

Sygn. akt: KIO 1100/18

WYROK
z dnia 19 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Instytut im. M. S.-C. Oddział w Krakowie,**

przy udziale wykonawcy **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 2 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp;
3. Kosztami postępowania obciąża Centrum Onkologii Instytut im. M.S.-C. Oddział w Krakowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii Instytut im. M.S.-C. Oddział w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pogwarancyjny serwis tomografów komputerowych*.

W dniu 4 czerwca 2018 r. wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia i zaniechania odrzucenia oferty Althea Polska Sp. z o.o., a z ostrożności procesowej – wobec zaniechania unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 22a ustawy Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że przedmiotem poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 669/18), które dotyczyło tego samego przetargu, były inne niż wskazywane obecnie przez Odwołującego naruszenia (odmienne zarzuty). W poprzednim postępowaniu Izba związana była stanowiskiem uwzględniającego odwołanie, w związku z czym nie mogła rozpatrywać wszystkich argumentów obecnego Odwołującego wskazanych w przystąpieniu (sprzeciwie z dnia 19 kwietnia 2018 r.). W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że sformułowane przez niego zarzuty nie są objęte powagą rzeczy osądzonej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający niesłusznie zaniechał czynności odrzucenia oferty Althea z uwagi na cenę rażąco niską, ewentualnie wyjaśnienia tego wykonawcy należy uznać za wprowadzające Zamawiającego w błąd, skutkujący wyborem oferty w sytuacji, w której udzielenie zamówienia nie znajduje uzasadnienia.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby wskazujące na dopuszczalność badania ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny w oparciu o ceny jednostkowe i podniósł, że nie tylko cena całkowita oferty, ale również ceny jednostkowe mogą być obarczone podejrzeniem rażąco niskiej wyceny poszczególnych pozycji objętych przedmiotem dostawy, uzasadniającym wezwanie do wyjaśnień, a w dalszej kolejności również odrzucenia oferty. Odwołujący przywołał orzecznictwo, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania może dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że pismem z 23 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Althea do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w szczególności w pkt 1, w zakresie m.in. wybranych rozwiązań technicznych. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, że opis przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. diagnostykę i naprawy ze wszystkimi częściami zamiennymi, jedynie w części 1 nie jest wymagana wymiana lampy RTG.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Althea nie wskazują na zdolność do wykonania zamówienia. Wykonawca ten w treści wyjaśnień nie odniósł się w żadnym stopniu do wytycznych wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (do czego zresztą był wezwany). Żadne z przedstawionych przez Althea stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach z 27 lutego 2018 r. nie stanowią odniesienia się do określonych w przywołanym przepisie elementów wyjaśnień, jak również nie znajdują potwierdzenia w przedstawionych dowodach. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia wykonawcy są jedynie jego twierdzeniami, niepopartymi dowodami, do złożenia których obliuguje art. 90 ust 1 ustawy Pzp, a w przypadku braku wyczerpującej odpowiedzi ze strony wykonawcy, nie należy ponownie wzywać go do złożenia wyjaśnień, a jedynie stwierdzić, że wykonawca nie podołał wynikającemu z art. 90 ust 2 obowiązкови wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wskazał, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp muszą być szczegółowe i wyczerpujące, jeżeli natomiast są ogólnikowe i lakoniczne, wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Althea wskazał jedynie na wyliczenia dotyczące wynagrodzenia inżyniera oraz krótką kalkulację części potrzebnych do przeglądów, którą uzasadnił jedynie doświadczeniem w świadczeniu usług oraz posiadaniem kontaktów wśród dostawców, co implikują korzystną cenę części. Zdaniem Odwołującego powyższe może być prawdą, ale w odniesieniu do części używanych i regenerowanych. Cena lampy do tomografów Discovery jest określana przez producenta i oscyluje w granicach 500.000-700.000 zł. Wykonawca Althea wykazał natomiast żadnymi środkami dowodowymi, że w istocie takie korzystne kontrakty na poziomie 500.000 zł ma zawarte. Brak jest w wyjaśnieniach informacji i dowodów potwierdzających okoliczności, że wykonawca dysponuje programem rabatowym, lojalnościowym u producenta urządzeń. Co więcej, jak wskazano w wyjaśnieniach Althea, części potrzebne do przeglądów, napraw oraz wymian wynoszą 580 tys. w okresie 3 lat wraz z ceną lampy RTG. Skoro więc cena lampy przekracza pół miliona zł, to zakładając, że jest to 510 tys. zł (czyli nieznacznie powyżej pół miliona przyjmując najkorzystniejszy dla Althea scenariusz) to oznaczałoby to, że cena wszystkich pozostałych części potrzebnych do przeglądów, napraw oraz wymian części zamiennych wynosi 70 tys. zł na 3 lata, co daje koszt 23 tys. zł rocznie. Odwołujący

podkreślił, że w dotychczasowych postępowaniach wykonawca Althea deklarował wymianę lampy na kwotę 779.255,43 zł, co więcej, była to cena ofertowa wyższa niż cena Odwołującego. Na okoliczność, że cena ponad 700.000 zł jest ceną rynkową Odwołujący powołał się na inne postępowanie, w którym dokonano wyboru oferty Odwołującego (Ogłoszenie nr 500060653-N-2018 z 20 marca 2018 r.). W treści wyjaśnień nie wskazano, na jakiej podstawie Althea oferuje cenę o 200.000 zł niższą w stosunku do cen ofertowych w innych postępowaniach.

Odwołujący zaznaczył, że w części 1 przedmiotowego postępowania wykonawca Althea wskazał koszt przeglądów, napraw i wymian na poziomie 100 tys. zł w okresie 2 lat, przy czym w części 1 brak jest konieczności wymiany lamp, co oznacza, że koszt wymiany innych urządzeń wynosi na 2 lata w części 1 łącznie 100 tys. zł, tj. 50 tys. na rok. Tymczasem w drugiej części na 3 lata koszt ten wynosi już tylko łącznie 70 tys. zł (koszt bez lamp), do daje koszt 23 tys. zł rocznie. Zdaniem Odwołującego, przy zachowaniu ceny lampy deklarowanej w innych postępowaniach, zaoferowana w niniejszym postępowaniu cena nie wystarczy na pokrycie kosztów części zamiennych, nie mówiąc już o pozostałych elementach ceny ofertowej.

Ponadto Odwołujący podniósł, że kalkulacja w zakresie do kosztów dojazdów jest znacząco zaniżona. Wykonawca Althea w wyjaśnieniach wskazał, że wartość dojazdów została wyliczona na podstawie odległości, jaką musi pokonać inżynier serwisu do siedziby Zamawiającego. Kwotę tę dla części 2 zamówienia obliczono wg wzoru: 24 dojazdy/powroty (12 przeglądów + 12 napraw) x 190 km x 0,8358 zł/km (ustawowa kwota za przejazd) x 3 (lata kontraktu) = 3.811,24 zł. Zdaniem Odwołującego taki wynik mnożenia jest nieprawidłowy, gdyż mnożąc 24x190x0,8358x3 uzyskujemy wynik 11.433.74 zł. Wykonawca nie uwzględnił więc w tym zakresie końcowego iloczynu x3 lata.

Odnosząc się do załączonych do wyjaśnień dowodów Odwołujący podniósł, że wykonawca Althea przedstawił (jako załącznik nr 5) umowę o pracę z dnia 18 lipca 2016 r. pomiędzy MVS Sp. z o.o. a nieokreślonym podmiotem. Dokumentowi temu trudno przyznać jakkolwiek moc dowodową, gdyż na jej podstawie nie można ustalić ani faktu zatrudnienia kogokolwiek, miejsca w którym jest zatrudniony (wskazano jedynie województwo), rodzaju umowy o pracę ani wysokości wynagrodzenia. Dokument ten został poświadczony za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wykonawcy Althea bez wskazania daty poświadczenia. Nie jest więc wykluczone, że tenże dokument jest pierwotną wersją umowy, która mogła być od daty jej zawarcia aneksowana, w tym w odniesieniu do zmiany wysokości wynagrodzenia. Tego typu działania, poza podstawą odrzucenia, można uznać za wprowadzanie Zamawiającego w błąd skutkujące podjęciem przez niego czynności w postępowaniu, co stanowi istotną przesłankę wykluczenia. Ponadto w dokumencie tym

zanonimizowano imię i nazwisko oraz rodzaj umowy o pracę osoby, z którą rzekomo umowę zawarto, uniemożliwiając tym samym Zamawiającemu jego należytą weryfikację. Może to być bowiem umowa zawarta pierwotnie na okres próbny z niższym wynagrodzeniem. Przeprowadzona przez Wykonawcę Althea Polska sp. z o.o, anonimizacja stoi w sprzeczności z treścią Komunikatu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r. (<https://www.Qiodo.aov.pl/pl/259/9947>), zgodnie z którym: *w efekcie analizy ww. regulacji wypracowane zostało stanowisko, zgodnie z którym dla realizacji celów określonych w art. 29 ust. 3a i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców lub podwykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę. Dla skutecznej weryfikacji obowiązku określonego we wskazanych wyżej przepisach, zamawiający może pozyskiwać takie dane osobowe pracowników, jak: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu. Przyjęcie powyższego rozwiązania zapewni realną i efektywną kontrolę spełniania wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 §1 Kodeksu pracy.*

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że mimo złożenia w JEDZ oświadczenia o braku korzystania z podwykonawców wykonawca Althea oświadczył, że do realizacji zamówienia kieruje osobę, która w istocie rzeczy jest podwykonawcą. Jak wynika z publicznie dostępnych informacji J. V. jest zatrudniony w spółce grupy do której należy Althea Polska sp. z o.o., a nie w samej Spółce, na dowód czego Odwołujący powołał informację z portalu LinkedIn. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wezwał w tym zakresie wykonawcy Althea do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego Althea usiłuje w wyjaśnieniach przerzucić ciężar dowodu na inne podmioty, w tym Zamawiającego. Podkreśla, że cena zawarta w jego ofercie wynika z faktu, że Zamawiający błędnie oszacował wartość przedmiotu zamówienia, gdyż dokonał tego na podstawie wyceny Odwołującego. W tym zakresie Althea wskazuje na uzasadnienie wyroku wydanego w innej sprawie, w którym stwierdzono, że podmioty autoryzowane ponoszą większe koszty. Tymczasem, mając na uwadze zasady rozkładu ciężaru dowodu, ta okoliczność nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny ceny rażąco niskiej. Okoliczność taką należy badać w odniesieniu do konkretnej sprawy, a wyrok Izby wydany w innej sprawie, o innym przedmiocie nie wiąże Izby. Ponadto samo uzasadnienie wyroku wskazuje jedynie na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, nie stanowi natomiast wiążących w innych postępowaniach ustaleń. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Althea nigdy nie serwisował tego typu urządzenia, co spowodowało, że Zamawiający nie mógł zwrócić się do niego

z wnioskiem o oszacowanie, a ponadto wykonawca Althea, jako profesjonalista, winien dochować zwiększonej staranności przy kalkulacji ceny ofertowej.

Uzasadniając zarzut zaniechania unieważnienia postępowania Odwołujący podniósł, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia z uwagi na treść zapisów Opisu przedmiotu zamówienia oraz SIWZ, które Zamawiający opisał w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia okoliczności które miały wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, że wykonawcy złożyli oferty nieporównywalne. Ponadto niemożliwa do usunięcia wada postępowania polega na istotnej modyfikacji przedmiotu zamówienia w toku dokonywania oceny ofert, a więc po ich otwarciu, poprzez zawarcie umowy dzierżawy lampy do tomografu. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, polegająca na zawarciu przez Zamawiającego z Odwołującym umowy dzierżawy najistotniejszej części zamiennej urządzenia – lampy, co ma istotny wpływ na koszt zamówienia.

