawiający w swojej argumentacji wskazują na

okoliczność, że miasto Lublin jest ośrodkiem uniwersyteckim skupiającym szereg wyższych uczelni i znajdą się miejscowi inżynierowi a to w związku z kwestią kosztów dojazdu do zamawiającego. Natomiast gdy przychodzi do dyskusji na temat wynagrodzenia oraz wymaganych czy też koniecznych kwalifikacji zawodowych z tym związanych to przystępujący stwierdza, że mogą to być nawet osoby z zawodowym wykształceniem. Tak więc stąd sugestia wykonawcy wybranego, że stawka 13 zł. na godzinę netto jest satysfakcjonująca, tym bardziej, że osoba na zlecenie a takie się preferuje u wykonawcy wybranego nie musi być do wyłącznej dyspozycji pracodawcy a więc może sobie jeszcze

„dorobić” wynagrodzenia. Niemniej Izba rozstrzygając ten spór na poziomie stawki roboczogodziny zaproponowanej na poziomie 13 zł. netto stwierdza, że wynagrodzenie za serwis urządzeń będących przedmiotem zamówienia jest drastycznie zaniżony nawet na dzień dzisiejszy a co dopiero w przyszłości (serwis pogwarancyjny).
Izba dała wiarę danym jakie przedstawił odwołujący z portalu internetowego Sedlak i Sedlak obrazującego wynagrodzenia netto na poziomie od 4.500, 00 zł. w górę jakie otrzymuje serwisant urządzeń medycznych jako miarodajne do oceny, że zaoferowana stawka 13 zł. na godzinę świadczy o czynie nieuczciwej konkurencji. Należy w tym miejscu przypomnieć, że przedmiotem zaskarżenia obejmującym zadanie nr 1 są następujące urządzenia medyczne przeznaczone dla Zakładu Radioterapii: 1.Terapeutyczny wysokoenergetyczny akcelerator liniowy (dwie sztuki), 2.Zestaw dozymetryczny,3.Komputerowe systemy do planowania radioterapii, zarządzania akceleratorami i weryfikowania skuteczności zabiegów, 4.Wyposażenia modelarni. Takie to właśnie urządzenia medyczne będą przedmiotem nie tylko dostawy, gwarancji ale także serwisu pogwarancyjnego, na tle wyceny tego ostatniego rozpoznawano przedmiotowe odwołanie.
Warunki zaoferowanego serwisu pogwarancyjnego przez wykonawcę wybranego są dowodem na manipulację kryteriami oceny ofert tak aby uzyskać zamówienie w sytuacji gdy pozostali wykonawcy oferują ceny za te usługi zbliżone do rynkowych. Tym bardziej, że w przedmiotowej sprawie odwołujący wykazał, że wykonawca wybrany w innych postępowaniach oferuje ceny na poziomie rynkowym, zbliżonym do cen odwołującego czy innych wykonawców a z kolei wykonawca wybrany nie wykazał, że zaoferowane w zadaniu nr 1 koszty serwisu pogwarancyjnego i stawki roboczogodziny już gdziekolwiek z powodzeniem zastosował. W przedmiotowej sprawie adekwatnym wydaje się przywołanie orzeczenia Izby w innej sprawie to jest w wyroku KIO z dnia 19.02.2014 r. o sygn. KIO 216/15 zaznaczono: „W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten

sposób. że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. Dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nawet nie kryje się z rzeczywistymi pobudkami swoich działań wskazując w odwołaniu, iż wykorzystał sytuację w której zamawiający „nie potrafił przewidzieć skutków zastosowanych przez siebie kryteriów oceny ofert" (podobnie KIO w: wyroku z dnia 27 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 293/17, wyroku z dnia 29.03.2017 r. o sygn. akt KIO 543/17, wyroku z dnia 03.12.2015 r. o sygn.akt KIO 2553/15 (w którym Izba nazwała tego typu kalkulację niedozwoloną „inżynierią cenową” w wyroku z dnia 24.09.2014 r. o sygn. akt KIO 1844/14).

