

Sygn. akt: KIO 2458/16

WYROK
z dnia 10 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez Wykonawcę **Nutrico Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Wojska Polskiego 8a (41-208 Sosnowiec) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**, ul. 3 Maja 13-15 (41-800 Zabrze)

przy udziale wykonawcy **Szpital Skawina Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Skawinie, ul. Tynieckiej 15 (32-050 Skawina) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Nutrico Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Nutrico Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Wykonawcy Nutrico Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu na rzecz Zamawiającego – Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, kwotę **4.335 zł. 80 gr.** (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu na posiedzenie pełnomocników oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Szpital Kliniczny Nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie *usługi sporządzenia mieszanin do żywienia pozajelitowego wraz z dostawą gotowej mieszaniny w postaci worków do żywienia pozajelitowego* (nr sprawy ZP/53/62/2016/PN/53), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 14 października 2016 r., 2016/S 199-358702, Wykonawca Nutrico Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wniósł w dniu 27 grudnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2458/16).

W dniu 16 grudnia 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom drogą mailową informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Szpital Skawina Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie.

Odwołaniem objęto czynność Zamawiającego polegającą na ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18, art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp polegające na ich niezastosowaniu i niewykluczeniu Skawina z postępowania w sytuacji, gdy Skawina zaoferowała, że dokona uzupełnienia braków lub wymiany przedmiotu umowy w terminie 1 godziny od momentu akceptacji reklamacji, podczas gdy nie wykazała i nie ma rzeczywistej możliwości dokonania takiej czynności w zaoferowanym czasie, a tym samym wprowadziła w błąd Zamawiającego, co miało wpływ na wynik postępowania, a złożenie oferty o takiej treści stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. Art. 87 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że Skawina wyjaśniła i wykazała, że możliwe jest uzupełnienie braków lub wymiany przedmiotu umowy w terminie 1 godziny od momentu akceptacji reklamacji, podczas gdy wyjaśnienia Skawiny nie potwierdzają, aby powyższy termin mógł zostać zachowany;

ewentualnie w przypadku uznania wyjaśnień Skawina za prawidłowe

3. Art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez brak wezwania Skawina do wyjaśnienia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny i nieodrzczenia oferty Skawina podczas, gdy z wyjaśnień tego wykonawcy wynika, że będzie on dostarczać

przedmiot umowy w wyniku postępowania reklamacyjnego z wykorzystaniem śmigłowca, a tym samym koszty z tym związane powinny zostać ujęte w ofercie. W konsekwencji, mając na względzie, że cena oferty Skawina jest zbliżona do ceny oferty Nutrico (niewykorzystującego śmigłowca do realizacji zamówienia) oraz szacunkowej wartości zamówienia, należy stwierdzić, że cena oferty Skawina jest rażąco niska, albo

4. Art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Skawina, w sytuacji gdy Skawina nie uwzględniła w cenie oferty kosztów przelotu śmigłowcem celem uzupełnienia braków lub wymiany przedmiotu umowy po uznaniu reklamacji;
5. Art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp polegający na ich niezastosowaniu i niewykluczeniu Skawina oraz nieodrzuconiu tej oferty, w sytuacji gdy w ofercie potwierdzono akceptację treści Wzoru Umowy i zobowiązano się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jej postanowieniami, podczas gdy Skawina nie posiada aplikacji o funkcjonalnościach określonych w § 2 ust. 8 Wzoru Umowy, a tym samym wprowadziła Zamawiającego w błąd co do możliwości wykonania umowy zgodnie ze Wzorem, co czyni ofertę niezgodną z siwz, a nadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia Skawina z postępowania i odrzucenia tej oferty, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na ustalone w postępowaniu kryteria oceny ofert: *cena (60%), czas na rozpatrzenie reklamacji (20%), czas uzupełnienia braków lub wymiany przedmiotu umowy (20%)*. W ramach drugiego kryterium (reklamacja) można było uzyskać 1 pkt w sytuacji gdy wykonawca zaproponuje czas nieprzekraczający 15 minut i 0 pkt w sytuacji, gdy wykonawca zaproponuje czas nieprzekraczający 30 minut. Maksymalny czas na reakcję wykonawcy na rozpatrzenie reklamacji nie mógł przekraczać 30 minut. Z kolei w trzecim kryterium wykonawca mógł uzyskać 1 punkt jeżeli zaoferowałby czas na uzupełnienie braków lub wymianę nieprzekraczający 1 godziny. w przypadku zaproponowania dłuższego czasu nie przysługiwały żadne punkty. Jednocześnie Zamawiający określił, iż maksymalny czas na dostawę reklamacyjną nie może przekroczyć 3 godzin od chwili uznania reklamacji przez wykonawcę.

