

Sygn. akt: KIO 747/19

WYROK
z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Ginekologiczno – Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**,

przy udziale wykonawcy **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 747/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Ginekologiczno – Położniczemu Szpitalowi Klinicznemu Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 6, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. części, w tym odrzucenie oferty wykonawcy AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Ginekologiczno – Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Ginekologiczno – Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ginekologiczno - Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wyrobów medycznych* z podziałem na 57 części (pakiety) (znak postępowania: PN-37/18).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 239-545496.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. wykonawca PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 6 zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania i nie odrzucenie oferty AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. [dalej „AKSIS”], pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone wyjaśnienia, zwłaszcza w obliczu braku dowodów uzasadniających wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie pakietu nr 6:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty AKSIS jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty AKSIS,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa wyrobów medycznych. Wśród 56 części, na które podzielono zamówienie, w pakiecie 6 wymagano: czujniki, przewody, akcesoria neonatologiczne, akcesoria do aparatów do znieczulenia DATEX OHMEDA.

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 379 478,30 zł. Spośród dwóch ofert, które podlegały ocenie, oferta Odwołującego opiewa na kwotę 336 225,60 zł, a więc ok. 10% niższą od szacunków, a oferta AKSIS na kwotę 175 242,96 zł, tj. aż o 53,82% niższą od wartości zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 20 lutego 2019 r. wezwał AKSIS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawca przesłał odpowiedź w dniu 25 lutego 2019 r. Zawiera ona „kalkulację ceny” przedstawiającą się następująco: Część nr 6:

75 % - koszt zakupu towaru + transport zagraniczny + różnice kursowe + rabat producenta
25 % - marża + koszty transportu krajowego + ubezpieczenie,
ponadto ogólne stwierdzenia nt. możliwych rabatów i upustów, środków transportu, obiektów magazynowych. Analiza złożonych wyjaśnień nakazuje uznać, że AKSIS nie wykazał możliwości zaoferowania tak niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do rzekomej „kalkulacji”, którą obrazuje ww. procentowy podział kosztów. Przez kalkulację rozumie się zwyczajowo informację o wysokości poniesionych kosztów w ujęciu kwotowym. Posługiwanie się zależnościami procentowymi, wobec znanego punktu odniesienia, pozwala wyliczyć wartości, jednak tylko pod warunkiem, że mamy do czynienia z dokładnym przypisaniem udziału poszczególnych czynników w łącznej kwocie - w tym przypadku ceny ofertowej. Wyjaśnienia AKSIS nie zawierają w sobie praktycznie żadnych założeń kalkulacyjnych i mogłyby być w identycznej postaci złożone w każdym postępowaniu na dostawy towarów - od wyrobów medycznych po artykuły spożywcze, czy superkomputery. Są oderwane od jakichkolwiek realnych kosztów. Prezentacja jak wyżej nie wyjaśnia jaki jest udział w konkretnym zamówieniu kosztów transportu, ani nie wiadomo ile wynosi rabat producenta i od jakiej ceny. W rezultacie są absolutnie nie weryfikowalne. Nie da się sprawdzić, czy suma wszystkich kosztów nie przekroczy ceny oferty.

Idąc dalej Odwołujący wskazał, iż porównanie owej „kalkulacji” z objaśnieniami zawartymi w dwóch kolejnych akapitach pisma wskazuje, że ma charakter przypadkowy, niezwiązany z przedmiotowym postępowaniem. Otóż w wyjaśnieniach czytamy, że wykonawca ma prawo udzielać rabatów i upustów aby uczynić swoją ofertę korzystną, co rzekomo miało miejsce w „porozumieniu z Wytwórcą”. Tyle że we wspomnianej „kalkulacji” nie ma mowy o rabacie wykonawcy dla Zamawiającego. Z załączonej deklaracji przedstawiciela handlowego producenta wynika, że firma AKSIS „posiada specjalne ceny” na rok 2019. Wytwórca nie potwierdza żadnego dodatkowego rabatu, który rzekomo w porozumieniu z wykonawcą miałby zostać udzielony Zamawiającemu. Z pisma nie wynika również czym się charakteryzują „specjalne ceny”, w jakim stopniu są niższe od cennika ogólnego, ani to jakie są ceny podstawowe.

AKSIS wskazuje, że korzysta z „różnych środków transportu”, w tym lotniczego oraz drogowego, w związku z czym udział procentowy transportu jest obniżony do minimum. Tymczasem powszechnie wiadomo, że ww. rodzaje transportu są najdroższe, zwłaszcza lotniczy. Najtańsza pozostaje droga morska, której AKSIS w ogóle nie bierze pod uwagę. W tym kontekście brak wskazania konkretnych kosztów pozycji „transport zagraniczny” musi budzić wątpliwości. Należy pamiętać, że umowa będzie realizowana przez 24 miesiące poprzez dostawy sukcesywne. Jeśli więc wykonawca zamierza sprowadzać towary łądem lub samolotem to powinien precyzyjnie opisać koszty wynikające z wyboru tego rodzaju

transportu, gdyż wbrew twierdzeniom wykonawcy nie są to formy przynoszące oszczędności, a wręcz odwrotnie, wiążą się z wyższymi wydatkami.

Następnie AKSIS podnosi, że „*posiada własny obiekt magazynowy*”, co znacząco obniża koszty składowania towaru i logistyki. Dodaje, że ma na stanie „*produkty zawarte w katalogu*”. Zwrócić jednak trzeba uwagę, że w „kalkulacji” nie zostały uwzględnione żadne koszty związane z magazynowaniem. Tymczasem niezależnie od tego, czy dany podmiot dysponuje własnym zapleczem, czy wynajmuje powierzchnie, to każdemu rozwiązaniu towarzyszą koszty stałe. Zakładając, że AKSIS ma własny obiekt, to: musiał go nabyć i musi go utrzymywać ponosząc wydatki chociażby na wyposażenie, sprzęt techniczny, ogrzewanie/klimatyzację, media (prąd, woda, etc.) wynagrodzenie pracowników i inne.

Na koniec wykonawca wymienia kontrakty forward i future jako zabezpieczające przed ryzykiem kursowym oraz pozwalające „*zabezpieczyć płatności do kontrahentów zagranicznych po znacznie niższym kursie USD i EUR*”. Jest to kolejny przykład argumentów o charakterze sloganowym. Wykonawca w „kalkulacji” wymienia „różnice kursowe”, co by świadczyło, że w wydatkach uwzględnia wahania walutowe. Następnie jednak jako uzasadnienie ceny wskazuje oszczędności rzędu 5-7% na kursie USD... Zarazem całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie jakoby kontrakty forward i future pozwalały na operowanie „*po znacznie niższym kursie*”. Tego rodzaju narzędzia finansowe umożliwiają handel po z góry ustalonym przeliczniku, ale w najmniejszym stopniu nie gwarantują niższego kursu.

Wreszcie Odwołujący wskazał, iż wykonawca przemilczał cały szereg kosztów stałych każdego przedsiębiorstwa, takich jak wynagrodzenia pracowników odpowiedzialnych za obsługę zamówień, ogólnego zarządu (personelu, biura, etc.), obsługi reklamacji, ryzyk (w szczególności nieterminowych dostaw).

Podsumowując, złożone przez AKSIS wyjaśnienia są lakoniczne, niespójne i nie poparte żadnymi dowodami. W związku z powyższym Zamawiający powinien uznać, że potwierdzają, iż oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co oznacza konieczność jej odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 maja 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił szeroki wywód prawny dotyczący instytucji wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ustawy Pzp, w tym wynikający z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO 2115/16, KIO 2116/16, wyrok KIO 1479/15, wyrok KIO 431/17, wyrok KIO 460/17, wyrok KIO 545/17, wyrok KIO 422/17, wyrok KIO 354/17 i 379/17).

Zamawiający wskazał, iż ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, dokonana przez zamawiającego w toku ich badania nie potwierdziła, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślał, iż poddał badaniu wyjaśnienia wykonawcy zgodnie z ustawowymi wymaganiami, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności, a badaniu temu towarzyszyła należyta staranność. Przedstawione przez wykonawcę informacje oraz dowody przekonały zamawiającego o niezaktualizowaniu się w stosunku do wykonawcy przesłanki odrzucenia jego oferty. Weryfikacja nastąpiła z wymaganą skrupulatnością, gdyż w interesie zamawiającego nie jest udzielanie zamówienia podmiotowi nierzetelnemu oferującemu realizację zamówienia po rażąco niskiej cenie. W ramach oceny wyjaśnień zamawiający poddał weryfikacji argumenty przedstawione przez wykonawcę w piśmie, w tym: wskazane okoliczności, że jako wyłączny dystrybutor producenta posiada on preferencyjne ceny zakupu, które stosuje we wszystkich ofertach przetargowych, co potwierdza, że są to ceny rynkowe, a tym samym realne. Ponadto wykonawca wskazał, że korzysta z różnych środków transportu, w tym lotniczego oraz drogowego, co pozwala obniżyć udział transportu do minimum. Powyższe przekonało zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w rezultacie czego odrzucenie oferty byłoby niezgodne z pzp, a zarazem powodowało wydatkowanie na realizację zamówienia znacznie większej kwoty środków publicznych.

Dalej Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów, tym samym twierdzenia, że oferta wybranego wykonawcy zawierała cenę rażąco niską należy uznać za niewystarczające. Należy zauważyć, że po stronie wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień leży ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, a wobec braku szczególnych zadań ze strony zamawiającego, co do sposobu przeprowadzenia dowodu na taką okoliczność, wybór metody należy do wykonawcy. W niniejszej sprawie wykonawca nie przedstawił klasycznej kalkulacji cenowej w oparciu o składniki cenotwórcze, w tym nie posłużył się jedną z metod kalkulacyjnych np. opartych na jednostkowych nakładach pracy, wskaźnikach lub metodzie wartościowej. W istocie, w tym zakresie wskazał jedynie na zastosowanie 5-7 % oszczędności w wyniku kontraktów forward i future pozwalające zabezpieczyć płatności do kontrahentów zagranicznych po znacznie niższym kursie USD i EUR. Argument ten koreluje z faktem, że producentem jest Shenzhen Med-Link Elektronic Tech Co., Ltd. W pozostałym zakresie powołał się na własne doświadczenie w branży ugruntowane wieloletnim działaniem na rynku, w tym wskazał iż posiada własny obiekt magazynowy, co znacznie obniża koszty składowania towaru i logistyki. Na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny Wykonawca przedstawił informację od producenta Shenzhen Med-Link Elektronic Tech Co., Ltd o posiadaniu specjalnych cen na rok 2019.

Kolejno Zamawiający argumentował, że nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest fakt, że zamawiający poddając ocenie złożone wyjaśnienia uwzględnił również tę okoliczność, że oferty konkurencyjne złożone przez pozostałych wykonawców zaoferowane były na podobnym poziomie, zdecydowanie niższym, aniżeli oferta Odwołującego. Oferta nr 35 - opiewała na kwotę 217 166,40 zł, Oferta nr 43 - opiewała na kwotę 125 042,40 zł, oferta nr 10 (kwestionowana przez Odwołującego) - opiewała na 175 242,96 zł. Zatem porównując wskazane powyżej oferty z ofertą Odwołującego - opiewającą na kwotę 336 225,60 zł można by stwierdzić, że jego cena jest rażąco wysoka w stosunku do cen ofert konkurencji.

Zamawiający wskazał ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę proponując przedmiot zamówienia dedykowany przez producenta urządzeń tzw. „oryginały” natomiast pozostali wykonawcy zaproponowali zamienniki, odpowiadające wymaganiom SIWZ. Wiedza o znacznych różnicach w cenach wyrobów oryginalnych i zamienników oferowanych przez wykonawców w postępowaniach jest przy tym znana zamawiającemu „z urzędu” i nie jest sytuacją nadzwyczajną, czy też odbiegającą od dotychczasowych doświadczeń w prowadzonych postępowaniach. Zamawiający w niniejszej sprawie uznał za dopuszczalne, a w realiach sprawy rozpatrywanej skuteczne, wskazanie jako dowód na rynkowy charakter zaoferowanej ceny i jej realność, a tym samym brak cech ceny rażąco niskiej, przedstawienie argumentacji popartej dowodem tj. oświadczeniem producenta o obniżonych cenach w stosunku do cennika na rok 2019, stosowania porównywalnych cen w innych postępowaniach przetargowych. Dowodem na fakt, że wskazane w ofercie ceny nie mają charakteru cen dumpingowych jest również fakt, że cena uzyskana poza postępowaniem przetargowym (zamówienie złożone przez Szpital GPSK w dniu 15-03-19 u dostawcy AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Spółka Jawna) na dostawę 15 szt. czujników tożsamyh ze wskazanymi w przetargu wynosiła 38,90 zł netto za sztukę, natomiast w postępowaniu przetargowym 29,90 zł netto za sztukę, przy czym wolumen zamówienia wskazany w postępowaniu przetargowym, przewidziany do realizacji w okresie dwóch lat wynosił 4 526 szt. czujników oraz 22 szt. przewodów i kabli do aparatów.

Na koniec Zamawiający zwrócił uwagę na treść i formę odwołania. Odwołujący jak i zamawiający oraz pozostałe strony występujące w postępowaniu są świadome reguły ciężaru dowodu jaką ukształtował ustawodawca. Niemniej trudno oprzeć się wrażeniu, że odwołujący napisał niniejsze odwołanie na zasadzie operowania „hasłami” które rażą schematycznością odniesień do okoliczności prozaicznych, innymi słowy merytoryczna treść odwołania jest pusta. Opiera się na kilku najbardziej ogólnych stwierdzeniach aby „zapełnić” kilka zdań papieru, niemniej stanowi to realny dowód „gry procesowej”. Na zasadzie „alter ego” odwołujący zobowiązany przecież do sporządzenia uzasadnienia i wskazania podstaw faktycznych i prawnych stawianych zarzutów, mógł podać okoliczności związane np.

z kalkulacją ceny swojej oferty, aby poprzez wnioskowanie na zasadzie kontrapozycji, można było ocenić jego wnioski pod kątem zastosowania cen w ofertach pozostałych wykonawców, w tym tego, którego ofertę kwestionuje. Nic takiego się nie stało. Oznacza to, że jego taktyka procesowa polegała na inicjowaniu procesu, bez względu na to czy istnieją podstawy tego rodzaju oskarżeń, ergo usiłowanie odmiennego potraktowania zawisłego stanu faktycznego, mogłoby oznaczać, że to zamawiający dopuściłby się tzw. modelowego „obejścia prawa”. Można by wtedy jego działaniu - zarzucić nieważność z uwagi na brzmienie art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 PZP. Zamawiający wskazał, iż takie postępowanie Odwołującego, jakie zaprezentował w odwołaniu nie powinno być tolerowane i czerpać ochrony. W świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 1 i 2 k.c., który stanowi wprost, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego lub mająca na celu obejście prawa i tym samym nie zasługuje on na udzieleniu mu ochrony prawnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 29 kwietnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy AKSIS, wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy AKSIS z dnia 20 lutego 2019 r. oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny AKSIS z dnia 25 lutego 2019 r. wraz

z załącznikiem. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 maja 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego oraz AKSIS w toku rozprawy, tj.:

1. zamówienie nr Dz.Z/00757/19 (dowód złożony przez Zamawiającego);
2. umowę nr ZP/94/PN-78/17/8 wraz z formularzem cenowym i fakturą (dowód złożony przez AKSIS);
3. umowę nr CP/DA/116/2008/W wraz z formularzem cenowym i fakturami (dowód złożony przez AKSIS);
4. umowę nr 22/2018 wraz z formularzem cenowym i dwoma fakturami (dowód złożony przez AKSIS);
5. umowę nr CRU111/2018 wraz z formularzem cenowym i fakturą (dowód złożony przez AKSIS);
6. umowę z 30.04.2019 r. wraz z formularzami cenowymi (dowód złożony przez AKSIS).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem pakietu nr 6 była dostawa czujników, przewodów neonatologicznych, akcesoriów do aparatów do znieczulenia DATEX OHMEDA.

Wartość szacunkowa pakietu nr 6 w ramach ww. zamówienia została oszacowana na kwotę 351 368,80 zł netto. Wartość szacunkowa pakietu nr 6 powiększona o podatek VAT stanowiła 379 478,30 zł.

W ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu nr 6 oferty złożyło czterech wykonawców, tj.: 1) AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J. z siedzibą w Gdańsku z ceną 175 242,96 zł, 2) PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną 336 225,60 zł, 3) Medseven Sp. z o.o. z siedzibą w Osiełsku z ceną 217 166,40 zł oraz 4) LM Line Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z ceną 125 042,40 zł.

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert stanowiła kwotę 213 419,34 zł. Zatem oferta AKSIS stanowiła ok. 46 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 82 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

W dniu 20 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał AKSIS w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, iż po dokonaniu czynności badania oferty złożonej przez wykonawcę AKSIS w zakresie pakietu nr 6 – Czujniki, przewody, akcesoria neonatologiczne, akcesoria do aparatów znieczulenia DATEX OHMEDA

– Zamawiający stwierdził, że cena oferty w wysokości 175 242,96 zł jest o 53,82% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 na kwotę 379 478,30 zł. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Nadto Zamawiający wskazał, iż powyższy katalog nie jest katalogiem zamkniętym, w związku z tym wykonawca może w swoich wyjaśnieniach uwzględnić inne okoliczności mające wpływ na cenę. Zamawiający dodał, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a 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 odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca AKSIS pismem z dnia 25 lutego 2019 r. złożył następujące wyjaśnienia dotyczące ceny oferty zaoferowanej za pakiet nr 6. Wykonawca wskazał, iż dokonał kalkulacji ceny dla ww. części, zgodnie z następującą metodyką:

75,0 % - koszt zakupu towaru + transport zagraniczny + różnice kursowe + rabat producenta

25,0 % - marża + koszty transportu krajowego + ubezpieczenie.

Ponadto ww. wykonawca wskazał, że w zakresie wyrobów zaoferowanych w części nr 6 poz. 1-3 jest bezpośrednim oraz wyłącznym dystrybutorem producenta wyrobów zaoferowanych w w/w postępowaniu przetargowych na terenie Polski, w związku z czym posiada preferencyjne ceny zakupu, które stosuje we wszystkich ofertach przetargowych. Zaoferowane ceny przedmiotu zamówienia zawierają rabaty oraz upusty jakie Spółka AKSIS, postanowiła udzielić w przedmiotowym postępowaniu w porozumieniu z Wytwórcą przedmiotu zamówienia, aby uczynić swoją ofertę jak najbardziej atrakcyjną lecz niekolidującą z przepisami prawa polskiego, co jest jak najbardziej zrozumiałe i zasadne dla zachowania konkurencyjności ofert przetargowych. AKSIS dodał, że każdy wykonawca ubiegający się o

udzielenie zamówienia i składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo udzielać rabatów i upustów cenowych, aby uczynić swoją ofertę jak najbardziej korzystną cenowo dla Zamawiającego i konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców przestrzegając przy tym przepisy prawa a w szczególności Ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r. Nr 47 poz. 2011 z późn. zm.). Dodatkowo Spółka AKSIS współpracuje od wielu lat z wieloma wytwórcami a wynegocjowane długoletnie kontrakty na dostawy pozwalają na utrzymanie cen na aktualnym poziomie zachowując uczciwy zysk. Jednocześnie wykonawca wskazał, że kwota zaproponowana przez Spółkę, nie odbiega od kwot asortymentu podobnego i dostępnego obecnie na naszym rynku, a konkurencyjna cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu wynika z zaoferowania asortymentu równoważnego.

AKSIS wskazał, iż korzysta dodatkowo z różnych środków transportu, w tym transportu lotniczego oraz transportu drogowego, w związku z czym udział procentowy transportu w cenie jest obniżony do minimum. Wykonawca posiada własny obiekt magazynowy zlokalizowany w Gdańsku, co znacząco obniża koszty składowania towaru i logistyki, a także koszty dostawy towaru do siedziby Zamawiającego. Dodatkowo produkty zawarte w katalogu posiadamy w magazynie, co również wpływa na ostateczną cenę oferty, gdyż odpowiednie ilości produktów permanentnie monitorowane umożliwiają na obniżenie kosztów magazynowania i kosztów logistyki. Wykonawca AKSIS wskazał, że towary zakupione przez Spółkę AKSIS i będące przedmiotem oferty, zostały zakupione na bardzo korzystnych warunkach finansowych powodujących w konsekwencji, że ostateczna cena oferty jest bardzo korzystna dla Zamawiającego.

Wykonawca wskazał, iż korzysta także z kontraktów Forward oraz Transakcji Future Payments, które pozwalają wykonawcy zabezpieczyć się przed ryzykiem kursowym oraz zabezpieczyć płatności do kontrahentów zagranicznych po znacznie niższym kursie USD i EUR. Powyższe narzędzia finansowe zostały wykorzystane do wyceny produktów zaoferowanych w postępowaniu przetargowym, co dało naszej firmie możliwość zabezpieczenia kursu USD na poziomie ok. 5-7% niższym od kursu obowiązującego w dniu składania oferty. Powyższe stanowi więc sprzyjające warunki wykonywania przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym, firma AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Spółka Jawna oświadczyła, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, a produkty zaoferowane w w/w postępowaniu przetargowym są zgodne z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ.

Załącznikiem do powyższych wyjaśnień ceny oferty była deklaracja z 14 lutego 2019 r. o treści: „My, Shenzhen Med. – link Electronics Tech., Ltd, deklarujemy, że „AKSIS” jako nasz

wyłączny dystrybutor na rynek polski posiada specjalne ceny, znacząco obniżone w stosunku do cennika na rok 2019”.

W dniu 10 kwietnia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty AKSIS jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 6. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert w zakresie ww. pakietu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Za uzasadnione Izba uznała zarzuty odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AKSIS z uwagi na okoliczność, iż ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta w zakresie pakietu nr 6 nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa

w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, iż brak jest po stronie zamawiającego automatycznego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdy zostanie spełniony jeden z mierników, o którym mowa w ww. przepisie. Zatem ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana *ad casum*, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubruttowaną wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W tym miejscu podkreślić należy, iż odstępianie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie winno mieć charakter wyjątkowy i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Ponadto wskazać należy, iż obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby analiza wyjaśnień ceny oferty wykonawcy AKSIS zaoferowanej w pakiecie nr 6 prowadzi do wniosku, iż ww. wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego Izby, przede wszystkim należy wskazać, iż z treści

wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie sposób wywieść, w jaki sposób Przystępujący zbudował cenę oferty. Wykonawca AKSIS w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się jedynie do wskazania pewnych założeń procentowych, tj. że 75 % ceny oferty w zakresie pakietu nr 6 stanowią: koszt zakupu towaru, transport zagraniczny, różnice kursowe oraz rabat producenta, a 25 % stanowi: marża, koszty transportu krajowego oraz ubezpieczenie. Powyższych założeń procentowych, w ocenie Izby, nie można uznać za rzetelną i zindywidualizowaną na potrzeby niniejszego zamówienia kalkulację ceny oferty. Na podstawie powyższych danych nie sposób wywieść jakie konkretnie założenia kalkulacyjne zostały przyjęte przez wykonawcę podczas kalkulacji ceny oferty w pakiecie nr 6. Brak jest bowiem w złożonych przez wykonawcę AKSIS wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jakichkolwiek wyliczeń matematycznych. Tym samym lektura złożonych przez AKSIS wyjaśnień ceny oferty nie daje odpowiedzi na kluczowe pytanie, tj. w jaki sposób wykonawca wyliczył cenę oferty oraz jakie obiektywne, indywidualne dla AKSIS czynniki pozwoliły mu na jej obniżenie.

Izba wskazuje, iż analiza dalszej treści wyjaśnień złożonych przez AKSIS w przedmiocie ceny oferty również nie pozwala na ich pozytywną ocenę wobec braku konkretyzacji i szczegółów odnośnie elementów składowych ceny. Podkreślić należy, iż Przystępujący składając wyjaśnienia w ww. zakresie ograniczył się jedynie do ogólnych, lakonicznych twierdzeń, często formułowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, których nie można uznać za sprostanie obowiązкови wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie zauważyć należy, iż Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach jedynie deklarował, iż posiada preferencyjne ceny zakupy określonych produktów, że udzielił Zamawiającemu specjalne rabaty i upusty, nie podając przy tym ich wysokości. Nadto wykonawca wskazał, że udział procentowy transportu w cenie jest obniżony do minimum, jak również, iż posiada własny obiekt magazynowy, co znacząco obniża koszty składowania towaru i logistyki, a także dostawy towaru do siedziby Zamawiającego. AKSIS wskazywał również na kontrakty forward i future jako zabezpieczające przed ryzykiem kursowym oraz pozwalające zabezpieczyć płatności od kontrahentów zagranicznych po znacznie niższym kursie USD i EUR.

Powyższe twierdzenia wykonawca AKSIS nie poparł jednak żadnymi dowodami potwierdzającymi, że zaoferowana przez wykonawcę cena w pakiecie nr 6 nie jest ceną rażąco niską, do których dostarczenia Zamawiający wzywał wykonawcę. Załączona do wyjaśnień ceny oferty deklaracja z 14 lutego 2019 r. potwierdza tylko tyle, że ww. wykonawca AKSIS jako wyłączny dystrybutor produktów Med – link posiada specjalne ceny, znacząco obniżone w stosunku do cennika na rok 2019. Powyższa deklaracja, w ocenie Izby, ma ogólny charakter i nie przedstawia żadnych szczegółów potwierdzających wskazywaną w niej okoliczność, w

szczegółności nie sposób ustalić wysokość oferowanych rabatów czy upustów, na które powoływał się ww. wykonawca.

Słusznie w ocenie Izby argumentował Odwołujący, iż zaoferowanie przez AKSIS asortymentu równoważnego, dopuszczonego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie zwalnia wykonawcy z ciężaru, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Trafnie też wskazał Odwołujący, iż Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie odniósł się do całego oferowanego w ramach pakietu nr 6 przedmiotu zamówienia, jak również pominął szereg kosztów stałych każdego przedsiębiorstwa, takich jak chociażby wynagrodzenia pracowników odpowiedzialnych za obsługę zamówień, ogólnego zarządu (personelu, biura, etc.), czy też ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

W końcu Izba wskazuje, iż złożone przez Przystępującego AKSIS dowody w postaci umów zawartych z różnymi podmiotami zamawiającymi na okoliczność wykazania, że w cenie, która została zaoferowana Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu w ramach pakietu nr 6, wykonawca AKSIS realizuje dostawy produktów Med-Link, co miało potwierdzać, iż zaoferowana w ww. pakiecie cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Izbę. Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to aby Zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwym działaniem wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podejmując stosowne działania i intensyfikując wysiłek w zakresie skompletowania dowodów mających uwiarygadniać jego stanowisko dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą. Dodatkowo Izba wskazuje, że złożone przez AKSIS ww. dowody nie potwierdzają, iż zaoferowana przez ww. wykonawcę cena oferty w zakresie pakietu nr 6 nie jest ceną rażąco niską. Złożone dowody potwierdzają tylko tyle, że wykonawca realizował dostawy określonych produktów za cenę wskazaną w rzeczonych umowach. Nie stanowią natomiast dowodu potwierdzającego prawidłowość kalkulacji ceny oferty zaoferowanej w niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu nr 6.

Podsumowując, złożenie przez wykonawcę AKSIS wyjaśnień ogólnych, opartych na gołosłownych deklaracjach wykonawcy, niepopartych dowodami, nie pozwalało na pozytywną ocenę oferty ww. wykonawcy w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy AKSIS z uwagi na rażąco niską cenę zaoferowaną w pakiecie nr 6.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący: