

WYROK

z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 października 2018 r. przez **wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Wielkopolskie Centrum Onkologii z siedzibą w Poznaniu**

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

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 1 i 2 oraz odrzucenie oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę;**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego:
Wielkopolskie Centrum
Onkologii z siedzibą w Poznaniu i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Zamawiającego: Wielkopolskiego Centrum Onkologii z siedzibą w Poznaniu** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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 – Wielkopolskie Centrum Onkologii z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Obsługę urzędzeń medycznych: rezonansu magnetycznego Signa 1.5T wraz z 2 stacjami roboczymi, tomografu komputerowego Optima CT660 wraz z 3 stacjami roboczymi, mammografu Diamond, Aparatu RTG Endura BV, sprzętu endoskopowego producenta Olympus oraz systemu do telediagnostyki badań histopatologicznych i cytologicznych producenta Sakura. Pakiet Nr 1 i Pakiet Nr 2.* ”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 lipca 2018 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 135-308732.

Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 8 października 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie – w pakiecie numer 1 i 2 - na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 i 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty wykonawcy oraz wyboru oferty wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 28 września 2018 r. t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie w pakiecie numer 1 i 2.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie

- jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 października 2018 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 11 października 2018 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie. (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Wielkopolskie Centrum Onkologii z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Obsługę urządzeń medycznych: rezonansu magnetycznego Signa 1.5T wraz z 2 stacjami roboczymi, tomografu komputerowego Optima CT660 wraz z 3 stacjami roboczymi, mammografu Diamond, Aparatu RTG Endura BV, sprzętu endoskopowego producenta Olympus oraz systemu do telediagnostyki badań histopatologicznych i cytologicznych producenta Sakura. Pakiet Nr 1 i Pakiet Nr 2.”*.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/

W niniejszym postępowaniu w pakiecie nr 1 i 2 zostały złożone oferty wykonawców: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania – pkt 12: Zestawienie ofert, str. 12-13/

W dniu 5 września 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie o wyjaśnienia w zakresie pakietu nr 1 i 2, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie o wyjaśnienia z dnia 5 września 2018 r./

Pismem z dnia 10 września 2018 r. wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień powołując się jednocześnie na złożone dowody.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia z dnia 10 września 2018 r./

W dniu 28 września 2018 r. Zamawiający dla pakietu nr 1 i 2 dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 września 2018 r. /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 8 października 2018 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 października 2018 r. /.

Pismem z dnia 22 października 2018 r. Przystępujący odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami odwołania.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Przystępującego z dnia 22 października 2018 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie zaoferowania ceny rażąco niskiej przez Przystępującego w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący poprzez złożone wyjaśnienia z dnia 10 września 2018 r. nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Nie budziło wątpliwości, iż zaoferowane w pakiecie nr 1 i 2 ceny były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Ceny zaproponowane przez Przystępującego były również ponad 30% niższe od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zarówno w pakiecie nr 1 jak i pakiecie nr 2 oferty złożyli tylko Przystępujący i Odwołujący.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że wskazany przez Przystępującego całkowity koszt pracy inżyniera, który wyceniono na 45,00 zł brutto może – w tym stanie faktycznym – budzić uzasadnione wątpliwości. Według przyjętego przez Przystępującego cennika ujawnionego w innym postępowaniu, naprawa tomografu komputerowego w dni powszednie to koszt około 290 zł netto, a w dni świąteczne 420 zł netto za roboczogodzinę. W przypadku urządzeń rezonansu magnetycznego jest to kwota 340 zł netto za roboczogodzinę w dni powszednie i 480 zł netto za naprawy prowadzone w dni powszednie. Ceny te diametralnie odbiegają od cen zaproponowanych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu, a niewątpliwie dotyczą tych samych usług.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Odwołującego iż zaoferowana cena pomija istotne części składowe oferty, wpływające na pozycje kosztowe. Jak wykazano standardowy czas wykonywania jednego serwisu wynosi ok 4 godzin. Przystępujący zatem byłaby w stanie dokonać jedynie dwóch serwisów dziennie, uwzględniając okoliczność, że wykonywanie prac odbywać się będzie w dniach roboczych w godz. od 8:00 do 17:00. Nie bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje również znaczna odległość, jaka dzieli siedzibę Przystępującego od Zamawiającego.

Ponadto jak słusznie zauważono istotny element oferty stanowiła funkcja umożliwiająca natychmiastowe wezwanie pracowników serwisu do wykonania prac naprawczych, diagnostycznych oraz zdalnych, diagnostycznych, a system ten powinien być sprawny 24 godziny na dobę przez cały okres realizacji zamówienia, przy minimalnej stawce 13 zł 70 gr brutto za godzinę. Istotny element stanowią również części zamienne. Zatem wykonawca nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia z dnia 10 września 2018 r., aby wykonawca w kalkulował w ofertę wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Analogicznie Izba uznała argumentację dla pakietu nr 2. Dodatkowo zgodzić należało się z Odwołującym, że złożone wyjaśnienia nie uwzględniają okoliczności, że czas pracy serwisanta wraz z dojazdem wynosiłby 14 godzin, bowiem czas dojazdu z uwagi na dużą odległość wykonawcy od Zamawiającego należałoby liczyć na minimum 5 godzin tj. 10 godzin w obie strony. Zgodzić należało się również z Odwołującym, że standardowy czas wykonania serwisu to 4 godziny. Jak słusznie zauważył Odwołujący koszt jednego serwisu byłby więc sumą kwot 1090 zł w ramach kosztów dojazdu plus 14 roboczogodzin serwisu wraz z dojazdem. Zgodnie ze wskazywanym cennikiem, koszt godziny pracy serwisanta w zakresie urządzeń rezonansu magnetycznego, wynosi minimum 340 zł, po przemnożeniu przez 14 i dodaniu 1090 zł kosztów dojazdu stanowi to kwotę 5860 zł. Biorąc pod uwagę, iż w pakiecie pierwszym przewidziano 18 takich przeglądów (12 przeglądów rezonansu i po 3 stacje diagnostyczne), sam koszt przeglądów wyniósłby 105 480 zł.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, wskazującego, że czas pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy. Z uwagi na fakt, iż doba zawiera 24 godziny, do stałego zapewnienia reagowania koniecznym jest zatrudnienie co najmniej 3 pracowników wykonujących pracę w wymiarze 8 godzin dziennie.

W ocenie Izby - poddając analizie złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z dnia 10 września 2018 r. należało uznać, że Przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, a złożone dowody – nie potwierdzają rzetelności dokonanej kalkulacji zaoferowanej ceny. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na ogólne stwierdzenia, że „*posiada bardzo bogate doświadczenie w serwisowaniu aparatów produkcji GE Medical Systems (...)*”. Wykonawca stwierdza również że posiada ogromny magazyn z częściami. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach powołuje się zatem na stwierdzenia ogólne, używając zwrotów nieostrych. Co do złożonych dowodów Izba zgodziła się że złożona umowa została w sposób znaczący zanonimizowana, co de facto uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach. Zauważyć należy, że Zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia stosownych dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Za dowód wiarygodny nie można w ocenie Izby uznać certyfikatów, czy też wyroku KIO wydanego w innej sprawie. Bez znaczenia dla oceny sytuacji, czy zaoferowana cena jest rażąco niska jest argumentacja Przystępującego, odnosząca się do kryterium „autoryzacji firmy”.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego dowodów na rozprawie należy zauważyć, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Przystępującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone dowody jednak nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 10 września 2018 r.. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone na rozprawie dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Dodatkowo – co również potwierdza stanowisko Izby wyrażone powyżej – zwrócić należy uwagę na treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Izby Przystępujący – w przedstawionym stanie faktycznym – nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia (w tym i złożone dowody), że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 1 i 2 oraz odrzucenie oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie Izby nie została wykazana zasadność postawionych przez Odwołującego zarzutów w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący nie wykazał ziszczenia się przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, jednak z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odnoszących się do złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Przystępującego.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 3 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu w kwocie 15.000 zł. Izba nie zasądziła kosztów związanych z wynagrodzeniem

pełnomocnika Odwołującego, z uwagi iż zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) ww. rozporządzenia Izba może zasądzić koszty w maksymalnej wysokości 3.600 zł wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy – czego Odwołujący oraz jego pełnomocnik w tym postępowaniu odwoławczym nie uczynił, wnosząc jedynie o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Przewodniczący:

.....