Zaoferowane przez wykonawcę terminy reakcji na zgłoszenie reklamacyjne oraz uzupełnienie braków lub wymianę przedmiotu umowy zostaną wpisane do postanowień umowy (§5 ust. 3) i będą wiązać wykonawcę na etapie jej realizacji.

Zamawiający wymagał we wzorze umowy (§ 2 ust. 8), aby wykonawca posiadał aplikację do planowania i zlecenia żywienia pozajelitowego o określonych funkcjonalnościach, która ma być udostępniona i zainstalowana na urządzeniach Zamawiającego w ramach wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy, a za jej prawidłowe funkcjonowanie jest odpowiedzialny wykonawca.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: Nutrico (cena 1.253.070,00 zł.) i Skawina (1.139.940,00 zł., czas na rozpatrzenie reklamacji: 10 min.; czas na uzupełnienie braków/wymianę: do 1 godziny od momentu uznania reklamacji). Nutrico w ramach kryteriów pozacenowych zaproponował takie same warunki świadczenia jak Skawina. O wyborze oferty najkorzystniejszej zdecydowała zatem niższa cena. Wątpliwości Odwołującego dotyczą oświadczenia o możliwości uzupełnienia braków/wymiany mieszaniny w zadeklarowanym czasie, tj. do 1 godziny, z uwagi na odległość dzielącą siedzibę Skawiny od Zamawiającego. Podobne wątpliwości powziął również Zamawiający i wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy treści oferty. W odpowiedzi na zapytanie, *czy jest w stanie dokonać wymiany w ciągu 1 godziny od chwili uznania reklamacji*, wykonawca podał, że dostawy mieszanin realizowane są różnymi środkami lokomocji, również za pośrednictwem kolei i drogą lotniczą. *W razie reklamacji planujemy dostarczyć Zamawiającemu mieszaniny śmigłowcem* i jednocześnie podał wyliczenie czasu potrzebnego na dostarczenie tą drogą: czas oczekiwania na śmigłowiec: 30 min (w tym czasie następuje proces sporządzenia mieszaniny, przygotowania dokumentacji oraz pakowania i wydania mieszaniny), przelot na trasie Skawina-Zabrze 21 minut. Razem 51 minut i do 60 minut dostarczenie na oddział od przyjęcia reklamacji.

W ocenie Odwołującego wykonawca nie wykazał realności możliwości skorzystania ze śmigłowca w celu wykonania dostawy mieszaniny w trybie reklamacyjnym, co nie pozwala na przyjęcie oświadczenia złożonego w ofercie (nie poparte dowodami, wyliczeniami).

Ponadto, z uwagi na odległość pomiędzy siedzibą wykonawcy, a Zamawiającym (ok. 100 km) i konieczność sporządzenia mieszaniny indywidualnie na zlecenie w ramach reklamacji nie jest możliwe, jej wcześniejsze przygotowanie i dostarczenie samochodem do Zamawiającego. Ponieważ nie można dać wiary oświadczeniu o dostarczeniu mieszaniny w trybie reklamacyjnym za pomocą śmigłowca, w ocenie Odwołującego, złożenie tego oświadczenia miało na celu jedynie uzyskanie zamówienia, a nie realne korzystanie z tego środka transportu. Ponieważ punkty mogły być przyznane tylko za czas dostarczenia nie przekraczający 1 godziny, a wykonawca nie ma realnej możliwości jego dochowania, jego oferta nie uzyskałaby dodatkowych punktów. Mając świadomość, co do możliwości dostarczenia w czasie nie przekraczającym 1 godziny mieszaniny w trybie reklamacyjnym przez Odwołującego, Skawina aby uzyskać zamówienie musiał zaproponować taki sam czas

co Odwołujący, przy porównywanym poziomie cen oferowanych przez podmioty działające na rynku. Odwołujący wyliczył ilość punktów, jaką uzyskałaby oferta Skawina przy zaproponowanej cenie (80 pkt), mniejszą od tej jaką uzyskałaby jego oferta (94,58 pkt). Powyższe wskazuje zatem na czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako *działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*. Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp. Ponadto, takie działanie Skawina stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18, gdyż informacje przez niego przekazane Zamawiającemu wprowadzały w błąd i miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego o przyznaniu punktów w podkryterium nr 3.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, iż w sprawie konieczne było dalsze wyjaśnienie na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oświadczenia wykonawcy co do możliwości zapewnienia transportu mieszanki przy użyciu śmigłowca, tym bardziej iż stanowiło ono podstawę oceny oferty i przyznania punktów w kryterium oceny ofert. W przypadku uznania, iż realne jest dostarczenie mieszanki w trybie reklamacyjnym przy wykorzystaniu śmigłowca, koszty transportu jakie powinny zostać ujęte w ofercie prowadzić powinny do stwierdzenia rażąco niskiej ceny, co wymagało przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Ponieważ cena nie uwzględnia kosztów transportu śmigłowcem mieszanki, w ocenie Odwołującego, zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, powinno to skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż aplikacja, z której korzysta Skawina przy świadczeniu usług sporządzania i dostawy mieszanin pozajelitowych nie posiada wszystkich funkcjonalności określonych przez Zamawiającego. Poprzez złożenia oświadczenia o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z Wzorem Umowy, wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, który doprowadził do decyzji o wyborze oferty, która nie spełnia wymagań związanych z aplikacją. Stanowi to o naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie z postępowania. Ponadto, wskazuje to na niezgodność oferty z siwz, gdyż wykonawca nie może udostępnić aplikacji spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego, a oferta z tej przyczyny powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Powyższe wskazuje również na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Wykonawca świadomy zakresu aplikacji i braku posiadania wszystkich wymaganych funkcjonalności, celowo, niezgodnie z dobrymi obyczajami wprowadził Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie, a także w celu zagrożenia Odwołującemu w postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Szpital Skawina Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Podniesiony na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy przez Zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Ustawy nie mógł odnieść skutku z uwagi na objęcie zakresem zaskarżenia czynności Zamawiającego polegających na ocenie i wyborze oferty Skawina. Izba nie przychyliła się do stwierdzenia Zamawiającego, jakoby zarzuty dotyczyły hipotetycznej realizacji umowy. Podstawa faktyczna zarzutów związana była z oświadczeniami wykonawcy, stanowiącymi treść oferty podlegającą ocenie m.in. w kryteriach oceny ofert, a w przyszłości stanowiącej o zakresie zobowiązania umownego. Fakt, iż treść oferty podlegająca ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi o zakresie przyszłego zobowiązania wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, nie pozbawia znaczenia oceny oświadczeń wykonawcy, jako czynności Zamawiającego podejmowanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia z dalszymi konsekwencjami dla kształtu zawieranej umowy. W świetle powyższego nie było przeszkód formalnych do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto zaniechania związane z oceną oferty wybranej jako najkorzystniejsza, które mogłyby w konsekwencji doprowadzić do jej odrzucenia oraz wykluczenia wykonawcy Skawina z postępowania, niewątpliwie naruszenia jakich dopuścić się miał Zamawiający w tym obszarze, godziły w interes Odwołującego. Jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, a jak wynika z okoliczności faktycznych, mający realne szanse na jego uzyskanie (złożono tylko dwie oferty), posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które zamykały mu drogę do wyboru jego oferty. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty, złożonych dowodów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczo istota sporu dotyczyła oceny bezspornego stanu faktycznego, jaki wynikał z treści oferty Skawina oraz ustalonych zasad oceny, a także zakresu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący kwestionował możliwość uznania za realne do wykonania oświadczenie tego wykonawcy o możliwości dostawy reklamacyjnej mieszanek w czasie do 1 godziny, a także zobowiązanie o udostępnieniu Zamawiającemu aplikacji do planowania i zlecania żywienia pozajelitowego, których prawidłowa weryfikacja w ramach postępowania wyjaśniającego powinna doprowadzić do odrzucenia tej oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 1973.500,00 zł (brutto: 2.131.380,00 zł), tj. równoważną kwocie euro 472.705,93 w oparciu o ceny jednostkowe netto opakowań (worków) dla ośmiu pozycji asortymentowych (przyjmując odpowiednio ceny szacunkowe na poziomie 70,00 zł, 100,00 zł, 200,00 zł i 300,00 zł (wniosek w sprawie przeprowadzenia postępowania z 7.9.2016 r.).