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołaniu „Na tej podstawie Odwołujący wywodzi, że określone przez Przystępującego w ofercie koszty pogwarancyjnego kontraktu serwisowego zostały skalkulowane na poziomie rażąco niskim, nieprzystającym do realiów rynkowych i Odwołujący nie wykazuje przy tym, jaki wpływ na ocenę oferty przystępującego, a co za tym idzie na wynik całego postępowania, miał fakt rzekomego „zaniżenia" przez przystępującego wartości kosztów roboczogodziny (pogwarancyjnego kontraktu serwisowego).”
Bowiem odwołujący przedstawił w odwołaniu jak i na rozprawie dowody świadczące o

zaniżeniu kosztu serwisu pogwarancyjnego przez wykonawcę wybranego przywołując oferty jak i zawarte umowy z przystępującym w innych postepowaniach jak i oferty w tym postepowaniu w innych zadaniach na mniej skomplikowany sprzęt. Takie właśnie postępowanie przystępującego przyczyniło się do wyboru jego oferty.
Również Izba nie podziela twierdzeń zamawiającego, że zastosowanie stawki 13 zł. za godzinę pracy serwisanta sprzętu medycznego jest do przyjęcia w sytuacji gdy pzp operuje tylko pojęciem najniższego wynagrodzenia jako obowiązującego i tylko nie zastosowanie się do niego może powodować racje po stronie odwołującego co do nieuczciwej konkurencji. Bowiem odwołujący udowodnił, że średnie wynagrodzenie w tej specjalności waha się na

poziomie od 5.000,00 do 6.000,00 zł. miesięcznie a nie na poziomie najniższej stawki miesięcznej.

Izba również nie podziela poglądu doktryny przywołanej przez zamawiającego ” Przy wykładni art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zauważa się bowiem, że „(...) w warunkach gospodarki rynkowej dozwolona musi być sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), gdyż jest to typowy instrument konkurencji, w wyniku której zyskują przede wszystkim konsumenci. Tym samym kwalifikowanie zaniżania cen przez przedsiębiorców jako czynu nieuczciwej konkurencji ma charakter wyjątkowy." [M. Sieradzka, J. Sroczyński i M. Mioduszewski w Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: WK 2016, Lex/el 2017]. Przede wszystkim przywołując doktrynę zamawiający pomija okoliczność, że z natury rzeczy działalność gospodarczą prowadzi się nie tylko dla odtworzenia kosztów ale także dla uzyskania wartości dodanej (zysku). Poza tym pomijana jest okoliczność, że przyjmując usługę „poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą)” zmusza się usługodawców w tym osoby fizyczne - przedsiębiorców będących również konsumentami do świadczenia uslugi poniżej kosztów. Izba również nie podzieliła poglądu przystępującego, że można płacić zleceniobiorcy, który serwisuje urządzenia medyczne takie jak w zadaniu nr 1 trzynaście złotych na godzinę bo przeciwnie do pracownika taki serwisant może dorobić sobie na innych zleceniach a nie uwzględnione koszty dojazdu na usługę nie są istotne, ponieważ Lublin jest miastem uniwersyteckim i inżynier świadcząc usługę u zamawiającego to jest w Lublinie nie ponosi kosztów dojazdu.
W związku z powyższym dokonując oceny zgromadzonego materiału w sprawie w ocenie Izby odwołujący udowodnił, iż złożenie oferty przez wykonawcę wybranego wyczerpuje dyspozycję art.15 „uznk”: czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców." jak również wyczerpuje dyspozycję art.3 ust. 1 u.z.n.k. zgodnie którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym w ocenie Izby bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy są rozważania przystępującego co do możliwości stosowania cen poniżej kosztów w związku z traktowaniem postępowania zamawiającego jako wejście na nowy rynek, czy też wywody odnoszące się do braku pozycji dominującej przystępującego a oferowaną ceną.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołujący udowodnił czyn nieuczciwej konkurencji ze strony wykonawcy wybranego/Varian/przystępującego po stronie zamawiającego

uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu jak w sentencji wyroku to jest o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego.
W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, ponieważ naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ma wpływ na wynik postępowania to jest co do wyboru

najkorzystniejszej oferty. Tym samym spełniła się dyspozycja art. 192 ust.2 ustawy pzp. umożliwiająca uwzględnienie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący: ……