Odwołujący wskazał, że po otwarciu ofert lampa do aparatu uległa zepsuciu, a Zamawiający dokonał zamówienia na dzierżawę lampy do tomografu komputerowego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia. Umowa jest wykonywana. Przedmiotem zamówienia na dzierżawę jest: transport, ubezpieczenie, podatek VAT, deinstalacja niesprawnej lampy RTG, instalacja fabrycznie nowej lampy RTG, uruchomienie tomografu, wykonanie testów specjalistycznych, oddanie tomografu do eksploatacji, deinstalacja lampy po zakończeniu umowy, serwis związanym z przedmiotową lampą. Przedmiot zamówienia na dzierżawę lampy pokrywa się więc z przedmiotowym zamówieniem.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby, z którego wynika, że istotna zmiana okoliczności w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Wymagane jest by zmiana okoliczności wystąpiła już w czasie podejmowania decyzji o unieważnieniu, gdyż niewystarczające jest samo zagrożenie zmianą. Przesłanka nieprzewidywalności zmiany okoliczności ziszcza się wówczas, gdy zamawiający w czasie ogłaszania postępowania nie był w stanie przewidzieć takiej zmiany i nie mógł spodziewać się, że takie zdarzenia nastąpią. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie zostały spełnione wszystkie wskazane wyżej przesłanki. Zamawiający nie mógł przewidzieć zepsucia się lampy, a wykonawcy nie mogli zakładać, że przystępując do usługi serwisowej będą zobowiązani do naprawy lampy albo że Zamawiający zawrze z jednym wykonawcą umowę dzierżawy lampy.

Postępowanie jest więc obarczone istotną wadą, a Zamawiający w sposób dowolny modyfikuje przedmiot zamówienia, który może w chwili obecnej obejmować usługę serwisową wraz ze wszystkimi częściami zamiennymi z koniecznością wymiany lampy w dniu przystąpienia do realizacji usługi lub też przedłużenie obowiązywania umowy dzierżawy, co oznaczałoby brak obowiązku po stronie wybranego wykonawcy dokonania wymiany lampy. Konieczność dzierżawy lampy przez okres do rozstrzygnięcia postępowania z możliwością jej przedłużenia powoduje istotną zmianę przedmiotu zamówienia. Odwołujący dodał, że wykonawca Althea zadeklarował skalkulowanie w cenie ofertowej jednokrotnej wymiany lampy, okazuje się jednak, że tychże wymian zapewne będzie więcej.

Odwołujący powołał szereg tez z orzeczeń Izby, z których wynika m.in., że czynność unieważnienia postępowania, w razie wystąpienia przesłanki, obciąża zamawiającego i musi być podjęta pod rygorem skutków prawnych w razie jej zaniechania, a o istotnej zmianie okoliczności dotyczących prowadzonego postępowania przesądzają przyczyny, które w kontekście potrzeb Zamawiającego oraz jego nowej sytuacji finansowej, a zatem w kontekście możliwości wydatkowania środków na wcześniej opisany cel, czynią go bezprzedmiotowym. Za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie interes publiczny wyraża się w rodzaju działalności przedsiębiorstwa – ochrony zdrowia z uwagi na zobowiązania wobec pacjentów szpitala, konieczności wypełnienia kontraktów z Narodowego Funduszu Ochrony Zdrowia oraz przesłanki niewymierne, w postaci zagrożenia życia i zdrowia pacjentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia, powtórzenia czynności oceny ofert oraz odrzucenia oferty Althea Polska Sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę oraz wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania. Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w zakresie części 2 zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Althea Polska Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie nie zachodzi przesłanka powagi rzeczy osądzonej. Nie ulega wątpliwości, że podstawą zarzutów odwołania są okoliczności, które nie podlegały ocenie Izby w postępowaniu o sygn. akt KIO 669/18, w którym Izba badała zasadność odrzucenia oferty wykonawcy Althea Polska z uwagi na rażąco niską cenę, przy czym zakresem rozstrzygnięcia Izby objęta była wyłącznie okoliczność, która została przez Zamawiającego wskazana jako uzasadniająca odrzucenie oferty. Był to mianowicie fakt, że w cenie oferty wykonawca uwzględnił konieczność jednokrotnej wymiany lampy RTG. W wyroku z 24 kwietnia 2018 r. Izba uwzględniła odwołanie Althea Polska, stwierdzając, że uzasadnienie odrzucenia oferty było lakoniczne i nie miało oparcia w postanowieniach SIWZ, które nie określały liczby wymian lampy RTG w trakcie trwania umowy. Wobec powyższego tylko tej okoliczności dotyczy wcześniejszy wyrok Izby, nie ma natomiast przeszkód, aby w obecnym postępowaniu odwoławczym podnieść zarzuty oparte o inne okoliczności mające świadczyć o istnieniu podstaw do odrzucenia oferty Althea Polska.

Następnie należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na wniesienie tego środka ochrony prawnej po upływie terminu określonego w ustawie. Ze stanowiska Przystępującego wynika teza, że Odwołujący powinien podnieść zarzuty w terminie liczonym już od pierwszej decyzji Zamawiającego, tj. od odrzucenia oferty Althea Polska. Z poglądem tym nie sposób się zgodzić. Zauważyć należy, że oferta Przystępującego została pierwotnie odrzucona, zaś oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. W związku z powyższym Odwołujący nie miał wówczas podstaw do wniesienia odwołania, w którym domagałby się odrzucenia oferty Althea Polska z jeszcze innych przyczyn faktycznych, niż to uczynił Zamawiający. Wnosząc takie odwołania wykonawca narażałby się na jego oddalenie z uwagi na brak legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności Zamawiającego, które wówczas miały charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. W związku z powyższym niezasadne byłoby oczekiwanie, że już na wcześniejszym etapie postępowania, kiedy to oferta Przystępującego była odrzucona, Odwołujący powinien podnosić zarzuty skierowane przeciwko tej ofercie. Dopiero dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej było czynnością, którą Odwołujący mógł skutecznie zaskarżyć, wykazując legitymację do wniesienia odwołania, wybór oferty Althea Polska stanowił bowiem okoliczność uzasadniającą szkodę po stronie Odwołującego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ przedmiotem zamówienia jest pogwarancyjny serwis tomografów komputerowych. Zamówienie zostało podzielone na dwie części: część 1 – pogwarancyjny serwis tomografu komputerowego Lightspeed RT16 (24 miesiące), część 2 – pogwarancyjny serwis tomografu komputerowego CT Discovery 750 HD (36 miesięcy).

W zakresie części 2 przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności wykonywanie przeglądów (tomograf - 1 raz na kwartał, pozostałe - 1 raz w roku), diagnostyki, napraw z częściami zamiennymi, testów specjalistycznych, aktualizacje oprogramowania i modyfikacje tomografu zalecane przez producenta (pkt II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu).

Wartość szacunkowa części 2 zamówienia została ustalona na kwotę 1.515.128,00 zł. W postępowaniu zostały złożone następujące oferty: oferta Przystępującego z ceną 1.807.740,00 zł, oferta Odwołującego z ceną 760.509,00 zł.

Pismem z 23 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nie formułując w tym zakresie szczegółowych pytań. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że różnica pomiędzy ceną jego oferty a wartością oszacowaną przez Zamawiającego wynika z faktu, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową jedynie na podstawie wyceny firmy GE Medical Systems Polska, a gdyby Zamawiający ustalił tę wartość z należytą starannością, w oparciu o pełne rozeznanie rynku, szacowana wartość była by dużo niższa, a tym samym w nie byłoby podstaw wzywania do wyjaśnień. Przystępujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym przetargu dopuścił składanie ofert przez nieautoryzowane serwisy, których rozwiązania techniczne są tańsze, na poparcie czego załączył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2184/17. Wykonawca wyjaśnił, że jako niezależny serwis, posiadający certyfikaty ISO, może zaoferować niższą cenę oraz że posiada bardzo bogate doświadczenie w serwisowaniu aparatów produkcji GE. Podał, że zaoferowana cena zawiera ekwiwalent liczby godzin i pracy inżyniera, a z doświadczenia wykonawcy wynika, że przy kontrakcie, którego oczekuje Zamawiający, jest to ok. 30 h rocznie na tomograf komputerowy wraz z urządzeniami towarzyszącymi na naprawy oraz ok. 18h rocznie na przeglądy. Dalej z wyjaśnień wynika, że: *kwoty przeznaczone na wykonanie przeglądów okresowych oraz napraw wg aktualnego cennika usług Althea Polska (załącznik nr4) to 356,70 zł brutto za godzinę, co daje (...) kwotę 51.364,80 zł dla usług serwisowych wykonywanych przez okres 36 miesięcy – dot. CT Discovery 750HD (część 2). Wszyscy inżynierowie w naszej firmie zatrudnieni są w oparciu o umowę o pracę, a ich zarobki są wyższe od minimalnej płacy w Polsce. Dodatkowo koszt dojazdów do klienta to 6.352,07 zł. Wartość ta została wyliczona na podstawie odległości jaką musi pokonać inżynier serwisu do siedziby Zamawiającego (...) przez okres 36 miesięcy 24 dojazdy/powroty (12 przeglądów+12 napraw) x 190 km x 0,8358 zł/km (ustawowa kwota za przejazd) x 3 (lata kontraktu) - 3.811,24 zł. W cenie za urządzenia ujęty został również budżet na części, które użyte zostaną podczas przeglądów i napraw. Jesteśmy firmą z międzynarodowym kapitałem, posiadamy szerokie kontakty i rozbudowaną bazę dostawców oraz wyspecjalizowane działy zaopatrzenia. Wszystkie te czynniki umożliwiają nam sprowadzanie wysokiej jakości części w niskich cenach z całego świata. W naszej siedzibie w Mikołowie posiadamy również ogromny magazyn z częściami, które kupowane były w najlepszych cenach przy najbardziej sprzyjających warunkach. Biorąc pod uwagę nasze doświadczenie w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia w Postępowaniu kalkulujemy, że części potrzebne do*

przeглядów, napraw oraz wymian wyniosą (...) maks. 580 tys. zł w okresie 3 lat wraz z ceną lampy RTG. Końcowe obliczenia: (...) części + dojazdy + praca - 51.364,80 + 3.811,24 + 580 000,00 = 635.176,04 zł. Zgodnie z obliczeniami końcowa kwota (...) jest zdecydowanie niższa od wartości przedstawionych w naszej ofercie. Oznacza to WYSOKI zarobek dla wykonawcy i brak zagrożenia prawidłowego wykonania zamówienia. Cena zaoferowana przez Althea Polska Sp. z o.o. nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, co wynika z powyższych wyjaśnień oraz załączonych dowodów. Do wyjaśnień wykonawca załączył: kopię wyroku Izby o sygn. akt KIO 2184/17, certyfikaty ISO 13485 i ISO 9001, zanonimizowaną umowę o pracę inżyniera serwisu oraz cennik usług.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności: *W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie nie potwierdzają, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo. Przedmiot zamówienia obejmuje m.in. diagnostykę i naprawy ze wszystkimi częściami zamiennymi, a więc również wymianę lampy RTG w razie zaistnienia takiej konieczności. W ramach poprzedniej umowy serwisowej (trwającej 36 miesięcy) dotyczącej urządzenia objętego przedmiotem niniejszego zamówienia lampa RTG została wymieniona dwukrotnie. Zdaniem Zamawiającego zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie gwarantuje jego wykonania bez poniesienia straty po stronie Wykonawcy. Wykonawca Althea Polska wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty, podnosząc, że przyjęcie do wyceny oferty jednorazowej wymiany lampy RTG było prawidłowe. Wyrokiem z 24 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 669/18) odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygnięcie zasadności zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga odpowiedzi na pytanie, czy udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia uprawniały zamawiającego do stwierdzenia, że cena oferty została należycie skalkulowana i jest rynkowa oraz czy umożliwia prawidłową realizację zamówienia. Jak bowiem wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek

odrzućenia oferty. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień.

Odnosząc się kolejno do informacji przedstawionych w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zastrzeżenia wykonawcy co do oszacowania wartości zamówienia nie zwalniają z wykazania prawidłowości kalkulacji ceny i uwzględnienia w niej elementów cenotwórczych na realnym poziomie. Kwestionowanie prawidłowości oszacowania wartości zamówienia nie jest w istocie elementem wyjaśnień dotyczących ceny i nie może przesądzać o jej prawidłowości, wyjaśnienia bowiem powinny odnosić się do okoliczności dotyczących wykonawcy. Nawet gdyby rzeczywiście wartość zamówienia została oszacowana na zbyt wysokim poziomie, to i tak wykonawca wezwany do wyjaśnień jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę. W związku z tym wywody przedstawione przez Przystępującego, a odnoszące się do usprawiedliwienia wysokości zaoferowanej ceny nieprawidłowym oszacowaniem wartości zamówienia, nie mogą być argumentem przesądzającym brak obowiązku odrzucenia oferty ceny, gdyż prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wyjaśnieniami wskazującymi przyjęte założenia i elementy cenotwórcze oraz poparta dowodami. Nawet jeśli wysokość ceny nie wynika z jakichś nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił.

Za niewystarczające należy uznać stwierdzenie, że Zamawiający w przedmiotowym przetargu dopuścił składanie ofert przez nieautoryzowany serwis, a ich rozwiązania techniczne są tańsze. Jest ono na tyle ogólne, że nie może przesądzać o realności ceny. Wykonawca powołał się w tym zakresie na fragment uzasadnienia wyroku Izby wydanego w innej sprawie i dotyczącego innego zagadnienia, w którym Izba stwierdziła, że podmioty autoryzowane ponoszą wyższe koszty, z wyjaśnień Przystępującego nie sposób natomiast powziąć wiedzy o źródłach i wysokości oszczędności z tego tytułu w przedmiotowym postępowaniu. Stosowanie przez Przystępującego tańszych rozwiązań nie zostało też poparte dowodami, mimo że jest to okoliczność, którą można byłoby wykazać.

Najistotniejszą składową ceny są koszty części do przeglądów, napraw oraz wymian, które według wyjaśnień wyniosą maksymalnie 580 tys. zł w okresie 3 lat wraz z ceną lampy RTG. Twierdzenia te są gołosłowne, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Co więcej, koszty części do przeglądów, napraw i wymian zostały podane jedynie zbiorczo. Uzasadniając kalkulację w tym zakresie Przystępujący powołał się na takie okoliczności, jak międzynarodowy kapitał, szerokie kontakty i rozbudowaną bazę dostawców oraz wyspecjalizowane działy zaopatrzenia, co umożliwia sprowadzanie wysokiej jakości części

w niskich cenach z całego świata. Wskazał także na dysponowanie magazynem z częściami, które kupowane były w najlepszych cenach przy najbardziej sprzyjających warunkach. Jednocześnie Przystępujący nie przedstawił dowodów potwierdzających jego kontakty handlowe, wynegocjowane warunki współpracy z dostawcami ani posiadanie zapasów magazynowych, mimo że są to okoliczności, które mogą i powinny być poparte dowodami. Z kolei takie okoliczności, jak międzynarodowy kapitał oraz doświadczenie, trudno uznać za okoliczności wyróżniające wykonawcę w taki sposób, aby pozwalały obniżyć cenę, zwłaszcza że nie wiadomo, jakiego rzędu oszczędności to generuje i z czego konkretnie one wynikają. Przyznając rację Przystępującemu, że cena usług serwisu sprzętu jest oparta o kalkulację ryzyka, brak jest bowiem pewności co do zakresu napraw, które będą wykonywane, zauważyć należy, że z wyjaśnień nie wynika, jak to ryzyko zostało oszacowane. Jedynie w odniesieniu do wymiany lampy RTG wiadomo, że Przystępujący założył jej jednorazową wymianę, nie wiadomo natomiast, jakie założenia przyjął w odniesieniu do innych części.

Odnosząc się do twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniach, że zaoferowana cena zawiera ekwiwalent liczby godzin i pracy inżyniera, wskazać należy, że o ile Przystępujący podał założenia dotyczące zakładanej liczby godzin świadczenia usług w skali, to jednak koszty pracy inżyniera nie zostały wykazane. Załączona do wyjaśnień umowa o pracę została zanonimizowana w taki sposób, że nie można ustalić nie tylko osoby, której dotyczy, ale przede wszystkim rodzaju umowy o pracę, co istotnie podważa jej wartość dowodową. Jak słusznie wskazał Odwołujący, nie można wykluczyć, że jest to umowa zawarta na okres próbny, z niższym wynagrodzeniem.

Odnosząc się do wskazanych w wyjaśnieniach kosztów dojazdu oraz zarzutów Odwołującego w tym zakresie, stwierdzić należy, że z przedstawionego przez Przystępującego opisu obliczeń wynika, że zostały one ustalone dla całego okresu trwania umowy, mimo nieściśłości w przedstawionym wzorze obliczeń. Skoro wycenie podlegały koszty 4 przeglądów w ciągu roku i 4 wizyt w ciągu roku w celu naprawy tomografu, to w okresie trwania umowy daje to 12 przeglądów i 12 napraw. W związku do obliczeń zostały przyjęte 24 dojazdy i powroty, które przemnożone przez 190 km oraz przez stawkę kilometrową dają kwotę 3.811,24 zł. Jest to jednak czynnik kosztotwórczy, którego udział w cenie oferty jest niewielki, a przyjęcie jego prawidłowego wyliczenia w żadnej mierze nie może przesądzać o prawidłowości ceny.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, że w przypadku uznania, że złożone wyjaśnienia nie potwierdziły prawidłowości ceny, Izba powinna nakazać powtórne wezwanie do wyjaśnień, zaznaczyć należy, że wystosowanie kolejnego wezwania może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia wskazują na konieczność uzyskania

dodatkowych informacji w zakresie już objętym wyjaśnieniami czy wyeliminowania wątpliwości wynikających z analizy przedstawionych informacji, nie mogą natomiast prowadzić umożliwienia wykonawcy ponownego złożenia wyjaśnień przedstawiających nową treść. Jeżeli więc pierwsze wyjaśnienia nie potwierdzają prawidłowości ceny, to powinno to skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś stworzeniem wykonawcy kolejnej szansy na złożenie prawidłowych i wyczerpujących wyjaśnień. Takie działanie godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec ustalenia, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były ogólnikowe i niepoparte dowodami, nieuprawnione jest twierdzenie o konieczności ponowienia procedury wyjaśniającej. Nie zmienia tego fakt, że Zamawiający w wezwaniu wyjaśnień nie sformułował szczegółowych pytań, na które wykonawca miał udzielić odpowiedzi. Nawet wezwanie bez takich precyzyjnych wskazań, z przytoczeniem jedynie ustawowych wytycznych, obliguje wykonawcę do złożenia kompletnych, rzetelnych i popartych dowodami wyjaśnień potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny, a ewentualne szczegółowe pytania mogą określać oczekiwane przez Zamawiającego rozłożenie akcentów i obligować do pogłębionej szczegółowości wyjaśnień w wybranych aspektach. Brak takich szczegółowych pytań nie zwalnia jednak z należytego wyjaśnienia wszystkich składników cenotwórczych, na poziomie szczegółowości właściwym dla profesjonalnego wykonawcy, czego Przystępujący nie zrobił.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało w tym zakresie uwzględnieniu.

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 3.6. w związku z pkt 9 SIWZ. W odniesieniu do tych zarzutów zauważyć należy, że w treści odwołania trudno dopatrzeć się ich uzasadnienia. Jedynym twierdzeniem, które można w jakikolwiek sposób powiązać z ww. zarzutami jest fragment: *Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że mimo złożenia w JEDZ oświadczenia o braku korzystania z podwykonawców Wykonawca Althea Polska sp. z o.o. oświadczyła, iż do realizacji zamówienia kieruje osobę, która w istocie rzeczy jest podwykonawcą. Jak wynika z publicznie dostępnych informacji Josip Vujkovic jest zatrudniony w spółce grupy do której należy Althea Polska sp. z o.o., a nie w samej Spółce. Dowód: Informacja z portalu LinkedIn. Zamawiający nie wezwał w tym zakresie Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. do złożenia*

wyjaśnięć. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 nie zostały poparte żadnym szerszym wywodem i potwierdzone dowodami. Za dowód z pewnością nie można uznać informacji z portalu społecznościowego, zawierającego niezweryfikowane informacje, których aktualność może być wątpliwa. Przede wszystkim jednak podkreślenia wymaga, że Odwołujący z niezrozumiałych powodów traktuje postanowienie punktu 3.6 SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu, którego spełnienie należy wykazać na dzień składania ofert, podczas gdy postanowienie to znajduje się w rozdziale *Opis przedmiotu zamówienia* i dotyczy sposobu wykonywania zamówienia, nie zaś warunków udziału w postępowaniu. Pkt 3.6 SIWZ odsyła w zakresie sposobu kontroli realizacji wymogu zatrudnienia na umowę o pracę do postanowień umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), co dodatkowo potwierdza, że wymóg ten odnosi się do etapu wykonywania zamówienia. Tym samym podniesione zarzuty są nie tylko nienależycie uzasadnione, ale przede wszystkim nie mają oparcia w postanowieniach SIWZ.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania podkreślenia wymaga, że zarzuty te zostały podniesione z ostrożności procesowej, a Odwołujący na rozprawie potwierdził, że są to zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu głównego, rozstrzygnięcie zarzutów i żądań ewentualnych było bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący: