

Sygn. akt: KIO 1592/19  
KIO 1616/19

**WYROK**  
z dnia 29 sierpnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Andrzej Niwicki**

**Członkowie:** **Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Emilia Garbala**

**Protokolant:** **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok,**
- B. w dniu 19 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1592/19 po stronie zamawiającego

oraz

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok,**

zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1616/19 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. A. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (sygn. akt KIO 1592/19,**  
  
B. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1616/19).**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** oraz wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** oraz wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań, w tym 15 000 zł przez wykonawcę **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** i 15 000 zł przez wykonawcę **Philips Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**
  - 2.1. zasądza od wykonawcy **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** na rzecz zamawiającego **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie** kwotę **685 zł 00 gr** (słownie: sześćset osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 600 zł oraz kosztów opłaty skarbowej od dokumentów pełnomocnictw udzielonych osobom reprezentującym zamawiającego w postępowaniu odwoławczym w kwocie 85 zł;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 1616/19.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1592/19**

**KIO 1616/19**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa kardiomonitorów przeznaczonych dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu”, znak sprawy nadany przez Zamawiającego: NSSU.DFP.271.6.2019.EP (dalej „Postępowanie”) w ramach projektu „Wyposażenie nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Kraków-Prokocim” dofinansowanego z Unii Europejskiej ze środków EFRR w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2019 r. pod numerem 2019/Ś 043-097418. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku jako zawierającej cenę rażąco niską w dniu 9 sierpnia 2019 r.

**Sygn. akt: KIO 1592/19**

Odwołujący: BIAMEDITEK Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku 68, dalej: „BIAMEDITEK”, „Wykonawca”, „Spółka” lub „Odwołujący” wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegających na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP przez uznanie, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP

Z powyższych względów Odwołujący wnosi o:

I. nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3) uznania, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny

Pismem z dnia 2 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy pzp. Wykonawca dnia 8 maja 2019 r.

złożył wyjaśnienia uwzględniające wszystkie elementy cenotwórcze zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Zamawiający 31 maja 2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny kardiomonitora (platforma hemodynamiczna - rzut serca) w ilości 24 szt. modelu HemoSphere producenta Edwards Lifesciences LLC z poz. 4 systemu konfiguracji znajdującej się w załączniku nr 1a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), które to wezwanie miało na celu wyjaśnienie dodatkowych wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 6 czerwca 2019 r. odpowiadając na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, czego konsekwencją był wybór oferty BIAMEDITEK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w dniu 10 czerwca 2019 r. Na tę czynność Zamawiającego, Philips Polska Sp. z o.o. złożyła odwołanie podnosząc szereg zarzutów, w tym zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie BIAMEDITEK. Wyrokiem z 27 czerwca 2019 r. sygn. KIO 1093/19 Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę i nakazała odtajnienie części wyjaśnień Odwołującego.

Zamawiający wykonał wyrok KIO, odtajnił treść złożonych przez BIAMEDITEK wyjaśnień i ponownie w dniu 16 lipca 2019 r. wybrał ofertę Odwołującego, jako najkorzystniejszą w Postępowaniu, na którą to czynność Philips Polska Sp. z o.o. 26 lipca 2019 r. złożyła odwołanie.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2019 r. unieważnił wybór oferty Odwołującego i 31 lipca 2019 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty w konkretnych pozycjach w zakresie zaoferowanych elementów składowych ceny oferty, tj. ceny brutto instalacji i uruchomienia przedmiotu zamówienia w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego oraz ceny brutto szkoleń w nowej siedzibie Szpitala.

W odpowiedzi na wezwanie, BIAMEDITEK udzieliło wyczerpujących wyjaśnień odpowiadając na wszelkie wątpliwości Zamawiającego, po raz kolejny wykazując, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W piśmie z dnia 9 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował BIAMEDITEK o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP. W uzasadnieniu Zamawiający w sposób ogólny i nieprecyzyjny argumentował podjętą przez siebie decyzję, wskazując: „W odpowiedzi na kilkukrotne wezwanie Zamawiającego, złożone wyjaśnienia wciąż pozostają niepełne i zbyt ogólnikowe, by uznać je za wystarczające do stwierdzenia, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 31.07.2019 r. wykonawca złożył ogólne wyjaśnienia oraz ogólne wyliczenia, których elementy i podane wartości nie stanowią punktu wyjścia do wyjaśnienia Zamawiającemu

poziomu zaoferowanej ceny i uzasadnienia rzetelności wyliczenia. Dodatkowo, przedstawiona kalkulacja wręcz potwierdza wątpliwości Zamawiającego odnośnie rażącego zaniżenia ceny oferty.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty. Wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego, który dwukrotnie wybrał ofertę BIAMEDITEK jako najkorzystniejszą w Postępowaniu uznając, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest rażąco niska, przy czym w sprawie nie pojawiły się żadne nowe okoliczności mogące mieć wpływ na ocenę oferty Odwołującego, ani nie nastąpiła zmiana w zakresie złożonej przez Wykonawcę oferty.

Zdaniem BIAMEDITEK wyjaśnienia złożone w dniu 8 maja 2019 r. i 6 czerwca 2019 r. w pełni wskazywały na fakt, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Identyczne stanowisko zajął Zamawiający dokonując wyboru oferty Spółki jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, której to czynności Zamawiający bronił w postępowaniu odwoławczym, składając odpowiedź na odwołanie, w której m.in. stwierdził: „Wykonawca w piśmie z dnia 8 maja 2019 r. udzielił rzetelnych wyjaśnień oraz przedłożył dowody na potrzeby uwiarygodnienia podnoszonych w piśmie twierdzeń. Dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że cena oferty została skalkulowana w sposób poprawny, uwzględnia wymagane czynniki cenotwórcze, a tym samym nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Swoje stanowisko i wybór Zamawiający potwierdził również przed KIO w sprawie 1093/19.

Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru i ponownym badaniu ofert, co było wynikiem wyroku KIO z 27 czerwca 2019 r., ponownie stwierdził, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, co potwierdza ponowny wybór oferty BIAMEDITEK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, dokonany w dniu 16 lipca 2019 r.

Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie do ceny oferty Odwołującego dopiero w wyniku kolejnego odwołania Philips Polska Sp. z o.o. Jak wskazywał wyżej Odwołujący, Zamawiający unieważnił wybór oferty BIAMEDITEK i ponownie wezwał Spółkę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, z tym że tym razem wątpliwości Zamawiającego wiązały się bezpośrednio z treścią odwołania Philips Polska Sp. z o.o., a dotyczyły ceny brutto instalacji, uruchomienia w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego oraz ceny brutto szkoleń w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego. Na różnicę w cenie wyżej wskazanych usług Philips Polska Sp. z o.o. wskazywało już w odwołaniu z dnia 13 czerwca 2019 r. w pkt 13 odwołania, wskazując, że element ceny w/w usług jest niższy o 98 % od średniej arytmetycznej ofert pozostałych wykonawców w tym zakresie. Zamawiający nie tylko nie powziął wątpliwości, a wręcz jak już wcześniej wskazywał Odwołujący, bronił dokonanych przez siebie czynności w Postępowaniu, w tym nie uznał, że zaoferowana cena jest rażąco niska, również w zakresie

ceny brutto instalacji, uruchomienia oraz szkoleń. Zatem późniejsza zmiana stanowiska przez Zamawiającego jest niezrozumiała i nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania.

Wykonawca podkreśla, że udzielił wyczerpujących i pełnych wyjaśnień na każde z wezwań Zamawiającego i udowodnił, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. To potwierdził również Zamawiający, który dwukrotnie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Późniejsze twierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy, że pomimo kolejnych wezwań złożone wyjaśnienia wciąż pozostają niepełne i zbyt ogólnikowe, jest nadużyciem, gdyż Zamawiający zaprzecza w ten sposób dokonany wcześniej czynnościom i ustaleniom, kierując się twierdzeniami konkurencyjnych wykonawców, które nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym Postępowania, gdyż Odwołujący w pełni i rzetelnie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wszystkie wezwania Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w dniu 31 lipca 2019 r. skierował do Spółki wezwanie, w którym oczekiwał wyjaśnień w odniesieniu do elementów składowych ceny oferty:

- 1) cena brutto instalacji, uruchomienie w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego,
- 2) cena brutto szkoleń w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego.

Oceniając złożone przez Spółkę wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był kierować się treścią wezwania, tj. ocenić czy złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są rzetelne w zakresie zaoferowanych elementów cenowych, ale przede wszystkim powinien wziąć pod uwagę, czy Odwołujący jest w stanie zrealizować cały przedmiot zamówienia w cenie jaką zaoferował.

W wyjaśnieniach z dnia 5 sierpnia 2019 r. Wykonawca wprost wskazał na czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę elementów składowych oferty oraz ponownie potwierdził, że zaoferowana w Postępowaniu cena za całość przedmiotu zamówienia została skalkulowana w sposób zapewniający Wykonawcy zysk, co potwierdzają wcześniejsze wyjaśnienia.

Pominięcie przez Zamawiającego w ocenie złożonych wyjaśnień tak istotnych kwestii jak uwarunkowania rynkowe i fakt, że w/w elementy cenowe są standardowo wliczane w cenę oferowanych urządzeń zarówno w sytuacji, gdy Wykonawca oferuje urządzenia, których jest producentem, jak i w sytuacji, gdy przedstawia urządzenia pochodzące od innego producenta, jest daleko posuniętym uchybieniem.

Standardem jest, że w cenie oferty jaką otrzymuje od producenta każdy z wykonawców, będących dystrybutorem jak BIAMEDITEK, zawarte są ceny instalacji, uruchomienia i szkoleń, wynika to chociażby z warunków udzielanej gwarancji i konieczności wykonania wskazanych usług przez pracowników, serwisantów zatrudnionych czy współpracujących z

producentem. Co więcej producenci w obrocie profesjonalnym nie pozwalają sobie na ukrywanie dodatkowych kosztów czy doliczanie opłat. Wynika to m.in. z chęci utrzymania dobrych relacji biznesowych, wszak konkurencja na rynku jest znaczna.

Powyższe twierdzenia Odwołującego potwierdzone zostały również w odwołaniu wniesionym przez Philips Polska Sp. z o. o. w dniu 26 lipca 2019 r., w którym w załączniku nr D pismo Edwards Lifesciences Poland z dnia 17 czerwca 2019 r., Edwards w odpowiedzi na pytanie nr 4:

„Prosimy o wyodrębnienie z oferty cenowej zaoferowanej Philips Polska Sp. z o.o. na potrzeby ww. postępowania wartości brutto:

- a) instalacji i uruchomienia zestawów w siedzibie Zamawiającego;
- b) szkolenia personelu"

udzieliło następującej odpowiedzi:

„Każda oferta przesłana do Oferenta zawiera koszt dostawy, instalacji i uruchomienia zestawów w siedzibie Zamawiającego oraz szkolenia personelu, przy czym potwierdzamy, że wartość instalacji i uruchomienia zestawów w siedzibie Zamawiającego oraz szkolenia personelu zawiera się na poziomie 0,2 % od wartości projektu netto."

Ponadto, Wykonawca w omawianych wyjaśnieniach jednoznacznie wskazywał, że standardem rynkowym jest fakt, że instalacja, uruchomienie oraz szkolenie personelu nie istnieje niezależnie od oferowanego sprzętu, bowiem jego specyfika, wysoce specjalistyczny charakter sprzętu, nie pozwalają na sprzedaż danego sprzętu w oderwaniu od w/w usług. W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał również, jak w strukturze organizacyjnej firmy rozwiązana jest omawiana kwestia i skąd wynika możliwość zaoferowania takiej ceny za usługi.

Mając na względzie powyższe, Wykonawca sprostął wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień, rzetelnie i w pełni wskazując na czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę za elementy składowe. Istotny jest również fakt, że nie istnieje jeden prawidłowy sposób udzielenia wyjaśnień, natomiast złożone wyjaśnienia mają potwierdzać, że wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę jest realne. Nie ma przy tym znaczenia w jaki sposób wykonawca wykaże, że jest w stanie z zyskiem zrealizować dany przedmiot zamówienia.

Mając na względzie powyższe uznaje, że zaoferowana przez niego cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska, a Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty BIAMEDITEK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.



Spółka jako wykonawca dołożyła wszelkiej należytej staranności w przygotowaniu udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień, dowodząc, że zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest realna.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca Philips Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący stwierdził, w oparciu treść dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a w szczególności:

1/ treści oferty cenowej Biameditek zawartej w tabeli „Konfiguracja systemu” s. 2 – 4 zał. nr 1a Opis przedmiotu zamówienia (7 pozycji cenowych sprzętu oraz pozycje cenowe usług instalacji, uruchomienia i szkolenia oraz ich łączne wartości);

2/ treści skierowanych do Biameditek wezwań i złożonych wyjaśnień w sprawie kalkulacji ceny oferty w toku w toku 3 rund wyjaśnień tj.

- wezwania z 2.05.2019 r i odpowiedzi z 8.05.2019 r.

- wezwania z 31.05.2019 r. i odpowiedzi z 6.06.2019 r.

- wezwania z 31.07.2019 r. i odpowiedzi Biameditek

Oferta słusznie została odrzucona przez zamawiającego, gdyż wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W sprawie tej cena oferty Biameditek jest o prawie 50% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ponad 32% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert w postępowaniu.

Cena istotnych części składowych oferty rażąco odbiega od cen pozostałych wykonawców, w szczególności łączna cena oferty Biameditek w zakresie dostaw jest ok. 32% niższa, zaś w zakresie usług (instalacji i uruchomienia sprzętu oraz szkoleń) jest ponad 98% niższa od średniej arytmetycznej cen – odpowiednio – za dostawy i usługi zaoferowane przez wszystkich wykonawców.

Złożone wyjaśnienia nie wykazują, iż cena oferty tego wykonawcy oraz jej istotne części składowe i koszt nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie wskazują, że zaoferowana przez Biameditek cena nie powinna być uznana za rażąco niską.

Podkreślił, że tak daleko idąca rozbieżność cenowa oferty Biameditek od średniej arytmetycznej cen w postępowaniu i wartości szacunkowej wskazuje na nierealistyczność i niewiarygodność ceny – zarówno w odniesieniu do całości ceny oferty, jak i ceny poszczególnych kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz cen poszczególnych usług. Przypomniał, że w obecnym stanie prawnym /art. 90 ust. 1/ nie tylko cena całkowita podlega weryfikacji co do realności i wiarygodności, ale także koszt czy ich istotne części składowe. Tym samym zamawiający miał prawo oczekiwać wyjaśnień także istotnych części

składowych ceny lub kosztu, co należy rozumieć także jako części cen jednostkowych składających się na całość ceny ofertowej.

Zauważył, że zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę w sprawie wyjaśnienia ceny oferty. W I wezwaniu wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

W odwołaniu niezasadnie upatruje się wadliwości decyzji zamawiającego w fakcie, iż do odrzucenia oferty doszło po poprzedzającym ww. czynność dwukrotnym wyborze oferty Biameditek. Uwadze odwołującego umyka fakt, iż zamawiający mają prawo do weryfikacji uprzednio podjętych wadliwych decyzji oraz prawo do samoistnego podjęcia decyzji o unieważnieniu i powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania, o ile dojdą do przekonania, że dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich powtórzenie lub unieważnienie.

Philips wywodzi, iż analiza złożonych odpowiedzi na wezwania prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia Biameditek są: niepełne, ogólnikowe i powierzchowne, nie odnoszą się do wszystkich istotnych kosztotwórczych części zamówienia mających wpływ na cenę oferty, Biameditek nie wykazał żadnych czynników właściwych i dostępnych tylko tej spółce i niedostępnych innym wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu tj. Philips i GEMS (okoliczności przywołane w I wyjaśnieniu, takie jak wypracowanie szeregu kontaktów handlowych, brak konsorcjanta, efekt skali w tym zamówieniu, doświadczenie itp. nie są specyficzne ani wyjątkowe ani właściwe tylko dla tego wykonawcy w tym postępowaniu).

Wyjaśnienia to gołosłowne twierdzenia w zasadzie nie poparte dowodami (jedyna konkretna okoliczność, na którą Biameditek wskazał, to zastosowany rabat 40%).

W pozostałym zakresie, w szczególności w odniesieniu do urządzeń Edwards i związanych z nimi usług wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych ani dowodów, w szczególności:

- nie przedstawiono żadnego dokumentu wykazującego cenę zakupu urządzeń Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co. Ltd wskazywaną w kalkulacji cenowej ani też nie wykazano ceny zakupu urządzeń Edward Lifesciences LLC.

Wskazując, że pod poz. 2 kalkulacji załączonej do odpowiedzi I zawarte są ceny pozostałych urządzeń pochodzących od Edwards, Clm-Med. oraz Masimo, Biameditek realności cen tych urządzeń nie wykazał – nadal są to jedynie oświadczenia własne wykonawcy nie poparte dowodami.

Przystępujący podkreślił, że przy ocenie, czy wykonawca dowiódł poważnego charakteru swojej oferty, zamawiający ma obowiązek opierać się na pisemnych dowodach przedstawionych we właściwym czasie. Ponadto wyjaśnienia dotyczące ceny oferty muszą być rzetelne, konkretne, nie powierzchowne, poparte dowodami i uwzględniać wszelkie niezbędne koszty konieczne do wykonania umowy.

Wskazał na ciężar dowodu po stronie wykonawcy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przystępujący podkreślił, że nieskuteczne jest powoływanie się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców, nie są zatem obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę.

W takim stanie rzeczy wskazał na spoczywający po stronie Biameditek obowiązek przedłożenia w wyznaczonym terminie wyczerpujących, szczegółowych i konkretnych wyjaśnień oraz kompletnych wyliczeń, kalkulacji i dowodów tak, aby w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, po stronie zamawiającego poddanie tych wyjaśnień skrupulatnej analizie pod kątem zupełności wyjaśnień oraz prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji istotnych części składowych ceny.

W konsekwencji zamawiający słusznie uznał, że Biameditek nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, to jest nie wykazał, że jest ceną realną, wiarygodną i gwarantującą prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał, że postępowanie zostało przez niego rozstrzygnięte dnia 16 lipca 2019 r. uznaniem za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Biameditek sp. z o.o. po uprzednim przeprowadzeniu w stosunku do tej oferty procedury wyjaśnień w zakresie ceny, na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy pzp.

Na to rozstrzygnięcie wniósł odwołanie Philips Polska sp. z o.o. zarzucając m. in., że wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują, iż cena oferty oraz jej istotne części składowe i koszt nie są rażąco niskie. Z zarzutem zgodził się zamawiający i dnia 30 lipca 2019 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i powrócił do badania i oceny ofert. Dnia 31 lipca 2019 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów składowych oferty, w celu potwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W wyniku złożonych 5 sierpnia 2019 r. wyjaśnień w zakresie elementów ceny oferty tj. ceny brutto instalacji i uruchomienia oferowanego sprzętu w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego oraz ceny brutto za wykonanie szkoleń dotyczących tego sprzętu, zamawiający uznał, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, w dniu 9 sierpnia 2019 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Biameditek sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołanie na powyższą czynność zamawiający uznaje za całkowicie bezzasadne w świetle mającego miejsce stanu faktycznego.

Zamawiający w całości podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 9 sierpnia 2019 r. stanowiącym zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w z. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp zamawiający wskazał, że całkowita cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W odpowiedzi na wezwania zamawiającego do poszerzenia zakresu wcześniej przekazanych informacji, złożone wyjaśnienia wciąż pozostają niepełne i zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do stwierdzenia, że odwołujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 31 lipca 2019 r. odwołujący przedstawił ogólne wyliczenia, których elementy i podane wartości nie stanowią punktu wyjścia do wyjaśnienia zamawiającemu poziomu zaoferowanej ceny i uzasadnienia rzetelności wyliczenia. Dodatkowo, przedstawiona kalkulacja wręcz potwierdziła wątpliwości zamawiającego odnośnie rażącego zniżenia cen oferty.

Zgodnie wyrokiem KIO 2380/17 „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to, aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody /.../ wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 ustawy pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty”.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie sprostą nałożonemu na niego obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze powyższe, zamawiający uznał, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, mając na uwadze, iż to na wykonawcy, którego oferta poddawana jest w trybie art. 90 ust. 1a pzp badaniu i ocenie przez zamawiającego, spoczywa ciężar wykazania, iż cena tej oferty nie jest rażąco niską ceną, zamawiający nie może uznać, iż w przedmiotowej sprawie Biameditek sp. z o.o. wykazał, iż nie zachodzą przesłanki nakazujące

zamawiającemu odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

W świetle powyższego zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w treści czynności z dnia 9 sierpnia 2019 r. o odrzuceniu oferty Biameditek i wniósł o oddalenie odwołania.

### **Sygn. akt KIO 1616/19**

Odwołujący: Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy „Biameditek” na podstawie wszystkich, znajdujących zastosowanie w sprawie podstaw faktycznych i prawnych, tj. zaniechania odrzucenia oferty Biameditek jako stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”) przez ich niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Biameditek, pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży towarów oraz usług stanowiących przedmiot zamówienia w Postępowaniu poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Biameditek również na wyżej opisanej podstawie prawnej w związku z opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi.

Wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz z dokumentów w aktach Postępowania, przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie oraz z treści wyroku KIO z dnia 27 czerwca br. sygn. akt KIO 1093/19 oraz z akt tego postępowania odwoławczego, w tym złożonych przez Odwołującego dowodów w sprawie o sygn. akt KIO 1093/19.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę kardiomonitorów przeznaczonych dla nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu, przy czym zakres dostawy obejmuje:

1. kardiomonitor wysokiej klasy - 74 szt.
2. kardiomonitor typ 1 - 256 szt.
3. kardiomonitor typ 2 - 24 szt.
4. kardiomonitor platforma

- |    |  |           |
|----|--|-----------|
|    | hydrodynamiczna - rzut serca               | - 24 szt. |
| 5. | kardiomonitor centrala - typ 1             | - 4 szt.  |
| 6. | kardiomonitor centrala - typ 2             | -14 szt.  |
| 7. | system telemetryczny-20 (dalej: „Sprzęt”). |           |

2. Szczegółowa specyfikacja techniczna Sprzętu zawarta jest w Załączniku nr 1a do siwz („SIWZ”), a zakres przedmiotu zamówienia opisuje dodatkowo Załącznik nr 3 do SIWZ - wzór umowy (w brzmieniu z dnia 29 marca 2019 r.).

3. Przedmiot zamówienia jest mieszany i wielorodzajowy. Z jednej strony obejmuje dostawę Sprzętu, jak i świadczenie usług (instalacja, uruchomienie, szkolenie). Z drugiej strony - w ramach dostawy - obejmuje dostawę różnego rodzaju kardiomonitorów i systemu telemetrycznego, z których każdy szczegółowo i odrębnie został opisany w Zał. 1a do SIWZ.

4. W postępowaniu oferty złożyli trzej wykonawcy: Biameditek, Philips (Odwołujący) i GE Medical Systems Polska („GEMS”). Ceny ofert kształtują się następująco:

4.1. ceny (brutto) za całość przedmiotu zamówienia (dostawa Sprzętu, instalacja, uruchomienie i szkolenie):

Biameditek 9 390 666,72 zł, Philips 14 837 490,00 zł, GEMS 17 520 508,00 zł

Wskazano ceny (brutto) za usługi (instalacja i uruchomienie oraz szkolenie):

5. Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 14.649.415,98 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 15.821.370 zł.

6. Zamawiający - po wyczerpaniu procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tj. po dwukrotnie wystosowanych wezwaniach do Biameditek, w dniu 10 czerwca br. dokonał wyboru oferty Biameditek jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

7. Wyrokiem z KIO 1093/19 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty Biameditek i odtajnienie zastrzeżonych wyjaśnień Biameditek dotyczących rażąco niskiej ceny wskazując, że wykonawca ten nie wykazał żadnej z przesłanek zastrzeżenia informacji zawartych w tych wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikających z art. 11 ust. 4 UZNK, a „Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, a tym samym oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego...” (s. 21) (...) W ocenie Izby, po odtajnieniu treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny przez Przystępującego Odwołujący będzie miał pełną wiedzę co do sformułowania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 UZNK jako zarzuty przedwczesne.”

8. W dniu 16 lipca br. Zamawiający przesłał pismo informujące o ponownym wyborze oferty Biameditek, jako oferty najkorzystniejszej, a 30 lipca br. czynność tę unieważnił.

9. 31 lipca 2019 Zamawiający zwrócił się do Biameditek o złożenie kolejnych (trzecich) wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, a uzyskana odpowiedź (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Biameditek i nieudostępniona Odwołującemu) ostatecznie przekonała Zamawiającego, iż Biameditek nie jest w stanie wyjaśnić poziomu swojej ceny ofertowej, co skutkowało odrzuceniem tej oferty, jako zawierającej cenę rażąco niską.

10. Zestawienie cen zaoferowanych w Postępowaniu pokazuje, że ofertowa cenowa Biameditek rażąco odbiega od średniej arytmetycznej ofert cenowych w tym Postępowaniu, jak i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Rozbieżność ta jest wieloaspektowa i dotyczy:

- ceny łącznej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (cena oferty Biameditek jest o prawie 50% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ponad 32% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert w tym Postępowaniu);
- cen za poszczególne rodzaje zamówienia:
  - łączna cena oferty Biameditek w zakresie dostaw jest ok. 32% niższa od średniej arytmetycznej ceny łącznej za dostawy z ofert wszystkich wykonawców;
  - cena oferty Biameditek w zakresie usług instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz szkoleń jest ponad 98% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen za te usługi zaoferowanych w Postępowaniu

11. Rażąca rozbieżność istnieje również pomiędzy poszczególnymi cenami kardiomonitorów i systemu telemetrycznego składającymi się na przedmiot dostawy, z których każdy szczegółowo i z osobna został wyspecyfikowany w Zał. 1a do SIWZ. Przykładowo cena za kardiomonitor (centrala) typu 1 zaoferowana przez Biameditek wynosi łącznie 44 059,68 zł i jest prawie 10-krotnie niższa niż cena zaoferowana za te kardiomonitor przez GEMS (428 976 zł) i prawie 20-krotnie niższa niż cena zaoferowana przez Philips (806 544 zł). System telemetryczny zaoferowany został przez Biameditek za kwotę 103 874,40 zł, to jest za kwotę ponad 2-krotnie niższą niż cena oferty Philips (216 000 zł) oraz ponad 3- krotnie niższą niż cena oferty GEMS (319 680 zł).

12. Równie drastyczne są różnice cenowe w zakresie poszczególnych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia - cena usługi instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz cena szkolenia zostały wycenione przez Biameditek każdorazowo na kwotę 1.230 zł, podczas gdy oferta cenowa pozostałych wykonawców opiewa na kwoty kilkadziesiąt lub nawet ponad 100- krotnie wyższe (Philips - odpowiednio 65.313 zł i 53.505 zł; GEMS - każdorazowo 171.770 zł).

13. Tak daleko idąca rozbieżność cenowa wskazuje na nierealistyczność i niewiarygodność ceny zaoferowanej przez Biameditek - zarówno w odniesieniu do całości ceny oferty, jak i ceny poszczególnych kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz cen

poszczególnych usług. Przy czym w aktualnym stanie prawnym nie tylko cena całkowita oferty podlega weryfikacji co do realności i wiarygodności, ale także koszt czy ich istotne części składowe. Tym samym z mocy art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający ma prawo oczekiwać wyjaśnień także istotnych części składowych ceny lub kosztu, co należy rozumieć także jako części cen jednostkowych składające się na całość ceny ofertowej.

14. Jak już wskazano, Zamawiający dwukrotnie wystosował do Biameditek wezwania w sprawie wyjaśnienia ceny oferty - wezwanie z dnia 2 maja br. („Wezwanie I”) oraz wezwanie z dnia 31 maja br. („Wezwanie II”) oraz z dnia 31 lipca br. (Wezwanie III). W Wezwaniu I, wskazując na zaistnienie przesłanek z art. 90 ust. 1a Pzp, Zamawiając wezwał Biameditek do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

15. Analiza treści pisma Biameditek z dnia 8 maja br. („Odpowiedź I”) wskazuje, że Biameditek nie wykazał realnej wartości i rzeczywistego poziomu kosztów poszczególnych części oferty. Wyjaśnienia w tym zakresie, są niepełne, ogólnikowe i powierzchowne oraz nie odnoszą się do wszystkich istotnych kosztotwórczych części zamówienia mających wpływ na cenę oferty.

Co więcej, Biameditek nie wykazał w nich w zasadzie żadnych czynników właściwych i dostępnych tylko tej spółce i niedostępnych innym wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu, tj. Philips i GEMS (przywołane w Odpowiedzi I okoliczności, takie jak wypracowanie szeregu kontaktów handlowych, brak konsorcjanta, efekt skali w tym zamówieniu, doświadczenie itp. nie są specyficzne ani wyjątkowe ani właściwe tylko dla tego wykonawcy w tym Postępowaniu), ponadto są to gołosłowne twierdzenia w zasadzie nie poparte żadnymi dowodami.

Jedyna konkretna okoliczność, na którą Biameditek wskazał w piśmie, to zastosowany rabat 40%, na który powołuje się również załączone do Odpowiedzi I pismo Mindray Medical Poland Sp. z o.o. i który wpisany został w załączonej do Odpowiedzi I kalkulacji cenowej w odniesieniu do poz. 1 „Monitorowanie Mindray i akcesoria”. W pozostałym zakresie Biameditek nie przedstawił żadnych konkretów ani dowodów.

W szczególności nie przedstawił żadnego dokumentu wykazującego cenę zakupu urządzeń Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co. Ltd („Mindray”) wskazywaną w ww. kalkulacji cenowej ani też nie wykazał ceny zakupu urządzeń Edwards Lifesciences LLC . Nadto - w odniesieniu do usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia - oprócz przytoczenia cen usługi instalacji oraz usługi szkolenia (każdorazowo po 1.000 zł netto, 1.230 zł brutto) Odpowiedź I nie wyjaśnia ani w żaden sposób nie wykazuje, dlaczego Biameditek



zastosował ceny tych usług każdorazowo ponad 98% niższe od średniej arytmetycznej cen ww. usług oferowanych w tym Postępowaniu.

16. Z treści wszystkich wyjaśnień Biameditek wynika, iż Zamawiający powinien był uznać, że wykonawca nie przedstawił żadnych rzeczowych powodów i realnych możliwości obniżenia cen we wskazanych pozycjach formularza ofertowego (w stosunku do cen rynkowych), ale ceny te zostały zaoferowane na poziomie znacznie niższym niż koszt wytworzenia lub zakupu przedmiotowych usług i sprzętu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

17. Zamawiający, mimo spoczywającego na nim obowiązku, nie odrzucił jednak oferty Biameditek również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

18. W szczególności wywody zawarte w piśmie Biameditek z dnia 6 czerwca br. („Odpowiedź II”) potwierdzają zarzuty odwołania, są przy tym wewnątrznie sprzeczne i niespójne z treścią oferty Biameditek i Odpowiedzi I, a także wypowiedziami Biameditek podczas rozprawy przed KIO w sprawie KIO 1093/19.

W szczególności, wskazując, że pod poz. 2 kalkulacji załączonej do Odpowiedzi I zawarte są ceny pozostałych urządzeń (poza urządzeniami Mindray), to jest ceny urządzeń pochodzących od (i) Edwards, (ii) Clm-Med. oraz (iii) Masimo, Biameditek realności cen tych urządzeń nie wykazał - nadal są to jedynie oświadczenia własne wykonawcy nie poparte dowodami, niewiarygodne i sprzeczne z pozostałym materiałem dowodowym.

Przy czym przytaczając treść swojej Odpowiedzi I Biameditek błędnie ją cytuje (Odpowiedź I wskazując na 40% rabat stanowi, iż „Brak ww. czynnika powodowałby wzrost ceny Biameditek o 40%”, a nie iż „Brak ww. czynnika powodowałby wzrost ceny oferty Biameditek o 20%.”, jak twierdzi Biameditek na s. 3 Odpowiedzi II); zapewne Biameditek próbuje w ten sposób powiązać poprzednie wyjaśnienia i załączoną do nich kalkulację z wykazywaną obecnie marżą cząstkową 22% przy poz. 1 (urządzenia Mindray) w załączniku „Kalkulacja cenowa pełna”.

W odniesieniu do urządzeń Edwards Biameditek w Odpowiedzi II wskazuje, że wszelkie koszty dostaw, szkoleń i instalacji są po stronie poddostawcy, wobec czego satysfakcjonującą jest marża na poziomie 1-2%, co jasno obrazuje, iż manipuluje ceną ofertową przeliczając realne koszty szkoleń i instalacji (które winny być podane w stosownych, przewidzianych miejscach formularza ofertowego) do innych części oferty.

19. Reasumując, biorąc pod uwagę treść złożonych przez Biameditek wyjaśnień (tj. treści Odpowiedzi I i Odpowiedzi II) Zamawiający powinien był uznać, iż Biameditek w żaden sposób nie wyjaśnił jaki związek z realnymi wartościami rynkowymi oraz realnymi nakładami kosztowymi, mają wartości cenowe w poszczególnych, wskazywanych pozycjach jego oferty. Treść odpowiedzi Biameditek na Wezwanie III nie została Odwołującemu udostępniona,

jednakże odwołujący podejrzewa, że wyjaśnienia te potwierdzają tezy odwołania i wnosi o ich weryfikację w tym zakresie przez Izbę.

20. Jak już wskazano, zaoferowanie ceny za poszczególne części przedmiotu zamówienia znacznie poniżej ich realnej wartości, jest podstawą do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 UZNK.

W realiach sprawy Biameditek usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują one wszystkich wymaganych kosztów dostaw oraz usług, tj. usługi instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz usługi szkolenia, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Działania te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innego przedsiębiorcy (tutaj konkurentów). Także i z tego powodu oferta Biameditek powinna być odrzucona.

21. W świetle dowodów złożonych do akt sprawy KIO 1093/19 i znajdujących się w aktach Postępowania oraz wyjaśnień zawartych w Odpowiedzi II szczególnie jaskrawe jest to w przypadku urządzeń Edwards objętych poz. 4 oferty Biameditek oraz związanych z nimi usług, które są (odsprzedawane przez Biameditek poniżej kosztów ich zakupu (świadczenia). Dowód: - oświadczenie pismo Edwards Lifesciences Poland z dnia 10.05.2019 r., pismo Edwards Lifesciences Poland z dnia 17.06.2019 r., pismo Edwards Lifesciences LLC z dnia 17.06.2019 r. (załączono do odwołania).

Dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji Biameditek polega na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia, na co wskazują też znaczne różnice w tym zakresie pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Biameditek i pozostałych wykonawców, jak przykładowo kardiomonitor (centrala) typ 1, kardiomonitor (platforma hemodynamiczna) czy cena usług: instalacji i uruchomienia oraz szkolenia wchodzących w zakres zamówienia.

22. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z orzecznictwem KIO „... złożenie oferty, zawierającej np. fikcyjne ceny jednostkowe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Podobnie czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji”, (wyrok KIO z 9 kwietnia 2019 r., KIO 509/19).

Przy czym „od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagana jest staranność profesjonalisty (...) Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, co należy mieć na uwadze oceniając naruszenie dobrych obyczajów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” (wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2019 r., KIO 509/19).

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem Izby „sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie”, (por. wyrok z 17 października 2016 r., KIO 1823/16).

23. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z przyjętą w doktrynie definicją „dobre obyczaje” uważa się zachowanie zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi [...] cechami oferowanych towarów i usług. W związku z tym zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie posługiwania się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów [por, m. in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r. IV CKN 255/00, OSNC 2001, nr 9, poz 137).

W tym kontekście zaoferowanie przez Biameditek cen na nierealnym poziomie stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi przedmiotowe Postępowanie - KIO KIO/UZP 1059/10: zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego po to tylko, by uzyskać zamówienie. Ponadto oferta narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego, jak i interesy Zamawiającego. Interesy Odwołującego są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania wykonawcy, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający narażony jest na niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową.

24. Podkreślić należy, że celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko, w tym jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych. Utrudnianiem dostępu do tego rynku jest stwarzanie przeszkód w dostępie do zamówienia, niekoniecznie przez eliminację z postępowania. Jednocześnie stany faktyczne art. 15 ust. 1 zawsze skutkują utrudnieniem dostępu do rynku, niezależnie od tego czy utrudniająca posiada pozycję dominującą.

Utrudnienie dostępu do rynku może przybrać postać: eliminacji innych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; stworzenia niekorzystnych warunków (barier, przeszkód, utrudnień) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w celu uniemożliwienia wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu lub też np. w celu utrudnienia mu złożenia konkurencyjnej oferty .

W realiach Postępowania poszczególne elementy oferty cenowej (cena poszczególnych kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz cena usług), jak i oferta tego Wykonawcy jako całość i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 , jak i art. 15 ust 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK.

Obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów, w których mieści się dokonywanie rzetelnej i uczciwej wyceny swoich produktów lub usług za cenę uwzględniającą ponoszone koszty i zakładającą osiągnięcie pewnego zysku, nałożył sam ustawodawca w art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej , zaś ubieganie się o zamówienie publiczne mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. (por. wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 216/14).

25. W konsekwencji Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Biameditek, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył w piśmie z dnia 26 sierpnia 2019 r., że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w trakcie posiedzenia Izby dnia 27 sierpnia 2019 r. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W toku rozprawy strony i uczestnicy postępowania przedstawili stanowiska:

Wykonawca Biomeditek jako odwołujący (KIO 1592/19) przypomniał chronologię zdarzeń w postępowaniu, w szczególności dotyczących wyjaśnień oferowanej ceny. Pierwotnie składał wyjaśnienia w odniesieniu do ceny jako całości, a następnie w zakresie żądanym przez Zamawiającego. Oferta była dwukrotnie wybrana jako najkorzystniejsza. Oceny Zamawiającego, w tym przedstawione w toku postępowania przed Izbą w sprawie KIO

1093/19, były konsekwentnie pozytywne dla Odwołującego, który przedstawiał wyczerpująco wyjaśnienia na okoliczność oferowanej ceny. W toku kolejnych czynności przedstawiał kolejne wyjaśnienia w oczekiwanym zakresie. Złożył do akt dokumenty z 3 postępowań prowadzonych przez Zamawiającego (zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa), w których po uzyskaniu wyjaśnień wybierano jego ofertę. Zastosowana przez niego metoda wyjaśnień była analogiczna do przyjętej w niniejszym postępowaniu. Dotyczy to również stosowanej ceny szkoleń i instalacji, które były analogiczne we wszystkich sprawach. Złożył także dokumenty z innych postępowań wskazując na częstą praktykę wykonawców, kalkulowania kosztów instalacji i szkoleń na zbliżonym poziomie. Podkreślił, że kalkuluje cenę pozwalającą na osiągnięcie zysku, a tym samym zaoferował cenę nie posiadającą znamion rażąco niskiej ceny. Wskazał na treść uzasadnienia odrzucenia oferty z 9.08.2019 r. podkreślając, iż uzasadnienie to jest lakoniczne i brak jest informacji do jakich elementów odnosi się to uzasadnienie. Ogólnikowość w uzasadnieniu powoduje, iż nie wiadomo co spowodowało podjęcie decyzji.

Co do odwołania KIO 1616/19 Biameditek jako przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Zakwestionował utożsamianie przez Odwołującego pojęcia rażąco niskiej ceny, z czym nieuczciwej konkurencji. Wskazał na brak dowodów na poparcie zarzutu. Zauważył, że nie oferował ceny dumpingowej, co wykazywał w sprawie KIO 1592/19, jak i wskazując na własną pozycję na rynku. Podkreślił, że zarzuty Odwołującego Philips są ogólnikowe i zauważył, że nie wskazano w odwołaniu czynu nieuczciwej konkurencji potwierdzonego określonym przepisem ustawy.

Stwierdził, że obecnie Zamawiający nie ma wątpliwości dotyczących innych wyjaśnień niż w zakresie cen i instalacji szkoleń. Wskazał na zakres swoich wyjaśnień z 5.08. odpowiadającą treści żądań zamawiającego. Wskazał, że kalkulacja kosztów instalacji i szkoleń została wskazana w wyjaśnieniach z 5.08.2019 r., gdzie wskazano na koszty stałe, które stosuje w metodyce innej niż inni wykonawcy.

Złożył referencje Zamawiającego z 13.11.2013 r. i fakturę na analogiczny przedmiot zamówienia z 23.11.2015 r. na rzecz Szpitala we Wrocławiu. Wskazał na pozycje 258 i 219 załącznika 1A stwierdzając, że dokonał indywidualnie uśrednionej kalkulacji wobec zintegrowania produktu Edwards z produktem Mindray. Złożył oferty cenowe wszystkich producentów, których wyroby stanowią przedmiot jego oferty. Złożył korespondencję prowadzoną z firmą Edwards z ofertą cenową w analogicznej strukturze, tak jak przedstawiona przez wykonawcę Philips.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w sprawie KIO 1592/19 i o oddalenie odwołania w sprawie KIO 1616/19.

Zamawiający podtrzymał stanowisko w odpowiedzi na odwołanie sprawie KIO 1592/19.

Wskazał, że w piśmie z 9.08.2019 r. przedstawił przyczyny odrzucenia oferty, przypominając równocześnie prowadzone postępowanie wyjaśniające. Zauważył, że wykonawca wielokrotnie zastrzegał treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd szeregu wniosków z analizy wyjaśnień nie przedstawił decyzji. Wskazał na ciężar dowodu dot. rażąco niskiej ceny, który obciąża wykonawcę. Złożył własną informację pracochłonności instalacji przedmiotu zamówienia, uznając za niezbędną liczbę inżynierów serwisowych min. 10 i wymiar niezbędnego czasu pracy dla każdego ok. 120 godzin. Stwierdził, iż przy stawce przekraczającej 13 zł na godzinę (powołując wyrok KIO 1387/17) kwota wykrocza znacząco powyżej kalkulacji Odwołującego w tym zakresie. Stwierdził także, iż wyjaśnienia Odwołującego ze str. 3 i 6 są wzajemnie niespójne. Wskazane przez Odwołującego inne postępowania dotyczą dostaw w znacząco mniejszej skali niż przedmiotowe zamówienie. Zauważył także, że przedmiot zamówienia, tj. kardiomonitor obejmuje dodatkowe akcesoria, co wymaga znacząco większego nakładu pracy, w szczególności przy instalacji.

Zauważył, że wykonawca na rozprawie przedstawia dokumenty datowane w minionych miesiąca, mimo prowadzonego w tamtym czasie postępowania. Nadal kwestionował oferowane koszty instalacji i szkoleń jako nierealne, w tym sposób prowadzenia szkoleń i adekwatne do niego wynagrodzenia. Wskazał na przewidywany w umowie zakres szkoleń podstawowych i uzupełniających w czasie do 6 miesięcy od uruchomienia.

Wykonawca Philips wniósł o oddalenie odwołanie w sprawie KIO 1592/19 i uwzględnienie odwołania własnego w sprawie KIO 1616/19 w całości.

Złożył własne opracowanie z zestawieniem wykonawców z zestawieniem cen w tym postępowaniu. Podkreślił, że odrzucenie oferty nastąpiło w wyniku wzięcia pod uwagę całości wyjaśnień wykonawcy, a nie wyłącznie wyjaśnień ostatnich. Stwierdził, iż pozostałe wyjaśnienia zawierają uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawienie warunków dostępnych wszystkim wykonawcom, a nie szczególnych czynników dostępnych temu wykonawcy mających wpływ na korzystne skalkulowanie ceny. Wskazał na ofertę w części konfiguracja, gdzie w pozycji 4 wskazano na produkt oferowany przez wszystkich oferentów pochodzący od tego samego producenta, co wskazano w załącznikach do odwołania KIO 1616/19. Zauważył, że pozostałe pozycje ofertowe Odwołującego pochodzą od producenta Mindray, a wykonawca nie przedstawił za wyjątkiem jednego oświadczenia dot. wysokości rabatu żadnych innych dowodów na okoliczność cen tego producenta, jak również cen produktów pochodzących od innych producentów (CIM-med, Masimo i Edwards) jak również dowodów na okoliczność ceny usług. Wskazał, że

informacje o wyjaśnieniach z 6.06.2019 r. dotyczące oferowanej marży są niespójne z przedstawioną marżą. Złożył ofertę Edwards, którą posłużył się w swojej ofercie. Zauważył, że cena dla pozycji 4 Odwołującego jest niedoszacowana w stosunku do cen producenta o ok. 400 000 zł, z uwzględnieniem +/- 5% według oświadczenia Edwards. Stwierdził, że ewentualne twierdzenia Odwołującego o wyliczeniu kosztów instalacji przez ich wliczenie w koszty dostawy również potwierdza zaniżenie ceny.

Przypomniał o wymogu z formularza ofertowego wskazania pozycji A,B i C oraz wzoru w § 12 ust. 1 umowy, co uzasadnione jest różnymi stawkami vat. Oceniał, że doszło do manipulacji cenowej, co uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 UZNK. Przywołał na tę okoliczności punkty 18, 20, 21, 23.

Również w zakresie cen za szkolenie wskazał na pisma załączone do odwołania i zaniżoną w stosunku do nich cenę Odwołującego. Podkreślił rozmiar przedmiotu zamówienia, który jest największy w Polsce i w efekcie obejmuje znaczący zakres prac instalacyjnych. Złożył własną kalkulację prac instalacyjnych na kwotę min. 2 272,47 zł w odniesieniu do 3 podstawowych czynności z pracochłonnością w wymiarze 150 godzin. Podkreślił, że stawka 1 230 zł z oferty wykonawcy jest nierealna. Złożył także wykaz 3 600 czynności oparty na opisie z SIWZ. Podkreślił skomplikowaną logistykę montażu urządzeń w obiekcie szpitala.

Przypomniał podstawy prawne i faktyczne z decyzji o odrzuceniu oferty.

Stwierdził, że jego odwołanie wskazuje na dokonanie manipulacji cenowej. Przypomniał treść wyjaśnień Biameditek dot. kosztów, w tym kosztów stałych oraz skalkulowanych przez dostawcę Edwards. Zanegował twierdzenie o możliwości integracji opisanej przez Biameditek dla pozycji 119 załącznika 1A.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołujących przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji do wniesienia odwołania.

Uznano, że odwołujący Biameditek sp. z o.o. bezspornie wykazał swój interes w dążeniu do udzielenia mu zamówienia i spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy pzp wniesienia odwołania w celu unieważnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący Philips Polska sp. z o.o., którego oferta plasuje się na drugiej pozycji w rankingu ocenionych ofert (po Biameditek), spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp. Odrzucenie oferty Biameditek w oparciu o przedstawione

przesłanki, zabezpiecza interes Odwołującego sprowadzający się do wyboru jego oferty w Postępowaniu. Natomiast w przypadku uwzględnienia odwołania Biameditek w zakresie podstaw odrzucenia oferty tego wykonawcy wskazanych w uzasadnieniu czynności zamawiającego z dnia 9 sierpnia br., Odwołujący może stracić możliwość podniesienia obecnie zgłaszanych zarzutów. Stąd interes w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego Philips został wykazany, jako że w przypadku utrzymania odrzucenia oferty Biameditek na podniesionych podstawach faktycznych i prawnych, oferta Odwołującego najprawdopodobniej zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

### **Sygn. akt KIO 1592/19**

W odniesieniu do stanu faktycznego, który zasadniczo jest niesporny, skład orzekający zauważa, że przedmiot zamówienia w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu jest mieszany i wielorodzajowy. Z jednej strony obejmuje dostawę sprzętu, jak i świadczenie usług (instalacja, uruchomienie, szkolenie). Z drugiej - w ramach dostawy - obejmuje dostawę różnego rodzaju kardiomonitorów i systemu telemetrycznego, z których każdy szczegółowo i odrębnie został opisany w Załączniku 1a do SIWZ.

W postępowaniu oferty złożyli trzej wykonawcy: Biameditek (Odwołujący), Philips i GE Medical Systems Polska („GEMS”). Ceny ofert są następujące:

ceny (brutto) za całość przedmiotu zamówienia (dostawa Sprzętu, instalacja, uruchomienie i szkolenie): Biameditek 9 390 666,72 zł, Philips 14 837 490,00 zł i GEMS 17 520 508,00 zł

ceny (brutto) za dostawę Sprzętu: Biameditek 9 388 206,72 zł, Philips 14 718 672,00 zł i

W ofertach wskazano ceny ofertowe każdej z 7 pozycji składających się na Sprzęt.

Natomiast ceny (brutto) za usługi (instalacja i uruchomienie oraz szkolenie) wynosiły :

	Instalacja i uruchomienie	Szkolenia	Łącznie
BIAMEDITEK	1 230 zł	1 230 zł	2 460 zł
GEMS	171 770 zł	171 770 zł	343 540 zł
PHILIPS	65 313 zł	53 505 zł	118 818 zł

Z kolei wartość szacunkowa zamówienia wynosi 14.649.415,98 zł, natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 15.821.370 zł.

Wobec zaistnienia ustawowych przesłanek do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, pismem z dnia 2 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny.



W odpowiedzi wykonawca dnia 8 maja 2019 r. złożył wyjaśnienia, w których przedstawił czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wskazując na posiadane stałe umowy handlowe z producentami wyrobów medycznych /1/, zastosowane rabaty cenowe /2/, brak konsorcjanta /3/, strukturę organizacyjną /4/, wielkość zamówienia /5/, efekt skali wynikający z równoległej realizacji innych zamówień /6/, posiadane doświadczenie w realizacji podobnych zamówień /7/, rozmiar spółki, w której satysfakcjonująca jest marża na poziomie kilku – kilkunastu procent /8/, realność cen własnych wobec cen rynkowych /9/. Do wyjaśnień załączono oświadczenie producenta Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics So. Ltd o zastosowaniu specjalnego rabatu w wysokości 40% na urządzenia wraz z wliczonym kosztem transportu w stosunku do odwołującego jako wyłącznego dystrybutora na Polskę. Drugim załącznikiem była kalkulacja cenowa ujęta w czterech pozycjach tj. Monitorowanie Mindray i akcesoria, Pozostały sprzęt, Instalacja oraz Szkolenia.

W ocenie składu orzekającego wymienione wyżej czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wskazane w pkt od 1 do 7 zawierają ogólny opis przesłanek cenotwórczych, które nie mają charakteru indywidualnego; w rzeczywistości takie czynniki dotyczą wszystkich wykonawców na rynku urządzeń analogicznych i nie są specyficzne dla odwołującego się wykonawcy.

Następnie należy przypomnieć, iż w odpowiedzi z dnia 6 czerwca 2019 r. na wezwanie do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny kardiomonitora w ilości 24 szt. Modelu Hemosphere producenta Edwards Lifesciences LLC z poz. 4 systemu konfiguracji, wykonawca podkreślił, że przedstawił uprzednio wyczerpujące wyjaśnienia w rozbiciu na poszczególne parametry i czynniki obiektywne (wskazane powyżej pkt 1 – 9). Stwierdził, że w pozycji kalkulacji określonej jako „pozostały sprzęt” ujął pozostałe elementy dostawy nie pochodzące od producenta Mindray. Stwierdził nadto, że w formularzu oferty wycenił część urządzeń łącznie lub oddzielnie z ofertą Mindray, co wynika ze sposobu opisu poszczególnych pozycji w treści formularza. Wskazał na brak wymogu osobnej wyceny poszczególnych części.

W ramach kolejnych wyjaśnień z 5 sierpnia 2019 r. stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 31 lipca 2019 r. o informacje w odniesieniu do elementów składowych ceny oferty:

- pozycji B, tj. cena brutto instalacji, uruchomienie w nowej siedzibie Szpitala,
- pozycji C, tj. cena brutto szkoleń w nowej siedzibie Szpitala,

wykonawca ponowił argumentację przedstawianą poprzednio, natomiast w odniesieniu do dwóch wyżej wymienionych pozycji, których dotyczyło wezwanie wskazał, iż w wycenie i kalkulacji ceny całkowitej zaoferowanej zamawiającemu, uwzględnił instalację, uruchomienie i szkolenie kardiomonitorów dla nowej siedziby.

Ponownie wskazał na kalkulację cenową, gdzie w poz. 3 Instalacja dokonał wyceny na kwotę 1 230 zł brutto i w poz. 4 - Szkolenia, które wycenił na 1 230 zł brutto.

Jednocześnie wskazał i oświadczył, w związku z powzięciem przez zamawiającego wątpliwości, że standardową procedurą stosowaną przez zamawiających w przypadku postępowań dotyczących aparatury medycznej jest wymóg podawania łącznej ceny za sprzęt wraz z dostawą, uruchomieniem oraz szkoleniem personelu. Nie inaczej jest w tym przypadku, choć w przypadku niniejszego postępowania zamawiający oczekiwał rozbicia ceny łącznej dostawy aparatury na dodatkowe pozycje: instalacja, uruchomienie i szkolenie, zgodnie z nazwą Postępowania i opisem przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, jak również charakterystykę działalności prowadzonej przez spółkę, Biameditek przypomniał, że wszyscy pracownicy są zatrudnieni w oparciu o umowy o pracę i w zakresie swoich obowiązków służbowych mają wykonywanie tego typu prac jak szkolenie oraz uruchomienie sprzętu. Umiejętności te posiadane przez poszczególnych pracowników poparte są odpowiednimi certyfikatami producenta sprzętu.

Wskazał także na racjonalizowanie kosztów i fakt, że możliwość kalkulowania cen na zaoferowanym zamawiającemu poziomie wynika między innymi z ograniczenia kosztów administracyjnych do minimum. „Spółka prowadzi rozsądną politykę kadrowo-płacową, zatrudniając jako stały zespół tylko niezbędny zakres pracowników, a z innymi osobami współpracując na zasadzie doraźnych bądź stałych umów cywilnoprawnych. W razie wybrania oferty jako najkorzystniejszej, stały zespół, jakim dysponuje, zajmie się zamówieniem realizowanym u zamawiającego, a wykonawca nie będzie musiał tworzyć od początku nowego, dodatkowego zespołu, co w konsekwencji skutkuje relatywnie niższymi kosztami wykonania zamówienia.”

„Wykonawca przedstawił kalkulację wynagrodzeń stałego zespołu zaangażowanego w realizację zamówienia, gdzie przedstawiono łączne wynagrodzenie miesięczne, które jako koszt pracodawcy wynosi 69 857 zł i dotyczy określonych pozycji wskazanych przez Odwołującego”.

W wyniku dokonanej oceny otrzymanych, pokrótce powyżej przedstawionych wyjaśnień wykonawcy, zamawiający podjął dnia 9 sierpnia 2019 r. decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy Biameditek sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Powyższa czynność objęta jest zarzutami wniesionego odwołania, a w konsekwencji przedmiotem rozpatrzenia i oceny składu orzekającego Izby.

Należy przypomnieć, że stosownie do treści art. 90 ust. 2 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Przepis ma

zastosowanie w sytuacji prowadzenia przez zamawiającego postępowania mającego na celu uzyskanie od wykonawcy stosownych wyjaśnień, która to procedura wszczynana jest na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy pzp. Wskazany ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który złożył ofertę obciąża wykonawcę także w toku postępowania odwoławczego stosownie do przepisu art. 190 ust. 1a ustawy pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wskazany stan prawny ma zastosowanie w sprawie rozpatrywanej.

W ocenie składu orzekającego Izby decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez Biameditek jest zasadna, jakkolwiek przedstawienie okoliczności faktycznych, które były podstawą jej podjęcia nie zostały przedstawione w sposób szczegółowy i nie zawierały opisu sposobu i zakresu prowadzonych czynności dotyczących wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. Tym niemniej z decyzji wynika uznanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w odpowiedzi na kilkukrotne wezwanie, złożone wyjaśnienia wciąż pozostają niepełne i zbyt ogólnikowe, by uznać je za wystarczające do stwierdzenia, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał m.in. że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 31.07.2019 r. wykonawca złożył ogólne wyjaśnienia oraz ogólne wyliczenia, których elementy i podane wartości nie stanowią punktu wyjścia do wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny i uzasadnienia rzetelności wyliczenia. Dodatkowo, przedstawiona kalkulacja wręcz potwierdza wątpliwości Zamawiającego odnośnie rażącego zniżenia ceny oferty.

Należy w tym miejscu zauważyć że powołane wyżej wyjaśnienia były chronologicznie ostatnimi złożonymi przed podjęciem decyzji z dnia 9 sierpnia 2019 r., a dotyczyły ceny oferty w konkretnych pozycjach w zakresie zaoferowanych elementów składowych ceny oferty, tj. ceny brutto instalacji i uruchomienia przedmiotu zamówienia w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego oraz ceny brutto szkoleń w nowej siedzibie Szpitala. W tym zakresie zamawiający oczekiwał wyjaśnień odnoszących się do istotnych części składowych zamówienia, tak zakwalifikowanych w opisie przedmiotu zamówienia i wyodrębnionych w osobnych pozycjach formularza ofertowego. Pomimo relatywnie niskiej wartości tych elementów znaczenie ich jako istotnych wynika z charakteru i przedmiotu tych części jako niezbędnych do prawidłowego uruchomienia i funkcjonowania przedmiotu zamówienia. Można zauważyć że znaczące są w tym zakresie różnice cenowe - cena usługi instalacji i uruchomienia sprzętu oraz cena szkolenia zostały wycenione przez Biameditek każdorazowo na kwotę 1.230 zł, podczas gdy oferta cenowa pozostałych wykonawców opiewa na kwoty

kilkadziesiąt lub nawet ponad 100-krotnie wyższe; Philips - odpowiednio 65.313 zł i 53.505 zł; GEMS - każdorazowo 171.770 zł).

Izba po przeanalizowaniu treści wyjaśnień wykonawcy oraz stanowiska przedstawionego na piśmie i w trakcie rozprawy uznała, że odwołujący nie udowodnił, iż zaoferowana cena wskazanych usług nie jest rażąco niska. Dowodem takim nie jest w szczególności fakt, że „wszyscy pracownicy Biameditek są zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę i w zakresie swoich obowiązków służbowych mają wykonywanie tego typu prac jak szkolenie oraz uruchomienie sprzętu.” Podobnie jak stwierdzenie o rozsądnej polityce kadrowo-płacowej polegającej na zatrudnieniu stałego zespołu niezbędnych pracowników i współpracy z innymi osobami na zasadzie doraźnych bądź stałych umów cywilnoprawnych.

W tych samych wyjaśnieniach wykonawca zauważył, że standardową procedurą postępowań dotyczących aparatury medycznej jest wymóg podawania łącznej ceny za sprzęt z dostawą, uruchomieniem oraz szkoleniem; nie inaczej jest w tym przypadku, choć zamawiający „oczekiwał rozbicia ceny łącznej dostawy aparatury na dodatkowe pozycje: instalacja, uruchomienie i szkolenie, zgodnie z nazwą postępowania i opisem przedmiotu zamówienia.” Także teza, iż nie jest konieczne wykazywanie wynagrodzenia pracowników stanowiącego koszty stałe ponoszone niezależnie od realizacji zamówienia, jest błędna.

W omawianej części przedmiotu zamówienia bez wątpienia koszty osobowe stanowią element konieczny, dominujący i rzeczywisty, a przedstawienie go na poziomie 1230 zł i w tej samej kwocie dla kolejnej usługi stanowi o ich rażącym zaniżeniu. Wykonawca nie przedstawił takich kosztów w rzeczywistym rozmiarze, a złożona kalkulacja wynagrodzenia miesięcznego zespołu zaangażowanego w realizację zamówienia w kwocie 69 857,00 zł nie została w żaden sposób skorelowana z przewidywanym do poniesienia kosztem. Dowodem przemawiającym za nierealność wyliczenia przedmiotowego kosztu jest w ocenie Izby kalkulacja przewidywanej pracochłonności dla czynności instalacji i uruchomienia w wymiarze ok. 120 godzin pracy przez co najmniej 10 osób sporządzona przez zamawiającego i przedstawiona na rozprawie, co przy uwzględnieniu co najmniej minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę wskazuje na kwotę wielokrotnie wyższą od deklarowanej przez odwołującego. Zatem wyjaśnienie zostało uznane za niewiarygodne.

W odniesieniu do wyjaśnień przedstawionych zamawiającemu na wezwanie z dnia 31 maja 2019 r. niesporna jest znaczna rozbieżność pomiędzy poszczególnymi cenami kardiomonitorów i systemu telemetrycznego składającymi się na przedmiot dostawy, z których każdy został wyspecyfikowany w Załączniku nr 1a do SIWZ.

Jak wynika z dokumentacji ofertowej cena za kardiomonitor (centrala) typu 1 zaoferowana przez Biameditek wynosi łącznie 44 059,68 zł i jest prawie 10-krotnie niższa niż cena

zaoferowana za takie kardiomonitoring przez GEMS (428 976 zł) i prawie 20-krotnie niższa niż cena zaoferowana przez Philips (806 544 zł).

System telemetryczny zaoferowany został przez Biameditek za kwotę 103 874,40 zł, to jest za kwotę ponad 2-krotnie niższą niż cena oferty Philips (216 000 zł) oraz ponad 3-krotnie niższą niż cena oferty GEMS (319 680 zł).

Należy przy tym zauważyć, że wbrew twierdzeniom wykonawcy o możliwości pozyskania dostaw od innych niż niżej wskazany, po cenach preferencyjnych, nie została dowiedziona. Powoływany producent Edwards wprost zadeklarował realizację na równych zasadach na rzecz wszystkich kontrahentów (vide pismo skierowane do Biameditek z dnia 30 lipca 2019 r.). Nawet przy uwzględnieniu treści oświadczenia producenta szeregu urządzeń oferowanych o udzieleniu dostawcy jako przedstawicielowi Mindray Shenzen na Polskę znaczącego rabatu, która to okoliczność, poza wspomnianym dokumentem nie została wykazana innymi dokumentami, w ocenie Izby domniemanie ceny jako rażąco niskiej nie zostało obalone.

W konsekwencji uznać należy, że decyzja zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2019 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, wynikająca z analizy treści wyjaśnień udzielanych zarówno w odniesieniu do całości ceny oferty, jak i wskazanych przez zamawiającego istotnych części składowych, znajduje podstawy w ustalonym stanie faktycznym i wskazanych przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **Sygn. akt KIO 1616/19**

Izba oddaliła odwołanie Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy „Biameditek” jako stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez ich niezastosowanie.

Skład orzekający stwierdza, że zarzut odwołania oparty jest wyłącznie na stwierdzeniu, iż wykonawca Biameditek zaoferował cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Utożsamianie tego faktu ze stwierdzeniem, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży towarów i usług stanowiących przedmiot zamówienia poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia, nie jest uzasadnione.

Okoliczności faktyczne sprawy są znane i ustalone w sprawie sygn. akt KIO 1592/19 połączonej do rozpoznania wraz z niniejszą; nie wymagają zatem ponownego przytoczenia. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji r. (Dz.U. z 2019 r. poz.1010) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast art. 15 ust. 1 reguluje kwestie utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom wskazując, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek do uznania, iż złożenie kwestionowanej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowany ustawą. W szczególności nie wykazano zamiaru wpływu na pozycję rynkową innych wykonawców przez zaoferowanie ceny dumpingowej. Teza o zastosowaniu manipulacji cenowej podjętej w celu eliminacji z rynku lokalnego konkurentów nie została również udowodniona. Jak wynika z oceny wskazanej na wstępie, samo zniżenie ceny oferty, jak i niedoszacowanie kosztów poszczególnych części składowych zamówienia nie jest wystarczające do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego w sprawie odwołujący nie wykazał, by zamiarem wykonawcy oferującego cenę było doprowadzenie w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego do skutku mającego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Uznając, że samo zaoferowanie przez Biameditek cen na zniżonym poziomie nie stanowi działania mającego na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na rynku właściwym i nie jest zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji orzeczono, jak sentencji.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....