

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **MEDSERVICE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Zapolskiej 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowe Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Koszykowa 78**

przy udziale wykonawcy **Maco Pharma Polonia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szwajcarska 22** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1793/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty **Maco Pharma Polonia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szwajcarska 22**, nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Wojskowe Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Koszykowa 78**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **MEDSERVICE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Zapolskiej 7** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wojskowego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Koszykowa 78** na rzecz **MEDSERVICE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Zapolskiej 7** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę foteli do pobierania krwi, wirówek laboratoryjnych, wagiomieszarek do pobierania krwi, wirówek do oznaczania grup krwi, urządzeń do inaktywacji wirusów w osoczu, automatycznych separatorów do preparatyki krwi, urządzeń do schładzania i przechowywania osocza, pojemników izotermicznych do przewożenia krwi i jej składników, zgrzewarek do drenów przenośnych – ręcznych zostało wszczęte przez zamawiającego Wojskowe Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, ul. Koszykowa 78, ogłoszeniem o zamówieniu, w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2011 za numerem 2011/S 98 – 160533.

W dniu 9 sierpnia 2011r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach pakietu nr 5, za którą uznał ofertę firmy Maco Pharma Polonia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szwajcarska 22 za cenę 113 447,76zł.

W dniu 19 sierpnia 2011r. z czynnością wyboru tej oferty oraz z zaniechaniem jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. t.j. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) nie zgodził się MEDSERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Zapolskiej 7 – odwołujący, wnosząc odwołanie w ramach pakietu nr 5.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 - 3 ustawy poprzez nieprawidłową ocenę oferty i wyjaśnień udzielonych przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., mimo że złożone wyjaśnienia są niewystarczające i nie uzasadniają zaoferowanej ceny, a oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że przedmiotem pakietu nr 5 jest dostawa dwóch urządzeń do inaktywacji wirusów w osoczu. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 5 została ustalona przez zamawiającego na poziomie 296.296,30 zł bez podatku VAT (pkt II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu). Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 320.000 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący oraz Maco Pharma Polonia Sp. z

o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Wykonawca wybrany zaoferował cenę w wysokości 105.072 zł netto, co po dodaniu podatku VAT dało kwotę 113.477,76 zł brutto. Cena jednego urządzenia wynosi 52.536 zł netto. Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 244.000 zł netto, co po dodaniu podatku VAT dało kwotę 266.520 zł brutto. Cena jednego urządzenia wynosi 122.000 zł netto.

Pismem z 29 lipca 2011 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający wezwał Maco Pharma Polonia do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czyjej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Maco Pharma Polonia udzieliła wyjaśnień pismem datowanym na 3 sierpnia 2011 r.

Pismem przesłanym faksem w dniu 9 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Maco Pharma Polonia jako najkorzystniejszej. Oferta Maco Pharma Polonia otrzymała 100 punktów, a oferta Odwołującego 42,58 punktów.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stwarza domniemanie rażąco niskiej ceny. Wykonawca wybrany nie kwestionował czynności wezwania do wyjaśnień, a więc akceptował konieczność obalenia domniemania. W takiej sytuacji powinien był wykazać, że cena nie jest rażąco niska i pozwala na rzetelną realizację zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie kalkulacji ceny. Złożenie niewystarczających wyjaśnień, które nie uzasadniają zaoferowanej ceny, jest równoznaczne z niezłożeniem wyjaśnień i powinno skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy. W ocenie odwołującego wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę wybranego są ogólnikowe i nie poparte jakimikolwiek dowodami, a w rezultacie nie wystarczają do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, a zaniechanie odrzucenia tej oferty wskazuje, że zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień w sposób prawidłowy. Odwołujący wskazał, że wykonawca wybrany podał trzy czynniki mające w jego ocenie wpływ na przyjętą kalkulację ceny tj. udział w grupie kapitałowej, polityka sprzedażowa wykonawcy, rozpowszechnienie oferowanej metody, ale nie wykazał, jaki mają one wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Powołał w tym miejscu wyrok Izby z 16 grudnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 2604/10.