Wykonawcy składając oferty w formularzu podawali cenę brutto, termin rozpatrzenia reklamacji w minutach oraz termin na uzupełnienie braków lub wymiany przedmiotu umowy w godzinach. Ponadto, do formularza oferty załączony miał być wypełniony formularz asortymentowo-cenowy, zawierający osiem pozycji mieszanek do żywienia.

Zgodnie z siwz – przedmiotem zamówienia jest *usługa farmaceutyczna polegająca na sporządzaniu mieszanin do żywienia pozajelitowego wykonywanych na podstawie indywidualnych recept wraz z dostawą gotowej mieszaniny w postaci worków do żywienia pozajelitowego*. Podstawą dostawy ma być wystawiona indywidualna recepta (z danymi dot. pacjenta i jego żywienia), przesłana przez Zamawiającego do godziny 11:00 drogą elektroniczną, faksem lub udostępnionej aplikacji elektronicznej. Zamawiający wymaga dostaw w godzinach od 15 do max. 17-tej tego samego dnia.

W pkt 13 siwz Zamawiający określił kryteria oceny ofert: cena – C (waga 60%), czas rozpatrzenia reklamacji – Cr (waga 20%) oraz czas uzupełnienia braków lub wymiany przedmiotu umowy - Cu (waga 20%). W kryterium Cr Zamawiający punktował czas do 15 minut (1pkt), a w kryterium Cu – czas do 1 godziny (1 pkt).

Do wzoru umowy (§ 2 ust. 8, lit. a)-k)) Zamawiający przeniósł wymagania dotyczące właściwości użytkowych aplikacji do planowania i zlecania żywienia pozajelitowego

udostępnianą i instalowaną w ramach wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy przez Wykonawcę na czas trwania umowy.

Wykonawca Skawina w ofercie podał cenę w wysokości: 1.139.940,00 zł brutto, 1.055.500,00 zł netto, termin rozpatrzenia reklamacji – *do 10 minut* oraz zadeklarował uzupełnienia braków lub wymianę przedmiotu umowy na nie posiadający wad *do 1 godziny*. W formularzu asortymentowo-cenowym wykonawca podał ceny jednostkowe netto odpowiednio w wysokości 70,00 zł, 100,00 zł, 120,00 zł, 130,00 zł i 150,00 zł. Oferta ta uzyskała łącznie 100 pkt w kryteriach oceny ofert, tj. C- 60 pkt, Cr – 20 pkt i Cu – 20 pkt. Druga oferta Odwołującego uzyskała łącznie 94,58 pkt, w tym za C – 54,58, Cr – 20 pkt, i Cu – 20 pkt (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 16.12.2016 r.).

Pismem z dnia 30.11.2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Skawina na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia oświadczenia złożonego na formularzu oferty o gotowości dokonania uzupełnienia braków lub wymiany przedmiotu umowy na nieposiadający wad w ciągu 1 godziny od chwili uznania reklamacji. W odpowiedzi, w piśmie z dnia 5.12.2016 r. wykonawca Skawina odniósł się do przebiegu dotychczasowych zamówień realizowanych na rzecz innych szpitali, przy których nie wpłynęły żadne reklamacje. Jednocześnie potwierdził, że jest przygotowany na rozpatrzenie reklamacji i uzupełnienie braku lub wymianę przedmiotu umowy w ciągu 1 godziny. *W związku z dużym doświadczeniem i wysoką jakością usługi realizujemy dostawy różnymi środkami lokomocji, również za pośrednictwem kolei oraz drogą lotniczą. W przypadku realizacji powyższej Umowy, w razie reklamacji planujemy dostarczyć Zamawiającemu mieszaniny śmigłowcem.* Wykonawca opisał procedurę dostawy w trybie reklamacyjnym w sześciu podpunktach:

1. *Uznanie przez Wykonawcę zgłoszonej przez Zamawiającego reklamacji.*
2. *Zamówienie śmigłowca.*
3. *Czas oczekiwania na śmigłowiec 30 minut, w tym czasie następuje proces sporządzenia mieszanin, przygotowania dokumentacji oraz pakowanie i wydania mieszanin.*
4. *Czas przelotu Skawina-Zabrze 21 minut.*
5. *Razem 51 minut.*
6. *Dostarczenie na oddział – do 60 minut od przyjęcia reklamacji.*

Na rozprawie Skawina przedstawił dowody dotyczące czasu w jakim można przygotować mieszaninę przy użyciu mieszalnika, odpowiednio 1:03 min. i 1,5 min. (wydruk z urządzenia), a także korespondencję ze SkyPoland (mail oraz projekt umowy) potwierdzające możliwość wykorzystania transportu lotniczego w razie konieczności dostawy reklamacyjnej do zamawiającego w czasie do 1 godziny.

Odwołujący przedstawił wykaz lądowisk dla pojazdów lotnictwa cywilnego wraz z uzyskanymi ofertami za przelot śmigłowca.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Zasadniczym dla oceny podniesionych zarzutów było odniesienie się do wspólnej podstawy faktycznej, z jakiej Odwołujący wywodził, iż złożenie oferty przez Skawina stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czyni cenę oferty rażąco niską, a także obarczoną błędem i niezgodną z treścią siwz. Odwołujący opierał bowiem konstrukcję zarzutów na zakwestionowaniu oświadczeń wykonawcy Skawina złożonych w ofercie, jako nierealnych do dotrzymania na etapie realizacji umowy, tj. oświadczenia o terminie na dostawę reklamacyjną (punktowane w kryterium oceny ofert Cu) oraz zobowiązani do udostępnieniu Zamawiającemu aplikacji. Brak wykazania przez Odwołującego zasadności podważenia prawdziwości oświadczeń złożonych w ofercie czyniłoby zarzuty bezpodstawnymi. Okolicznością, jaką należało uwzględnić przy ocenie podstawy odwołania były także wyjaśnienia Skawina złożone w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy pismem z dnia 5.12.2016 r.

Odnosząc się do pierwszego z tych oświadczeń dotyczącego terminu na dostawę reklamacyjną mieszanek do 1 godziny Izba uznała, iż prezentowana przez Odwołującego argumentacja wraz z dowodami (wykaz lotnisk oraz ceny za przelot śmigłowcem) nie dowodziła zasadności stwierdzenia, iż oświadczenie wykonawcy nie będzie możliwe do wykonania, a jego złożenie miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Przede wszystkim Izba uznała, iż wartość dowodowa dokumentów przekazanych przez Odwołującego była niższa, niż dowodów przedłożonych przez Przystępującego – Skawina. Izba dała wiarę dowodom, które odnosiły się wprost do przyjętych przez wykonawcę Skawina założeń o możliwym transporcie śmigłowcem mieszanek w trybie reklamacyjnym, prezentowanych wcześniej Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 5.12.2016 r., a także czasu potrzebnego na sporządzenie mieszanki. Również Odwołujący przyznał, że przelot śmigłowcem jednosilnikowym może być niższy, niż ten wynikający z korespondencji ze SkyPoland, co umożliwiałoby przyjęcie, iż założenia Skawiny miały realną podstawę w warunkach rynkowych. Odnosząc się do kwestii lądowiska jakie miałyby być wykorzystane, Izba uznała, iż okoliczność ta nie ma znaczenia dla oceny oferty, gdyż dotyczy treści przyszłego zobowiązania, które nie wymagało skonkretyzowania w ofercie. Tym samym rozważania, czy Skawina korzystałaby z lądowiska w Gliwicach, czy też możliwości wylądowania w sytuacji nadzwyczajnej na parkingu u Zamawiającego, stanowiły hipotezy, które nie wpływały na zobowiązanie do dostarczenia mieszanki w trybie reklamacyjnym do Zamawiającego w ciągu 1 godziny od rozpatrzenia reklamacji Zamawiającego. Wyjaśnienia, jakie składał wykonawca miały na celu uzyskanie potwierdzenia, czy oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie będzie możliwe do wyegzekwowania w trakcie realizacji umowy, a nie doprecyzowania konkretów, co do doboru

środka transportu, czy też trasy i miejsca lądowania. W świetle przedłożonych dowodów Izba uznała wyjaśnienia złożone Zamawiającemu za wiarygodne, w szczególności co do możliwości wykorzystania transportu lotniczego, który pozwala wykonać dostawę w terminie nie przekraczającym 1 godziny. Wykonawca nie musiał przedstawiać na etapie postępowania wyjaśniającego dowodów na poparcie przyjętych założeń, stąd dowody uzyskane na potrzeby postępowania dowodowego nie pozbawiały ich wartości, tylko dla tego, iż nie zostały pozyskane jeszcze przed złożeniem oferty. Należy również zauważyć, iż siwz nie wymagała wykazania sposobu transportu, czy też innych szczegółów związanych z dostawą reklamacyjną, a wykonawcy składali własne oświadczenia. Podobnie Odwołujący zadeklarował termin Cu – do 1 godziny, chociaż nie można wykluczyć przeszkód, które mogą w praktyce uniemożliwić wykonawcy wywiązanie się z tego zobowiązania (wypadki drogowe i inne zdarzenia na drodze). Stąd Izba uznała, iż oświadczenia te zostały złożone na ryzyko wykonawcy, który ponosić będzie odpowiedzialność kontraktową za brak wywiązania się z zobowiązania. Ponieważ Odwołujący nie wykazał, aby celem Skawiny było zadeklarowanie spełnienia dostawy w sposób oderwany od rzeczywistych możliwości, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił obie oferty. Można jedynie na marginesie zauważyć, iż to działania Odwołującego doprowadziły faktycznie do tego, że oferta Skawiny była korzystniejsza. Do takiego wniosku skłania historia postępowania z 2015 r., w którym również o zamówienie ubiegały się te same podmioty i wówczas to oferta Odwołującego była korzystniejsza. Przedstawione przez Przystępującego porównanie cen, jakie oferowali obaj wykonawcy na przestrzeni ostatnich dwóch lat (postępowań), wskazuje, że to podniesienie aktualnej ceny przez Odwołującego o ponad 40 % (przy wzroście ceny Skawiny na poziomie ok 5%) spowodowało, że jego oferta w tym postępowaniu okazała się być mniej korzystna. Jak wynika z zestawienia oceny ofert, decydującą w tym postępowaniu okazała się być cena (obaj wykonawcy uzyskali identyczną punktację w kryteriach Cr i Cu). Stąd próba odwrócenia uwagi od tego elementu i skierowanie zarzutów wobec konkurenta, którego oferta miałaby wskazywać na czyn nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby nie była przekonująca.

Odnosząc się do zarzutów ewentualnych, związanych z oświadczeniem o wykorzystaniu śmigłowca do dostarczenia mieszanek i brakiem wezwania Skawina do wyjaśnienia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny i nieodrzczenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Ustawy, Izba uznała, iż nie znajdowały one oparcia w stanie faktycznym.

Przede wszystkim należy wskazać, że koszty dostawy reklamacyjnej nie odnosiły się wprost do wyceny przedmiotu zamówienia, którym jest *usługa farmaceutyczna polegająca na sporządzaniu mieszanin do żywienia pozajelitowego wykonywanych na podstawie indywidualnych recept wraz z dostawą gotowej mieszaniny w postaci worków do żywienia*

pozajelitowego. Zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy wyceniali koszt usługi w oparciu o ceny jednostkowe worków i ich ilości ujęte w zestawieniu asortymentowym. Kwestia związana z kosztami dostawy reklamacyjnej, nie była szczegółowo omówiona w siwz, gdyż Zamawiający nie mógł określić w sposób jednoznaczny ile takich przypadków wystąpi. Stąd po stronie każdego z wykonawców było wkalkulowanie w cenie oferty ryzyka poniesienia również kosztów możliwych reklamacji, co czyniło ten element nieweryfikowalnym w sposób obiektywny. Nie można bowiem obecnie ustalić, czy rzeczywiście koszty te wystąpią, a jeżeli tak to w jakim zakresie. Wykonawcy mogli indywidualnie, oceniając ryzyko wystąpienia błędów przy sporządzaniu mieszanin lub ich oznaczeniu, ocenić czy i w jakim zakresie może wystąpić sytuacja wymagająca wymiany mieszanki w ciągu 1 godziny. Stąd, ten element świadczenia jest niezależny od przedmiotu zamówienia i wskazanej ceny jednostkowej. Słusznie wskazał Przystępujący, że koszty te będzie pokrywał z zysku przewidzianego do osiągnięcia przy tym zamówieniu. Ponieważ nie można w sposób jednoznaczny ustalić obecnie jaką część tych zysków wykonawca będzie musiał przeznaczyć w przyszłości na pokrycie kosztów dostaw reklamacyjnych, Izba nie miała podstaw do ustalania, czy cena oferty pokryje w całości koszty zdarzeń nadzwyczajnych. Podobnie jest to niemożliwe wobec oferty Odwołującego, a Zamawiający oceniając oferty zobowiązany jest w taki sam sposób jej oceniać. W ocenie Izby, nie było to również celowe, gdyż wykonawcy wyceniali koszt worków w ilości określonej w siwz i stanowiło to cenę oferty. Z porównania tych cen nie wynika podstawa do kwestionowania rzetelności kalkulacji Skawiny.

Odnosząc się do zarzutów kierowanych wobec aplikacji stanowiącej element świadczenia wykonawcy opisany we wzorze umowy (§ 2 ust. 8, lit. a)-k)) Izba uznała, że przedłożone na rozprawie wydruki z aplikacji Skawiny potwierdzały jej właściwości użytkowe wymagane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący poza próbą nadania odmiennego brzmienia wymaganiom Zamawiającego, nie potrafił w sposób przekonujący wykazać, że funkcjonalności zaprezentowane na rozprawie nie spełniają oczekiwań Zamawiającego. To po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania zasadności twierdzeń, z których wywodził podstawę zarzutu. Samo zaprzeczenie posiadania funkcjonalności i próba przeniesienia na Skawinę ciężaru ich wykazania, w ocenie Izby nie mogła prowadzić do uwzględnienia zarzutu. Zasadniczo, w odwołaniu zarzut ten Odwołujący opierał na własnej wiedzy bez wskazania dowodu, chociaż przyznał, iż miał możliwość zapoznania się z aplikacją Skawiny przy innym zamówieniu. W świetle powyższego wywodzone z twierdzenia o braku funkcjonalności aplikacji zarzuty, w ocenie Izby nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy obejmującymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz dojazdu w wysokości wynikającej z przedstawionych biletów.

Przewodniczący: