

Sygn. akt: KIO 986/17

WYROK
z dnia 12 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 czerwca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2017 r. przez wykonawcę **M. Spółka Jawna, P. i S. z siedzibą w B.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr W. B. z siedzibą w G.**

przy udziale wykonawcy **"A. C." Sp. z o.o. z siedzibą w N. T.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. Spółka Jawna, P. i S. z siedzibą w B. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę M. Spółka Jawna, P. i S. z siedzibą w B., tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

UZASADNIENIE

Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr W. B. z siedzibą w G. (dalej: „Zamawiający” lub „Szpital”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę leków.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018559.

W dniu 8 maja 2017 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcy M. Spółka Jawna, P. i S. z siedzibą w B. (dalej: „Odwołujący” lub „M.”) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 43 za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę „A. C.” Sp. z o.o. z siedzibą w N.T. (dalej: „Przystępujący” lub „A.”).

W dniu 17 maja 2017 r. Odwołujący - w ramach zadania nr 43 - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. uznaniu za prawidłowe i wystarczające oraz niepoparte żadnymi dowodami wyjaśnienia złożone przez A. w dniu 4 kwietnia 2017 r., w zakresie możliwości zastosowania „rażąco niskiej ceny”, a w szczególności pozycji nr 13 Załącznika nr 2 do siwz Formularz ofertowy;
2. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ze względu na brak wykazania nie zastosowania „rażąco niskiej ceny” dla wyrobu medycznego zaoferowanego w pakiecie nr 43 pozycja 13 Załącznika nr 2 do siwz Formularz ofertowy;
3. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ze względu na fakt złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211, (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 163, poz. 1503; dalej: „ustawy znk”);

4. wyborze oferty A. jako najkorzystniejszej;
5. zaniechaniu wyboru M. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez A. - naruszenie art. 91 ust 1 ustawy;
2. udzielenie niewystarczających wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wniosku przekazanego przez Zamawiającego w dniu 30 marca 2017 r., do A., tj. wezwania do wyjaśnienia w zakresie możliwości zastosowania rażąco niskiej ceny dla pozycji 13;
3. niewłaściwą ocenę wyjaśnień oraz brak złożenia dowodów w zakresie możliwości zastosowania „rażąco niskiej ceny” dla pozycji 13 w wyniku wezwania z dnia 30 marca 2017 r., złożonych przez A. w dniu 4 kwietnia 2017 r.;
4. zaniechanie czynności odrzucenia oferty A. - naruszenie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy;
5. zaniechanie czynności odrzucenia oferty A. - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy;
6. zaniechanie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez M.;
7. nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania treści złożonych ofert, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania;
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie powtórnego badania i oceny ofert;
- nakazanie odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy ze względu na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w poz. 13;

- nakazanie odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy ze względu na brak wykazania (wyjaśnienia, udowodnienia), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w poz. 13;
- nakazanie odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ze względu na fakt, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- nakazanie wyboru oferty;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący podnosił, że wykonawcy, byli zobowiązani do złożenia oferty zgodnie z Formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do siwz. Przedmiotem zamówienia dla zadania nr 43 były płyny infuzyjne oraz jednorazowy przyrząd do wielokrotnego pobierania płynów infuzyjnych.

Po dokonaniu szczegółowej analizy treści oferty oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę A., Odwołujący stwierdził, że powyższa czynność wykonawcy pozostaje w kolizji z art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną, w zakresie pozycji 13 (0,01 zł netto za sztukę) zadania nr 43. W konsekwencji wykonawca złożył ofertę, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta wykonawcy A. została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający udostępnił do wglądu wykonawcy Medan ofertę złożoną przez A.. Po analizie udostępnionej oferty powołanego wykonawcy, pismem z dnia 27 lutego 2017 r., Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z informacją, iż oferta A., złożona w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w zakresie zadania 43, a w szczególności w zakresie pozycji nr 13. Spółka A. w pozycji 13 zaoferowała „Przyrząd jednorazowy do wielokrotnego pobierania zaoferowanych płynów infuzyjnych, wyposażony w filtr p. bakteryjny 0,45 mikrometra i zastawkę uniemożliwiającą wyciek płynu lub filtr p. bakteryjny 3 mikrometry z samozatrząskową zatyczką zabezpieczającą przed wyciekami płynu pasującą do oferowanych butelek.” o nazwie handlowej M.S. V nr (...) w cenie jednostkowej netto 0,01 zł za sztukę.

Odwołujący następnie wskazywał, że Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, pismem z dnia 30 marca 2017 r., wystąpił do wykonawcy A. o wyjaśnienie czy cena dla pozycji nr 13 zadania nr 43 nie zawiera rażąco niskiej wraz z koniecznością przedstawienia dowodów. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy A. o wyjaśnienia w zakresie dotyczącym ceny 0,01 zł, wpisanej w Załączniku nr 2 do siwz pozycja 13, wskazując jednocześnie, że jest to istotny element składowy ceny dla zadania nr 43. Wykonawca A. złożył w dniu 4 kwietnia 2017 r. (pismo z dnia 3 kwietnia 2017 r.) w siedzibie Zamawiającego wyjaśnienia wraz z dokumentami w powołanym zakresie. Zamawiający uznał wyjaśnienia i przedłożone dokumenty za wystarczające i dniu 8 maja 2017 r., dokonał wyboru oferty A. za najkorzystniejszą dla zadania nr 43.

Według wykonawcy Medan odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na fakt, że zaoferowana cena dla pozycji nr 13 zadania nr 43 oraz złożone wyjaśnienia są lakoniczne, wyłącznie ogólne i z całkowitą pewnością nie zostały poparte żadnymi dowodami z których wynikałoby, że wykonawca A. nie zaoferował rażąco niskiej ceny dla zadania nr 43, w tym w szczególności ceny (0,01 zł), za wyrób medyczny o nazwie handlowej M. S. V nr (...).

Zdaniem Odwołującego w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Zamawiający, żądał od A. wyjaśnienia zaoferowanej ceny dla istotnego elementu składowego przedmiotu zamówienia jakim był M. S. V w kwocie 0,01 zł netto za sztukę. Wezwanie do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy skierowane przez Zamawiającego do A., wydawało się zasadnym w kontekście faktu, że ilość będąca przedmiotem oferty stanowiła 20.000 sztuk była wielkością istotną tj. determinującą cenę całkowitą oferty. Wykonawca M. wskazywał na treść Rozdziału XVI pkt. 1 zdanie pierwsze siwz, „... Przez wykonanie umowy rozumiane są dostawy sukcesywne przedmiotu zamówienia w asortymentach i ilościach podanych w formularzach cenowych stanowiących Załącznik Nr 2 w okresie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy; z możliwością przedłużenia do czasu całkowitej realizacji zakontraktowanych ilości.” Za pomocą której nie dookreślił szczegółowego harmonogramu dla dostaw dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia zadania nr 43, powodując tym samym, że każdy z elementów tego zadania jest istotnym i każdy z tych elementów może być zamawiany oddzielnie i realizowany w ciągu 1 dnia roboczego od dnia dokonania czynności przekazania zamówienia w cenie zaoferowanej, czyli w przedmiotowym przypadku cenie 0,01 zł za sztukę. Według Odwołującego oczywistym jest, że wykonawca A. nie może zakładać okoliczności, że wykonanie realizacji dostaw dla pozycji nr 13 zadania nr 43, będzie wykonywana wraz z

innymi pozycjami zadania nr 43, co więcej w ocenie M. zasadnym jest założenie, że Zamawiający będzie tylko realizował pozycję nr 13 zadania nr 43 w bardzo niskiej cenie.

Według Odwołującego zaoferowana cena za przedmiot zamówienia w pozycji nr 13 zadania nr 43, jest nierealna i rażąco niska oraz nie jest ceną rynkową a tym bardziej uzasadniona w świetle aktualnego orzecznictwa brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się nie tylko do ceny za całe zadanie (zamówienie), lecz także do istotnych części składowych, co potwierdził Zamawiający kierując do wykonawcy A. w dniu 3 kwietnia 2017 r., wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty dla istotnej pozycji nr 13 zadania nr 43.

Zdaniem Odwołującego zaoferowana przez wykonawcę A. cena za przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 43 pozycja 13, w wysokości 0,01 zł netto za sztukę, nie jest ceną rynkową przy zachowaniu reguł funkcjonowania w profesjonalnym obrocie gospodarczym, gdyż realizacja nawet ewentualnej przyszłej umowy w powołanej cenie będzie z całkowitą nieopłacalną - przynosząca straty na działalności Spółki. Zakładając bowiem, że nawet cena oferowana będzie odbiegająca od ceny rynkowej, to nieuprawnionym jest działanie aby finansowanie tego przedmiotu odbywało się kosztem innym oferowanych wyrobów lub poprzez bliżej nieokreślone działania promocyjne.

W ocenie M. udzielone wyjaśnienia wraz z dokumentami przekazane przez A. w dniu 4 kwietnia 2017 r., są enigmatyczne i powierzchowne, gdyż w żaden sposób nie wykazują, że zaoferowana cena 0,01 zł netto za wyrób M. S. V, nie jest rażąco niska - a co za tym idzie cena ofertowa na całe zadanie nr 43. Ponadto wykonawca A. stwierdził w treści wyjaśnienia, że „... zaproponowana cena w w/w pozycji została skalkulowana jako element składowy, stanowiący znaczącej części ceny dla całego zadania nr 43, składającego się z 13 pozycji.” i dalej: Zaoferowana cena jednostkowa w formularzu cenowym w zadaniu 43 poz. 13 za wyrób M.S. V nr (...) wynika z dużych stoków magazynowych, powstałych w naszej firmie na skutek przegranych przetargów w innych placówkach, wynika z oszczędności metody wykonania zamówienia, oraz wynika z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy jakim jest nasza firma, podyktowana jest również chęcią udzielenia rabatu dla Regionalnego Szpitala Specjalistycznego w G. w zakresie zadania 43 i pozostałych pozycji w nim się znajdujących.” co w żaden sposób nie może stanowić uzasadnienia dla zastosowania ceny 0,01 zł netto za sztukę dla wyrobu M. S. V, nawet w kontekście działań promocyjnych (rabatów) i potencjałem 40.070 sztuk w magazynie.

Zdaniem Odwołującego dodatkowo, wskazać należy, że złożona wraz z wyjaśnieniami informacja z systemu SAP, wskazuje na stan magazynowy A. z dnia 3 kwietnia 2017 r. a nie na

dzień składania ofert, co wydaje się oczywistym i koniecznym w kontekście przygotowania oferty oraz działań promocyjnych (rabatów) przed upływem terminu składania ofert. Zakładając nawet poprawność i faktyczną możliwość działań promocyjnych (rabatów) dla wyrobu M. S. V, fakt ten pozostawia wiele wątpliwości do prawdziwości tych działań w kontekście zastosowania rażąco niskiej ceny a w szczególności procesu dowodowego w terminie po upływie terminu składania ofert. Trudnym byłoby zgodzić się twierdzeniem A., że stan magazynowy w dniu 3 kwietnia 2017 r., miał wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w dniu składania ofert tj. w dniu 23 lutego 2017 r. a tym bardziej bliżej nie dookreślonych działań promocyjnych (rabatów).

Poza powyższym pomijając niezaprzeczalny fakt braku wyjaśnienia oraz wykazania dowodowego, braku zastosowania rażąco niskiej ceny ofertowej, w tym dla pozycji nr 13 zadania nr 43, analiza dokumentu z systemu SAP pozwalana na stwierdzenie, że wyrób M. S. V, jest permanentnie zamawiany przez A. od wytwórcy (B.B. M.A.), średnio co 1 lub 2 dni w ciągu każdego miesiąca w ilości 12.000 szt., czyniąc tym samym wyjaśnienia mało realne i prawdopodobne w zakresie stanu magazynowego będącego przedmiotem działań promocyjnych i mających wpływ na wysokość ceny. Niezmiernie ważnym jest również wskazanie, że A. w treści wyjaśnień nie wykazała istnienia żadnych obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy czy wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwoliły mu na zaoferowanie wyrobu M. S. V w cenie jednostkowej 0,01 zł netto za sztukę.

Odwołujący zwracał uwagę na fakt, że art. 90 ust. 2 ustawy nakłada "Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy", co jednoznacznie stanowi, że wykonawca A. winien złożyć kompletne, jasne, precyzyjne i niepozostawiające żadnych wątpliwości wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny i wyjaśnienia te wraz z dowodami powinny dać Zamawiającemu podstawę do wyeliminowania jego wątpliwości co do ceny. Zdaniem M. wykonawca A. nie wypełnił powyższego, powodując jedynie ogólne wyjaśnienia oraz składając oderwane od rzeczywistości dowody, które nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające.

Medan twierdził, że wykonawca A. złożył ogólne wyjaśnienia, mało precyzyjne oraz niepoparte wystarczającym (żadnymi) dowodami a Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za

wystarczające, czym naruszył art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty A..

W ocenie M. koniecznym jest wskazanie, że wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji nr 13 zadania nr 43, jako samodzielnej pozycji dostarczanej do Zamawiającego będzie generować straty dla wykonawcy A., gdyż chociażby odległość dzieląca Zamawiającego i Spółkę A. wynosząca około 280 km. Przy dostawie towaru o wartości 0,01 zł netto za sztukę w ilości np. 1000 szt. wartość tej dostawy (10 zł netto), nie będzie nawet pokrywać podstawowych kosztów transportu, pakowania lub chociażby przestania.

Na marginesie Odwołujący wskazywał, że wykonawca A. oferował tożsamy wyrób (M. S. V) w innych postępowaniach z których wynika, że cena tego wyrobu kształtuje się na poziomie pomiędzy 1,78 brutto do 2,27 zł brutto, i tenże fakt może być elementem pośrednim wskazującym na fakt, że cena 0,01 zł netto za sztukę jest ceną nierealną i powodującą, że wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że gdyby wykonawca A. zaoferował w zakresie zadania nr 43 pozycja 13 wyrób medyczny M. S. V, w cenie zbliżonej do oferowanej w innych postępowaniach lub cenie rynkowej, to oferta Odwołującego, byłaby ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę założone kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie naruszenia przez wykonawcę A. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, koniecznym jest stwierdzenie, że zaoferowana cena ofertowa, w szczególności w zakresie pozycji nr 13 zadania nr 43, nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, stanowiącym iż: "Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Należy wskazać, że jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje się każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust 2 oraz art. 5-17 ustawy znk, który stanowi katalog otwarty. "Dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" [...] oraz "ustalone zwyczaje" (zob. art. 56, 65, 69 i 354 [...] Kodeksu cywilnego), które powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako

abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług.

W opinii M. złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 43 przez A., stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jak wskazano powyżej, ze względu na fakt, że przedmiot zamówienia zaoferowany w pozycji nr 13 zadania nr 43 o nazwie handlowej M. S. V w cenie jednostkowej netto 0,01 zł za sztukę, spowodował obniżenie całkowitej wartości zadania nr 43 i tym samym oferta ta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przy zastosowaniu przyjętych kryteriów oceny ofert.

Działanie wykonawcy A., było świadomą czynnością, gdyż cena jednostkowa netto 0,01 zł jest ceną nierealną i dającą podstawy sądzić, że działanie to miało na celu wyeliminowanie innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Wielkość przedmiotu oferty w zakresie ilości zamawianej (20.000 szt.), pozwala na stwierdzenie, że w przypadku zaoferowania przez A. przedmiotu zamówienia (pozycja nr 13) w cenie realnej (rynkowej), oferta złożona przez Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. A. zaoferował wyrób Mini S. V w cenie 0,01 zł netto za sztukę ze względu na fakt, że ilość jaką Zamawiający zamierza kupić jest znacząca i spowodowała, że całkowita wartość oferty i tym samym wartość punktowa w zakresie przyjętych kryteriów oceny ofert (100% cena), mogła podlegać manipulacji.

Odwołujący zwracał również uwagę na fakt, że nie mniej ważnym elementem składowym czynu zabronionego, mającego na celu wyeliminowanie innych podmiotów, jest to że jedynym dystrybutorem wytwórcy B.B. M. A.w P.e dla wyrobu M. S. V, jest A., co z całkowitą pewnością nie pozostało bez wpływu na ostateczną cenę za powołany wyrób a tym bardziej na wynik postępowania.

Odwołujący twierdził, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, Zamawiający dokonując oceny ofert miał obowiązek zbadać, czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej w. rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, której to czynności Zamawiający uchybił, poprzez zaniechanie zbadania i czynności odrzucenia oferty wykonawcy A. w zakresie zadania 43. Według Odwołującego wysokość ceny dla pozycji nr 13 zadania 43 (0,01 zł) w zestawieniu z całkowitą wartością dla zadania nr 43 w odniesieniu do kryterium oceny ofert (100% cena) oraz zestawieniem cen z otwarcia ofert, stanowi wystarczający dowód do

wykazania zaistnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy znk. Tym bardziej, że cena 0,01 zł netto za sztukę za wyrób medyczny M. S. V, jest ceną nierealną a działania wykonawcy A., trudno inaczej wytłumaczyć jak realne, zamierzone działanie mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego w sposób pozaprawny i niezgodny z uczciwymi praktykami rynkowymi. Wskazana powyżej cena daje również podstawy do jednoznacznego stwierdzenia, że zaoferowanie tak niskiej ceny poniżej jakichkolwiek kosztów miało na celu (zmierzało do) utrudnienia dostępu do rynku Odwołującemu oraz innym podmiotom, co stanowi również dostateczną podstawę do odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy.

Konkludując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 43 w sposób kolidujący z art. 91 ust. 1 ustawy, zaniechał czynności odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp oraz zaniechał wyboru oferty M. jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 maja 2017 r. do Izby wpłynęło pismo wykonawcy A., zawierające oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz stanowisko Przystępującego w zakresie zgłoszonych zarzutów, a także dowody w postaci ulotek producenta i artykuły naukowe.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 43, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został

możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ustaleń Izby wynika, że w ramach prowadzonego postępowania w zakresie zadania nr 43 zostały złożone oferty wykonawców, opiewające na następujące kwoty:

- | | |
|------------------------------------|------------------|
| 1. A. | - 637.237,15 zł; |
| 2. M. | - 653.921,21 zł; |
| 3. B.Sp. z o.o. z siedzibą w B. P. | - 717.190,85 zł |

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia dla zadania nr 43 kwotę 730.546,56 zł.

W ofercie złożonej przez Przystępującego w załączniku nr 2 do siwz – Płyny infuzyjne – dla zadania nr 43 w pozycji nr 13 podano:

- w kolumnie „Nazwa asortymentu i dawka – Przyrząd jednorazowy do wielokrotnego pobierania zaoferowanych płynów infuzyjnych, wyposażony w filtr p/bakteryjny 0,45 mikrometra (...)”,
- w kolumnie „Nazwa handlowa – M. s. V nr (...)”,
- w kolumnie „Opakowanie – 1 szt.”,
- w kolumnie „Cena opak. netto (zł) – 0,01”,
- w kolumnie „Ilość opakowań – 20000”,
- w kolumnie „Cena netto (zł) – 200,00”,
- w kolumnie „Cena brutto (zł) – 216,00”.

W piśmie z dnia 30 marca 2017 r. Zamawiający wskazał, że pozycja nr 13 w zadaniu jest istotną częścią składową ceny tego zadania i na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się

do Przystępującego o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny poz. 13 zadania 43.

W treści wezwania Zamawiający wyjaśniał, że z informacji pozyskanej od jednego z wykonawców wynika, że zaoferowana przez Przystępującego cena jednostkowa w poz. 13 w zdaniu nr 43 na poziomie 0,01 zł netto za sztukę wyrobu M. s. V nr (...), wydaje się być ceną nierealna i nie gwarantującą wykonania przez A. zamówienia. Zamawiający poinformował również, że jest w posiadaniu kopii formularzy cenowych w których Przystępujący zaoferował tożsamy wyrób, składając oferty w innych postępowaniach z ceną netto za 1 szt. na poziomie 1,65 zł, 1,69 zł i 2,10 zł.

W piśmie z dnia 3 kwietnia 2017 r., które wpłynęło do Zamawiającego w 4 kwietnia 2017 r. wykonawca A. złożył następujące wyjaśnienia: „zaproponowana cena w/w pozycji została skalkulowana jako element składowy, nie stanowiący znaczącej części ceny całego zadania 43, składającego się z 13 pozycji. Cena całego zadania została wyliczona z należytą starannością, jest zgodna z interesem ekonomicznym firmy i spełnia nasze oczekiwania w zakresie osiągnięcia satysfakcjonującego zysku. Cena wszystkich pozycji łącznie obejmuje wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia, w tym: koszty zakupu, załadunku, rozładunku, odprawy celnej, opakowania, transportu, ubezpieczenia i podatku VAT, a także zastosowane rabaty i upusty finansowe. Cena zaoferowana przez firmę A. C. Sp. z o.o. w zadaniu 43 (...) nie jest niższa od wartości powyżej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Zaoferowana cena jednostkowa w formularzu cenowym w zadaniu 43 w poz. 13 za wyrób M. S. V nr (...) wynika z dużych stoków magazynowych, powstałych w naszej firmie na skutek przegranych przetargów w innych placówkach, wynika z oszczędności metody wykonania zamówienia, oraz wynika z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy jakim jest nasza firma, podyktowana jest również chęcią udzielenia rabatu dla Regionalnego Szpitala Specjalistycznego w G. w zakresie zadania 43 i pozostałych pozycji w nim się znajdujących. Informujemy również, iż zaproponowana cena jednostkowa naszej oferty w niniejszym postępowaniu w zadaniu nr 43 poz. 13 gwarantuje należyte wykonanie przez firmę A. C. zamówień realizowanych po podpisaniu umowy, ponieważ dysponujemy potencjałem 40 070 szt. produktu M. S. V nr (...), na stan z dnia 03.04.2017, który otrzymaliśmy do działań promocyjnych. Na dowód przedstawiamy analizę SAP z dnia 03.04.2017. Informujemy również, że pozostałe ceny jednostkowe naszej oferty w niniejszym postępowaniu w zadaniu

nr 43 nie odbiegają od ofert składanych na zaoferowane produkty w innych postępowaniach przetargowych składanych przez naszą firmę i gwarantują one należyte wykonanie przez firmę A. C. zamówień realizowanych po podpisaniu umowy. Na potwierdzenie, że zaoferowane przez nas w postępowaniu ceny nie są rażąco niskie informujemy, iż zbliżone ceny zostały zaoferowane również w innych postępowaniach na terenie kraju m. in.: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w S., Szpital Uniwersytecki nr 1 im. Dr A. J. w B.. (...)

Do powyższych wyjaśnień Przystępujący załączył wydruk z systemu magazynowego, w którym dla produktu M. S. V nr (...) na dzień 03.04.2017 w kolumnie „Zapasy” podano - 40.070.

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dowody:

1. Ofertę Przystępującego skierowaną do Zamawiającego, która w poz. 11 zawiera produkt M.S. Plus nr katalogowy (...) w ilości 2000 za cenę netto 1 szt. 1,85 zł.
2. Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 17 maja 2017 r. skierowane do Szpitala Specjalistycznego w K..

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast według art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. 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;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według art. 90 ust. 3 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.

Na wstępie rozważań Izba wyjaśnia, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących

wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co całej cenie lub koszt oferty, lub ich istotnych części składowych.

Izba ustaliła, że wykonawca A. w złożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 637.237,15 zł. Natomiast zaoferowane kwoty w pozostałych ofertach złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia były bardzo zbliżone do kwoty zaoferowanej przez Przystępującego i wynosiły odpowiednio: M. - 653.921,21 zł, B. Sp. z o.o. z siedzibą w B. P. - 717.190,85 zł. Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia dla zadania nr 43 kwotę 730.546,56 zł. Wobec powyższego Izba uznała, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską a jest ceną rynkową, nie odbiegającą od cen zaoferowanych przez innych wykonawców w ramach prowadzonego postępowania.

W omawianym stanie faktycznym wyjaśnienia wymaga, że Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny poz. 13 zadania 43. Wątpliwości Zamawiającego zrodziły się pod wpływem informacji uzyskanej od jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie, który wskazywał, że zaoferowana przez Przystępującego cena jednostkowa w poz. 13 w zdaniu nr 43 na poziomie 0,01 zł netto za sztukę wyrobu M. S. V nr (...), wydaje się być ceną nierealną i nie gwarantującą wykonania przez A. zamówienia.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego Odwołujący złożył żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia (pismo z dnia 3 kwietnia 2017 r.), w których twierdził, że zaproponowana cena w pozycji 13 została skalkulowana jedynie jako element składowy, nie stanowiący znaczącej części ceny całego zadania 43.

Przystępujący oświadczył, że cena całego zadania została wyliczona z należytą starannością, jest zgodna z interesem ekonomicznym firmy i spełnia nasze oczekiwania w

zakresie osiągnięcia satysfakcjonującego zysku. Cena wszystkich pozycji łącznie obejmuje wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia, w tym: koszty zakupu, załadunku, rozładunku, odprawy celnej, opakowania, transportu, ubezpieczenia i podatku VAT, a także zastosowane rabaty i upusty finansowe.

W treści pisma wykonawca A. przede wszystkim wyjaśniał, że zaoferowana cena jednostkowa w formularzu cenowym w zadaniu 43 w poz. 13 za wyrób M. S. V nr (...) wynika z dużych stoków magazynowych, powstałych w naszej firmie na skutek przegranych przetargów w innych placówkach, wynika z oszczędności metody wykonania zamówienia, oraz wynika z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy jakim jest nasza firma, podyktowana jest również chęcią udzielenia rabatu dla Regionalnego Szpitala Specjalistycznego w G. w zakresie zadania 43 i pozostałych pozycji w nim się znajdujących.

Ponadto Przystępujący podkreślał, że zaproponowana cena jednostkowa w zadaniu nr 43 poz.13 gwarantuje należyte wykonanie przez firmę zamówienia po podpisaniu umowy, ponieważ dysponuje potencjałem 40 070 szt. produktu M. S. V nr (...), na stan z dnia 03.04.2017, który otrzymał do działań promocyjnych. Na dowód występowania ww. okoliczności Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wydruk z systemu magazynowego, w którym dla produktu M. S. V nr (...) na dzień 03.04.2017 w kolumnie „Zapasy” podano ilość 40.070 szt.

Izba oceniła przytoczoną powyżej treść wyjaśnień, złożonych przez wykonawcę A. wraz z dowodami i uznała je za jasne, logiczne i wiarygodne a także w zupełności wystarczające. Natomiast dowód w postaci wydruku ze stanów magazynowych Przystępującego potwierdza okoliczności opisane w wyjaśnieniach wykonawcy A.. Izba stwierdziła, że podane powyżej okoliczności, opisane przez wykonawcę, uzasadniają obniżenie ceny produktu M. S. V. Wobec tego Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego, który uznał wyjaśnienia Przystępującego za prawidłowe i nie odrzucił jego oferty.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę A. są ogólnikowe i nie zostały poparte dowodami. W tym miejscu należy wskazać, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wprost wskazał powody obniżenia ceny produktu M. S. V (poz. 13), odnoszące się do posiadanych przez niego stanów magazynowych, co zostało potwierdzone przez wykonawcę dowodem w postaci wydruku z systemu magazynowego, który potwierdzał posiadanie przez Przystępującego znacznych zapasów produktu M. S. V nr (...). Powyższe wpisuje się w wyjaśnienia wykonawcy A., który podnosił, że w związku z tym, że firma jest zainteresowana wdrażaniem nowych technologii to jest zainteresowana pozbyciem się obszernych stanów magazynowych ww. produktu

Poza tym nie sposób pominąć twierdzeń Przystępującego, który zarówno w piśmie z dnia 3 kwietnia 2017 r. jak również w toku rozprawy zwracał uwagę na pomocniczość produktu jakim jest M. S. V, który nie może być samodzielnie stosowany, ponieważ jest potrzebny do podania leku. Tym samym Izba uznała, że rację ma Przystępujący, który twierdził, że nie jest to produkt, który jest zamawiany i stosowany odrębnie od pozostałych wskazanych w zadaniu nr 43.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy za istotne, mające również wpływ na wysokość ceny produktu, należy uznać także twierdzenia Przystępującego, który wskazywał, że Zamawiającemu w tym zakresie udzielono rabatu, ponieważ z perspektywy wykonawcy mieni się on istotnym klientem.

Izba również dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, odnoszącym się opisanych powyżej dowodów, przedłożonych przez Odwołującego, w których wykonawca A. twierdził, że oferta Przystępującego skierowana do Szpitala na zapytanie z dnia 9 maja 2017 r. stanowi swoisty „zakup interwencyjny”, który nie może być pod względem warunków traktowany tak samo jak zakup w trybie przetargowym. Ponadto w pozycji 11 zaoferowano inny produkt niż ten oferowany w ramach rozpoznawanego postępowania, bo jest to co prawda M. S. ale typu „Plus”. Potwierdza to oznaczenie produktu a także numer katalogowy (...). W związku z tym cena tego produktu jest wyższa od produktu oferowanego w ramach omawianego postępowania. Natomiast w zakresie dowodu pochodzącego z do wyjaśnień firmy A. z dnia 27

maja 2017 r. to Przystępujący oświadczył, że zostały one wycofane przez wykonawcę w tym postępowaniu. W związku z tym należy traktować je jako niebyłe.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy.

Izba nie potwierdziła również słuszności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A., której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy znk. W ocenie Izby zgłoszony zarzut należy uznać za bezzasadny.

Odwołujący twierdził, że złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 43 przez A., stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na fakt, że przedmiot zamówienia zaoferowany w pozycji nr 13 zadania nr 43 o nazwie handlowej M. S. V w cenie jednostkowej netto 0,01 zł za sztukę, spowodował obniżenie całkowitej wartości zadania nr 43 i tym samym oferta ta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przy zastosowaniu przyjętych kryteriów oceny ofert.

W omawianym zakresie Izba nie dopatrzyła się w działaniach Przystępującego działań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, które naruszałby interes innego przedsiębiorcy lub klienta, skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba wskazuje, że w tym obszarze aktualne pozostaje również stanowisko Izby przedstawione w obszarze rozpoznania zarzutów dotyczących występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej.

Podsumowując, analiza zarzutów zawartych w odwołaniu nie wykazała naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

.....