Odwołujący przyznał, że nie można wykluczyć, że udział w grupie kapitałowej może powodować obniżenie kosztów działalności i w konsekwencji obniżenie cen oferowanych produktów, ale stwierdził, że z wyjaśnień wykonawcy wybranego nie wynika, jakie zależności między spółkami z grupy kapitałowej, do której należy wykonawca, pozwoliły na tak znaczne obniżenie ceny w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i ceny konkurencyjnej oferty, oraz jaki był wpływ tych zależności na wysokość ceny zaoferowanej w tym konkretnym postępowaniu. Drugi ze wskazanych czynników jest oparty na założeniu, że zarabia nie tylko na sprzedaży oferowanych urządzeń, ale również na przyszłej sukcesywnej sprzedaży zestawów, które są dedykowane tylko i wyłącznie do oferowanego urządzenia. Jednak odwołujący wyjaśnienia te uznał za niewiarygodne, gdyż przedmiotem badania na podstawie art. 90 ustawy jest wysokość ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy dane postępowanie, a nie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w przyszłych postępowaniach, które mogą, ale nie muszą mieć miejsca. Ponadto

przedmiotem zamówienia jest wyłącznie dostawa urządzeń i nie obejmuje zestawów kompatybilnych z urządzeniem, a wykonawca wybrany nie wie, czy i kiedy zamawiający kupi od niej zestawy do obsługi urządzeń oraz nie zna ilości tych zestawów, brak było zatem podstaw do kalkulacji ewentualnego zysku z tytułu sprzedaży tych zestawów i oceny jego wpływu na cenę. Ponadto nie ma pewności, zew przypadku ogłoszenia zamówienia na zestawy, uzyska je wykonawca wybrany, gdyż zamawiający może dopuścić zestawy kompatybilne. Odnośnie trzeciego czynnika, to według odwołującego brak jest wykazania związku pomiędzy wzrostem sprzedaży Macotronic B2, a wysokością ceny. Dodatkowo zamiar wprowadzania produktu na kolejne rynki ze swojej istoty nie może być traktowany jako obiektywny czynnik mający wpływ na wysokość ceny.

Poza wskazaniem powyższych czynników Maco Pharma Polonia wyliczyła elementy uwzględnione przez nią w oferowanej cenie. Podkreślić należy, iż wszyscy wykonawcy byli zobowiązani do uwzględnienia w cenie oferty nie tylko wartości zamawianych urządzeń, ale i usług związanych z dostawą wskazanych w rozdziale XVI SIWZ oraz w arkuszu asortymentowo - cenowym, stanowiącym załącznik nr 4/5 do SIWZ, przy czym Zamawiający wymagał podania w ofercie wyłącznie całkowitego wynagrodzenia obejmującego wszystkie te elementy.

Wycieszenie elementów składowych ceny zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego, według odwołującego, stanowi powtórzenie postanowień punktu 1 w rozdziale XVI SIWZ oraz postanowień zawartych w arkuszu asortymentowo - cenowym, stanowiącym załącznik nr 4/5 do SIWZ. Wycieszenie to ma charakter oczywisty, ponieważ każdy wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu był zobowiązany do skalkulowania wskazanych elementów w oferowanej cenie. Wskazane wyjaśnienia nie wnoszą zatem niczego nowego do oferty złożonej przez Maco Pharma Polonia.

Zdaniem odwołującego, złożonych wyjaśnień nie można zatem potraktować jako wyjaśnień złożonych w celu wykazania elementów oferty, które mają wpływ na kalkulację ceny. Natomiast cena netto zaoferowana przez wykonawcę wybranego stanowi zaledwie ok. 35,5% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, a cena brutto ok. 35,5% kwoty, którą zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ponadto cena brutto wykonawcy wybranego stanowi ponadto tylko ok. 42,5% ceny oferowanej przez Odwołującego. Wobec tych ustaleń, zamawiający bezzasadnie uznał, że niewyczerpujące wyjaśnienia wykonawcy wybranego obalają domniemanie rażąco niskiej ceny. Odwołujący podał, że cena oferty wykonawcy wybranego odbiega także od cen oferowanych w innych podobnych postępowaniach np. w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa MSWiA pod koniec 2010 r. ceny za jedno urządzenie do inaktywacji wirusów kształtowały się następująco: odwołujący - 91.368 zł brutto oraz Hemosystems Sobczak i Wspólnicy Sp.j. - 101.650 zł brutto. Ceny te są zatem wyższe odpowiednio o 61% i o 79% od ceny brutto oferowanej przez Maco Pharma Polonia w niniejszym postępowaniu za jedno urządzenie (56.738,88 zł), a we wskazanym postępowaniu MSWiA zakupywało także zestawy kompatybilne, co mogło powodować obniżenie ceny. Według odwołującego, cena zaoferowana przez wykonawcę wybranego jest nierealistyczna i niewiarygodna, a wykonanie przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę nie jest

możliwe bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ważną ofertę, sklasyfikowaną przez zamawiającego na drugim miejscu. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2011r. faksem. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2011r. przekazał kopię dowołania pozostałym wykonawcom i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 sierpnia 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Maco Pharma Polonia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szwajcarska 22 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wykonawca wybrany wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby być ewentualnie odrzucona, zatem w interesie wykonawcy wybranego jest utrzymanie dotychczasowego rozstrzygnięcia przetargu i rozstrzygnięcie odwołania na korzyść zamawiającego.

W uzasadnieniu przystąpienia wykonawca wybrany podniósł, że nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że skoro nie kwestionował wezwania do wyjaśnień, to godził się z domniemaniem rażąco niskiej ceny. Wykonawca wybrany uważa, że gdyby jedynie kwestionował wezwanie i nie złożył wyjaśnień zamawiający miałby prawo odrzucić jego ofertę. Natomiast złożonymi przez siebie wyjaśnieniami wykonawca wybrany, w swojej ocenie, udowodnił, że jest nastawiony na zysk i tak skalkulował cenę urządzenia, żeby ten zysk osiągnąć, a nie uważa zaoferowanej ceny za rażąco niską. Wskazał, że na odwołującym z mocy art. 6 kc oraz 232 kpc w związku z art. 14 i 185 ust. 7 ustawy w związku z art. 13 par 3 i art. 190 ust. 1 ustawy ciążył obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń. Tak też wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1495/10. Odwołujący poza polemiką z podanymi przez wykonawcę wybranego czynnikami, nie udowodnił, że oferta wykonawcy wybranego jest ofertą z rażąco niską ceną. Wykonawca wybrany wskazał, że ustawodawca nie zawarł definicji pojęcia rażąco niska cena, a stosunek ceny do wartości szacunkowej zamówienia to jedynie wskazówka dla zamawiającego do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, a nie dowód na istnienie oferty z rażąco niską ceną, co potwierdza orzecznictwo i doktryna W. Łysakowski „Prawo zamówień publicznych red. T. Czajkowskiego Warszawa 2007 s. 305, 307 i wyrok Izby z dnia 30 września 2010r. sygn. akt KIO 2014/10.

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy zwrócił się do wykonawcy wybranego o wyjaśnienia, a po ich otrzymaniu miał w pełni uzasadnione podstawy, aby uznać w świetle art. 90 ust. 3 ustawy zaoferowaną cenę za nienoszącą znamion rażąco niskiej ceny. Ponadto wykonawca wybrany wskazał na katalog otwarty czynników mających wpływ na cenę podany w art. 90 ust. 2 ustawy i

stwierdził, że właśnie na takie obiektywne czynniki się powołał. Wskazał ponownie na udział w grupie kapitałowej i podniósł, że odwołujący jako dystrybutor urządzeń nie może w taki sam sposób kształtować marż, jak wykonawca wybrany, który pozostaje z producentem w systemie korporacyjnym. Udział w grupie oznacza także udział w upowszechnianiu metody inaktywacji wirusów w osoczu Theraflex – MB-Plasma, a to wiąże się z oferowaniem urządzeń taniej, tak aby metodę upowszechnić. Upowszechnianie metody powoduje coraz większą sprzedaż produktów, zyski uzyskiwane ze sprzedaży urządzeń i metody pozwalają producentowi kształtować korzystniejsze ceny sprzedaży, co się przekłada na ceny oferty. Również polityka wprowadzania i rozpowszechniania metody na kolejne rynki ma wpływ na cenę. Ponadto powtórzył z wyjaśnień, że zarabia nie tylko na urządzeniach, ale także na zestawach pojemników do inaktywacji wirusów w osoczu, które są dedykowane tylko do tego urządzenia i można je nabyć wyłącznie u wykonawcy wybranego, co przekłada się na kalkulację ceny w tym postępowaniu. Wskazał, że podanie konkretnych kwot zakupu, marży nie jest możliwe bo informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i ujawnienie ich innym wykonawcom naraziłoby zgłaszającego przystąpienie na niepowetowaną szkodę. Nadto art. 90 ust. 1 nie zobowiązuje wykonawcy do podania konkretnych danych liczbowych, ale do przedstawienia czynników o charakterze obiektywnym mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a takie są czynniki podane przez wykonawcę wybranego. Wskazał, że oceny wyjaśnień Należy dokonywać indywidualnie i konkretne uwarunkowania mogą być charakterystyczne tylko dla konkretnej firmy czy terenu i nie przekładać się na innych wykonawców, a także z samego faktu, że cena odbiega znacznie od innych cen nie wynika jeszcze, że jest to cena rażąco niska, co wynika ze stanowiska doktryny i orzecznictwa (J. Piróg Prawo Zamówień Publicznych Komentarz do art. 90 Legalis Warszawa 2010, wyrok ZA z 26 kwietnia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-772-05, P. Granecki Prawo zamówień Publicznych Komentarz do art. 90 Legalis Warszawa 2009). Podkreślił, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień opierając się na obiektywnych czynnikach. Nadto powołał się na zasadę efektywności wydatkowania środków publicznych z art. 44 ust. 3 pkt. 1 lit. a ustawy o finansach publicznych. Wskazał, że celem art. 90 ustawy jest zminimalizowanie ryzyka zamawiającego, że zamówienie nie zostanie wykonane, lub, że zostanie wykonane nienależycie. W ocenie wykonawcy wybranego takie ryzyko w przedmiotowej sprawie nie zachodzi, gdyż zaoferował cenę realną i wiarygodną dla osiągnięcia zysku. Nadto posiada potencjał finansowy i ekonomiczny umożliwiające realizację zamówienia, a obroty jego w 2010r. były wysokie, a sprzedaż urządzeń będących przedmiotem zamówienia niska i stanowiąca jedynie element przychodów w całości. To dodatkowo, według przystępującego zabezpiecza zamawiającego. Sprzedaż urządzeń oferowanych w postępowaniu stanowił tylko 10,5% obrotów w 2010r. Ujęcie informacji wskazanych w rozdziale XVI siwz i w arkuszu asortymentowo-cenowym w wyjaśnieniach miało charakter podsumowania i stanowiło dodatkowe oświadczenie przystępującego, że cena została skalkulowana w sposób świadomy, rzetelnie i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego

na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 lipca 2011r. udzielonego przez prokurenta samoistnego, upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i przystępującemu w dniu 29 lipca 2011r. Do zgłoszenia załączono sprawozdanie finansowe spółki za rok 2010 i zestawienie sprzedaży urządzeń za rok 2010r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków postępowania, pytań i wyjaśnień treści siwz, modyfikacji formularza asortymentowo-cenowego w pakiecie 5, wezwania do wyjaśnień czynników oferty mających wpływ na cenę, wyjaśnień przystępującego, wyciągów z treści ofert złożonych przez odwołującego, wyciągu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, bilansów i rachunków zysków i strat za 2010r. odwołującego i przystępującego, faktury VAT nr 102006, faktury VAT 101800, oferty przystępującego, protokołu postępowania.

Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 113 477,76zł. brutto, odwołujący za cenę 266 520,00 zł. brutto. Zamawiający wyszacował zamówienie na kwotę 296 296,30zł. netto, podczas otwarcia ofert podał kwotę, która zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 320 000zł. brutto.

W dniu 29 lipca 2011r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust 1 ustawy. W dniu 3 sierpnia 2011r. przystępujący udzielił wyjaśnień wskazując jako obiektywne czynniki mające wpływ na cenę :

1. Członkostwo w grupie kapitałowej razem z producentem urządzeń i otrzymywanie w związku z tym urządzeń w bardzo korzystnych cenach,
2. Polityka sprzedażowa wykonawcy – zarabia na oferowanych urządzeniach, ale także na przyszłej sukcesywnej sprzedaży zestawów pojemników do inaktywacji wirusów w osoczu, które są dedykowane tylko i wyłącznie do oferowanego urządzenia i tylko przez wykonawcę,
3. Rozpowszechnienie metody - - coraz większa sprzedaż urządzeń, coraz większe upowszechnienie metody inaktywacji wirusów w osoczu Theraflex MB-Plasma, znaczne zyski generują korzystniejsze ceny sprzedaży w ramach grupy, przyjęta długoterminowa polityka sprzedażowa zamiar wprowadzania i rozpowszechniania metody na kolejne rynki także pozwala na zaoferowanie urządzeń w korzystniejszych cenach.

W podsumowaniu wykonawca zapewnił sprzedaż urządzenia wraz z usługami z nim związanymi opisanymi w załączniku nr 4/5 – arkuszu asortymentowo-cenowym w pkt od 9 – 18. Ponadto wskazał, że w cenie urządzenia uwzględnił także transport na miejsce przeznaczenia towaru, włącznie z opakowaniem transportowym, ubezpieczenie towaru, opłaty pośrednie, należności

celne i podatek VAT. Powołał także wyrok Izby z dnia 30 września 2010r. sygn. akt KIO 2014/10 oraz zasadę efektywności wydatkowania środków publicznych.

Z rachunku zysków i strat za 2010r. wynika zysk w 2010r. na poziomie 2 454 176,43zł., natomiast z zestawienia sprzedaży urządzeń w 2010r. wynika, że przychody ze sprzedaży urządzeń Maco GmbH to 110 025, 65zł, a urządzeń Maco IT 127 809,56zł.

Z arkusza asortymentowo – cenowego nr 4/5 wynika, że przedmiotem zamówienia w pakiecie 5 jest poza samym urządzeniem także zestaw komputerowy umożliwiający identyfikację każdej jednostki oraz archiwizację danych o inaktywacji, drukarka kodów kreskowych, oprogramowanie i akcesoria niezbędne do transferu danych z urządzenia do systemu Bank Krwi, instalacja i szkolenie pracowników, coroczny serwis techniczny.

Izba uznała, że przedstawione przez przystępującego i odwołującego dowody w postaci bilansów i rachunku zysków i strat nie dotyczą przedmiotu sporu.

Izba oceniła dowody z faktur VAT nr 102006 i 101800 jako dowody na koszt zakupu urządzenia bez dodatkowych usług i urządzeń jak – zestaw komputerowy, które są przedmiotem niniejszego postępowania. Izba przy fakturze VAT nr 101800 przyjęła, że cena w PLN mieści się w granicach 63 200,00zł. – 63 900,00zł. według średnich kursów NBP za miesiąc luty 2010r. publikowanych na stronie internetowej NBP.

Izba oceniła jako wiarygodne wyciągi z ofert w uprzednio prowadzonych postępowaniach oraz jako wiarygodny wyciąg z siwz dla RCKiK w Białymstoku.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która w wyniku oceny ofert znalazła się na drugiej pozycji, po ofercie przystępującego, zatem sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku uznania, że zamawiający naruszył zaskarżone przepisy ustawy, w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji kontraktu.

Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 - 3 ustawy poprzez nieprawidłową ocenę oferty i wyjaśnień udzielonych przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., mimo że złożone wyjaśnienia są niewystarczające i nie uzasadniają zaoferowanej ceny, a oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedmiotem postępowania przed Izbą są dokonane przez zamawiającego czynności lub zaniechania

zamawiającego dokonania czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że Izba musi ocenić zachowanie zamawiającego przy wykonywaniu obligatoryjnej czynności lub brak działania, jako zgodne lub nie z przepisami ustawy. Izba może oceniać zachowania wykonawców jedynie w celu dokonania powyższej oceny. Wobec powyższego przedmiotem rozpoznania przez Izbę w przedmiotowej sprawie jest to, czy zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1- 3 ustawy wykonał czynność oceny wyjaśnień złożonych przez przystępującego. Tym samym Izba musi wziąć pod uwagę materiał sprawy, jakim dysponował zamawiający w dacie dokonywania czynności oceny wyjaśnień. Zamawiający w tym momencie dysponował wyjaśnieniami przystępującego z dnia 3 sierpnia 2011r., których treść Izba ustaliła powyżej. Wyjaśnienia te dotyczyły 3 grup czynników, które w ocenie przystępującego miały wpływ na cenę, do wyjaśnień nie załączono dowodów. Izba dokonała analizy przedstawionych przez przystępującego czynników pod kątem przede wszystkim tego, czy podane czynniki są obiektywne i odnoszą się do sytuacji przystępującego, gdyż zgodnie z art. 90 ust. 2 przy ocenie zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, co należy rozumieć wybrane przez wykonawcę, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Zatem czynniki poza swym obiektywizmem muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyróżniać spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny. Wyjaśnienia zatem nie zawierające obiektywnych czynników, lub zawierające obiektywne czynniki, ale nie uzasadniające szczególnej sytuacji wykonawcy, należy uznać za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Analizując poszczególne czynniki podane przez przystępującego należy stwierdzić, że przystępujący ma rację stwierdzając, że są to obiektywne czynniki. Jednak Izba nie podziela stanowiska, że są takie obiektywne czynniki, które są wyłącznie przystępującemu właściwe. Izba zwraca przede wszystkim uwagę zamawiającego na fakt, że przy ocenie wyjaśnień powinien zbadać poza oświadczeniami wyjaśniającego także dołączone dowody, a jeśli dowody nie zostały dołączone, to zanalizować wiarygodność wyjaśnień niepotwierdzonych dowodami. W przedmiotowej sprawie przystępujący do wyjaśnień nie załączył dowodów, co jest bezsporne. Przystępujący jako elementy oferty mające wpływ na cenę podał udział w grupie kapitałowej producenta urządzeń, jednak nie wykazał, że rzeczywiście do takiej grupy należy, ani na czym ma polegać wyjątkowe sprzyjanie takiego warunku wykonywania zamówienia. Przystępujący powołał się jedynie na możliwość kształtowania korzystnego ceny oraz kształtowaną politykę sprzedażową, ale z czego taka możliwość wynika, czy w ramach grupy kapitałowej zawarto porozumienia wiążące członków grupy, czego takie porozumienia dotyczą, tego przystępujący nie wykazał. Tu należy wskazać, że ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy w odniesieniu do tego czynnika wskazał na konieczność wykazania wyjątkowo sprzyjających warunków, a zatem nie każde warunki uzasadniają zastosowaną cenę. Sama powołana polityka sprzedażowa bez wykazania na czym konkretnie ona polega, w ocenie Izby nie może być uznana za czynnik związany wyłącznie z przystępującym. Izba zauważa, że każdy czy to producent, czy to dostawca posiada jakąś politykę sprzedażową, która ma prowadzić

do upowszechnienia oferowanych przez niego towarów na danym rynku, czy znalezieniu nowych rynków zbytu. Co do zasady przecież każda działalność gospodarcza nakierowana jest na osiągnięcie zysku, a ten zależy jest od sprzedaży dóbr lub usług, które prowadzący działalność oferuje. Taka polityka może być prowadzona przez różnorakie działania marketingowe, w tym także poprzez oferowanie urządzeń w cenach dostosowanych do możliwości odbiorców w celu upowszechnienia urządzenia, co jak się wydaje jest zgodne z zasadami ekonomii, że to popyt kształtuje podaż. Ponadto przystępujący powołał się na zyski, jakie zamierza osiągnąć ze sprzedaży zestawów jednorazowych, również ta okoliczność w ocenie Izby nie jest właściwa wyłącznie przystępującemu. Izba dała wiarę w tym zakresie wyjaśnieniom odwołującego, że także odwołujący jak i firma Hemosystems oferują urządzenia i zestawy jednorazowe dedykowane wyłącznie do tych urządzeń i inne zestawy – innych producentów nie będą mogły być w nabytym urządzeniu zastosowane. Zatem każdy z tych wykonawców tak samo, jak przystępujący w podobnych warunkach kształtował swoją ofertę, zatem ten czynnik nie wyjaśnia obniżenia ceny. Również okoliczność upowszechniania metody jest czynnikiem wspólnym wszystkim wykonawcom, bo nie sporne pomiędzy stronami było to, że każdy wykonawca oferuje urządzenie oparte o różne metody, a zatem oferując je działa w celu upowszechnienia swojej metody, to dalej nie wskazuje na czynnik właściwy przystępującemu. Ponadto przystępujący na rozprawie sam stwierdził, że upowszechnia swoje urządzenia od połowy lat 90 tych, że zbywa ich rocznie 200 sztuk, co oznacza, że w stosunku do odwołującego ma urządzenie bardziej rozpowszechnione. Izba uznała, że przedstawione przez przystępującego dowody w postaci faktur VAT nr 101800 i 102006 nie dają podstaw do odmiennej oceny złożonych wyjaśnień przede wszystkim z tego względu, że z faktur nie wynika, czy przedmiotem była sama dostawa urządzenia, czy też tak jak w przypadku przedmiotowego postępowania także dostawa, instalacja, szkolenie i serwis oraz oprogramowanie i sprzęt do obsługi oprogramowania dla urządzenia. Izba nie zna stosunku tych elementów zamówienia co ceny samego urządzenia, przystępujący także nie podjął się wyjaśnienia tej kwestii, stąd trudno jednoznacznie uznać, że przedłożone faktury dowodzą, że zaoferowana przez przystępującego cena w niniejszym postępowaniu nie jest ceną rażąco niską. Ponadto dowody te nie były znane zamawiającemu w dacie dokonywania oceny wyjaśnień. Izba ponownie podkreśla, że zakresem jej kognicji objęte są zachowania zamawiającego, a nie wykonawców, zatem nie może oceniać czynności zamawiającego przez pryzmat okoliczności, które nie były mu wiadome w dacie dokonywania czynności. Zamawiający nie miał możliwości ocenić i rozważyć czynników podanych przez przystępującego podczas rozprawy, dlatego w ocenie Izby nie mogą być one obecnie przedmiotem analizy przez Izbę. Na marginesie jedynie należy wskazać, że również i te twierdzenia, w szczególności dotyczące wygaśnięcia obowiązku zapłaty opłaty licencyjnej, wielkości sprzedaży, skompensowania osiągniętymi już zyskami kosztów badań nie zostały przez przystępującego udowodnione. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, że art. 90 ust. 1 – 3 ustawy został wprowadzony jedynie w celu ochrony zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest

wątpliwa. Jest to przepis, który ma także chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy Izba mając na uwadze powyższe orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3pkt. 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz koszty zastępstwa prawnego zgodnie z przedłożonymi fakturami VAT z ograniczeniem do wysokości maksymalnej kwoty przewidzianej w rozporządzeniu.

Przewodniczący :

.....