

Sygn. akt: KIO 1253/18

WYROK

z dnia 9 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 lipca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018r. przez **wykonawcę IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Niemczech w Düsseldorfie, Martin-Luther Platz 26** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36**

przy udziale **TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiernicza 84** zgłaszający swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1253/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej i naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**
3. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Niemczech w Düsseldorfie, Martin-Luther Platz 26 i :**
 - 3.1. **Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Niemczech w Düsseldorfie, Martin-Luther Platz 26 tytułem wpisu od odwołania**

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 **Krakowie**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatu do radioterapii śródoperacyjnej wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 stycznia 2018r. za numerem 2018/S 020-041228.

W dniu 14 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej przystępujący.

W dniu 25 czerwca 2018r. odwołanie wniósł wykonawca IntraOp Europe GmbH z siedzibą w Niemczech w Düsseldorfie – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 marca 2018r. udzielonego przez dyrektora zarządzającego ujawnionego w Rejestrze Handlowym Sądu Rejonowego w Düsseldorfie. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 czerwca 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, przez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Wniosek, co do rozstrzygnięcia:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty przystępującego ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę;
- 3) nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w ustawy, w szczególności uczciwej konkurencji;
- 4) zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964) oraz rozporządzeniem 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).

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i spełnia wszystkie wymogi zawarte w siwz. W świetle kryteriów określonych w siwz oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez odwołującego przez wybór oferty przystępujący naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz utratę wynikającego stąd przychodu.

Z zawiadomienia dotyczącego wyniku postępowania, doręczono odwołującemu w dniu 14

czerwca 2018 r. wynika, iż jako najkorzystniejszą w postępowaniu pt.: Dostawa aparatu do radioterapii śródoperacyjnej wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu (Nr sprawy: NSSU.DFP.271.5.2018.AB) wybrano ofertę złożoną przez przystępującego.

W piśmie z dnia 14 czerwca 2018 r. zamawiający stwierdził, że oferta przystępującego z ceną 3 280 000,00 zł brutto jest ofertą najkorzystniejszą.

Szacunkowa całkowita wartość zgodna z ogłoszeniem to: 5 913 143,63 zł netto (ok. 6 386 195 zł brutto)

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę: 6 394 000,00 zł brutto.

Wykonawca przystępujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania podzielonego na dwa etapy, tj. składania ofert oraz aukcji elektronicznej złożył ofertę z ceną:

6 278 661,00 zł brutto, którą w wyniku aukcji elektronicznej obniżył na 3 280 000,00 zł brutto, która stanowi zaledwie 52,24% pierwotnie zaoferowanej ceny oraz 51,30% kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Co więcej, stanowi ona zaledwie 51,36% szacunkowej całkowitej wartości zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. zwrócił się o wyjaśnienie (w tym złożenie dowodów) dotyczących wyliczenia ceny tj. czy w ofercie przystępującego nie znajduje się rażąco niska cena lub jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący w odpowiedzi datowanej na 11 czerwca 2018 r. podkreślił, że pierwotnie zaoferowana cena zawierała „margines” na obniżenie ceny w toku aukcji elektronicznej, oraz że postąpienia firm były symetryczne (cokolwiek miałyby to oznaczać).

Powyższe twierdzenia, zdaniem odwołującego, niczego nie wykazują i nie mogą zmienić faktu, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę i podlegać powinna odrzuceniu.

Teza zawarta w piśmie przystępującego, iż „Ostateczna cena firmy przystępującego jest wyższa niż oferta konkurencyjna, zatem nie spełnia przesłanek, o których mowa w przepisie art. 90 ust. 1a Ustawy Prawo zamówień publicznych” jest dla odwołującego, tyleż zaskakująca, co oczywiście błędna w świetle treści przytoczonego przepisu.

Przystępujący oparł swoje „wyjaśnienie” na (skądinąd nieudowodnionych) ogólnikach, nie udzielając w istocie żadnych wyjaśnień i podniósł w szczególności:

- 1) posiadanie własnego zaplecza technicznego,
- 2) posiadanie wprowadzonego systemu zarządzania jakością, wpływającego m.in. na wydajność pracy oraz obniżenie kosztów pracy,
- 3) fakt pozostawania jedynym dystrybutorem sprzętu Sordina IORT Technologie S.p.A, a w związku z tym unika pośredników oraz sam kształtuje politykę cenową,
- 4) zatrudnianie własnych pracowników, w tym serwisantów, w oparciu o stawki niższe niż dyktowane przez podmioty zewnętrzne; przystępujący wskazuje, że pracownicy ci otrzymują wyższe wynagrodzenia niż minimalne stawki wynagrodzenia,

5) ofertuje nowe urządzenie LIAC HWL 12 MeV, w konkurencyjnej do innych wykonawców cenie,

6) przystępujący samodzielnie wykonuje dostawę, instalację, usługi serwisowe i gwarancyjne (powtarza dalej, argumentację j. w.),

Na zakończenie przystępujący oświadczył, że cena brutto oferty zawiera wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Poza poświadczeniem za pomocą przedłożonych dokumentów, że przystępujący posiada certyfikat ISO 9001:2008 (nie wynika z niego nota bene aby mógł mieć jakikolwiek wpływ na cenę) i jedynym przedstawicielem Sordina IORT Technologie S.p.A nie przedstawia żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Wyjaśnienia zawarte w pkt 1-3 i 5-6 nie zawierają żadnej istotnej treści mogącej służyć wyjaśnieniu podstaw kalkulacji ceny i potwierdzeniu, że nie jest ona rażąco niska.

W pkt 4 przystępujący wskazuje, że jego pracownicy otrzymują wyższe wynagrodzenia niż minimalne stawki. Prawdą jest, że w związku z przyjętą przez Sejm w lipcu 2017 r. zmianą ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę od 1 stycznia 2017 r. ci, którzy pracują na umowę o pracę otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę, a pracujący na umowy cywilno-prawne minimalną stawkę godzinową, nie zmienia to jednak faktu, że w kalkulacji wynagrodzenia za pracę specjalistów zajmujących się skomplikowanymi technologicznie urządzeniami, jakimi są aparaty do radioterapii śródoperacyjnej, i które mają być przez nich zainstalowane, uruchomione, a następnie którzy mają przeszkolić personel zamawiającego, przystępujący nie mógł rozsądnie uznać, że mogą oni zarabiać najniższe wynagrodzenie za pracę, tj. 2100 zł brutto (takie należy zakładać bo przystępujący pomimo, że stwierdził, że płaci więcej niż ta kwota, nie wskazał ile). Przystępujący nie przedstawił wyliczeń co do wpływu nieokreślonego wynagrodzenia pracowników na jego ofertę.

W ocenie odwołującego, przystępujący w istocie nie przedstawił wyjaśnień (co więcej nie może być mowy o udowodnieniu jakiegokolwiek istotnej okoliczności), spółka ta jest po prostu dystrybutorem urządzeń zagranicznego producenta.

„Wyjaśnienia” przystępującego dla odwołującego są nie do przyjęcia, a w związku z tym zamawiający powinien zastosować art. 90 ust. 3 ustawy i odrzucić ofertę przystępującego.

Wskazał na wyrok z dnia 7 listopada 2017 (sygn. akt KIO 2221/17) i przytoczył brzmienie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

W niniejszej sprawie porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z ofertą przystępującego zdaniem odwołującego potwierdza, że przystępujący zaoferował rażąco niską cenę. Niemniej dodatkowo warto mieć na względzie również ceny proponowane przez rynek (które potwierdzają złożenie przez przystępujący oferty z rażąco niską ceną).

Wskazał na wyroki: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2016 r.; KIO 820/16,

wyrok z dnia 7 czerwca 2016 r. (Sygn. akt KIO 846/16 oraz na pismo Urzędu Zamówień Publicznych, w sprawie rażąco niskiej ceny w świetle obowiązujących po wejściu 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) - (Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji; www.uzv.gov.pl).

Odwołujący dokonał przeglądu rynkowych cen aparatów do radioterapii śródoperacyjnej. Ceny takich samych urządzeń, co urządzenie zaoferowane przez przystępujący - tj. urządzeń LIAC HWL 12 MeV włoskiego producenta S.I.T. Sordina IORT Technologies S.p.A., dostarczanych przez ww. włoskiego producenta (zwanego w tabelce: „Sordina”) albo jego dystrybutorów w przetargach na terenie Unii Europejskiej przedstawiają się następująco:

W roku 2018 w Santander w Hiszpanii Sordina sprzedała akcelerator za cenę netto 960 000 euro, Na przełomie 2017/2018 w Antwerpii w Belgii Sordina sprzedała akcelerator za cenę netto 1 036 000 euro, w 2016 w Graz w Austrii Intramed Handels GmbH – dystrybutor sprzedał akcelerator za cenę netto 1 090 000 euro, w 2017r. w Lublinie TMS dystrybutor sprzedał akcelerator za cenę netto 1 061 325 euro plus akcesoria za cenę 9 185 i w 2018r. w Krakowie TMS zaoferował akcelerator za cenę 520 542 euro plus akcesoria za 182 852 euro.

W załączeniu odwołujący przedstawił dokumenty potwierdzające wskazane ceny.

Po dodaniu wartości VAT powyższe kwoty wyglądają następująco:

- 1) Santander - kwota netto 960 000,00 EUR, kwota brutto 1 161 600,00 EUR tj. 4 994 880 zł.
- 2) Antwerpia - kwota netto 1 036 000 EUR, kwota brutto 1 253 560,00 EUR tj. 5 390 308 zł
- 3) Graz - kwota netto 1090 000, kwota brutto 1 318 900,00 EUR tj. 5 671 270 zł.

Jako dowody powołał:

- 1) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia - Hiszpania- Santander: aparatura do mammografu, 2018/S 019-039113 - wraz z tłumaczeniem,
- 2) zaświadczenie z dnia 21 czerwca 2018 r. dotyczące przetargu rozstrzygniętego przez szpital GasthuisZusters Antwerpen - wyników postępowania dotyczącego zakupu urządzenia do radioterapii śródoperacyjnej wiązką elektronów (Ref: GZA/FDG/IORT/20170828) - wraz z tłumaczeniem,
- 3) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia - Austria - Graz: Akceleratory liniowe, Dziennik Urzędowy /S SI66 z 30/08/2016, 299432-2016-DE, 2016/S 166-299432 - wraz z tłumaczeniem,
- 4) informacja o ofertach złożonych w postępowaniu pt.: „Dostawa akceleratora śródoperacyjnego (mobilnego) dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie ”

(EO/ZR1W2722/XLI/17).

Wykaz powyższych pozycji zdaniem odwołującego jednoznacznie wskazuje na rażące zaniżenie ceny przez przystępujący w postępowaniu pt.: Dostawa aparatu do radioterapii śródoperacyjnej wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu (Nr sprawy: NSSU.DFP.271.5.2018.AB).

Wykonanie ww. zamówienia przez przystępujący jest niemożliwe bez poniesienia straty.

Dodatkowo odwołujący wskazał okoliczność, która powoduje że cena zasadniczego składnika - aparatu do radioterapii śródoperacyjnej LIAC HWL 12 MeV jest w istocie jeszcze niższa w porównaniu do ww. postępowań. Otóż zamawiający w przedmiotowym przetargu objął przedmiotem zamówienia również dodatkowe akcesoria/urządzenia, które nie są aparatem do radioterapii śródoperacyjnej i nie były przedmiotem ww. postępowań w UE..

Dodatkowe akcesoria wskazano w "Opisie przedmiotu zamówienia", który stanowi Załącznik nr 1a do siwz:

1. przyrządy dozymetryczne, które zostały w Załączniku nr 1a wspólnie określone jako "Pozostałe" (pkt 38), a składają się de facto z 2 urządzeń (pkt 39 i 40) oraz dokumentacji (41);

2. urządzenie do radionawigacji śródoperacyjnej z akcesoriami (pkt 42 - 75).

Ceny „dodatkowych akcesoriów” są znaczne, wynoszą ok. 182 852 EUR netto tj. 786 263 zł netto. Samo urządzenie Sentinella Suite 120 + WPROBE COMBO oferowane przez Wolfmed sp. z o.o. kosztuje 537 840 zł brutto.

Jako dowód powołał ofertę Wolfmed dla odwołującego.

Z „materiałów firmowych” załączonych przez przystępującego do oferty na podstawie pkt 6.5.1.1. siwz wynika, że również przystępujący zaoferował właśnie urządzenie Sentinella od spółki Wolfmed sp. z o.o

Jako dowód powołał wyciąg z materiałów firmowych załączonych przez przystępującego do oferty.

Kolejnym przykładem kosztów „dodatkowych akcesoriów” - na kwotę 6 426 EUR może być urządzenie oferowane przez Canberra Poland stanowiące element oferty w postępowaniu.

Jako dowód powołał ofertę Canberra Packardsp. z o.o.

W ocenie odwołującego, oferta przystępującego powinna być odrzucona.

Powinno to nastąpić również z uwagi na wykazane oczywiste i widoczne różnice w cenach zaoferowanych przez przystępującego oraz cenach rynkowych (w tym cenach producenta akceleratora śródoperacyjnego będącego przedmiotem zamówienia), a także z uwagi na okoliczność, że w zamian za zaoferowaną przez przystępującego cenę, nie jest możliwe wykonanie zamówienia opisanego w siwz, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W dniu 25 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 czerwca 2018r. przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a czynności zamawiającego zostały dokonane zgodnie z prawem. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji przystępującego, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 26 czerwca 2018r.

W dniu 29 czerwca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że w dniu 27 maja 2018r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z wnioskiem odwołującego.

Zamawiający w toku postępowania przetargowego wezwał TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i IntraOp Europe GmbH do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Złożone wyjaśnienia zdaniem zamawiającego nie mogą prowadzić do jednoznacznego wniosku, że zaoferowana przez firmę TMS cena zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia nie są wystarczające i wymagają sprecyzowania. W dniu 27 czerwca 2018r. zamawiający zwrócił się do wykonawców o poszerzenie zakresu informacji przekazanych zamawiającemu w zakresie podstaw kalkulacji kosztów oraz wskazanie czynników wpływających na obliczenie zaoferowanej ceny. O kolejnych czynnościach zamawiający będzie informował wykonawców po dokonaniu analizy nadesłanych wyjaśnień.

W dniu 3 lipca 2018r. zamawiający doprecyzował odpowiedź na odwołanie w ten sposób, że oświadczył, iż uwzględnił w części zarzuty odwołania tj, w zakresie wniosku odwołującego o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający wskazał, że wnioski zawarte w pkt. 2 i 3 odwołania pozostają bezprzedmiotowe wobec powtórzenia przez zamawiającego w dniu 27 czerwca 2018r. czynności wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej.

Na rozprawie zamawiający doprecyzował, że uwzględni zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 i 7 ust. 1 ustawy w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z wniosku o wszczęcie postępowania, protokołu postępowania, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy skierowanych do TMS i odwołującego, udzielonych wyjaśnień, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odpowiedzi na odwołanie, wezwania do dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, informacji z dnia 27 czerwca 2018r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dowodów

dołączonych do odwołania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wyszacował wartość zamówienia na kwotę netto 285 130 718, 95zł. Wartość aktualnie udzielanej części wynosi netto 5 913 143, 63zł.

Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 6 394 000zł.

Do upływu terminu składania ofert złożono oferty:

TMS za cenę brutto 6 278 661,00zł.

Odwołującego za cenę 5 706 490zł. netto

Za ofertę najkorzystniejszą po aukcji elektronicznej zamawiający uznał ofertę TMS z ceną 3 280 000zł., odwołujący zaoferował cenę 3 075 000zł.

W dniu 7 czerwca 2018r. zamawiający wezwał TMS i odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień z przytoczeniem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

W dniu 11 czerwca 2018r. TMS odpowiedział, że postępowanie było dwuetapowe za zastosowaniem aukcji elektronicznej. Na I etapie złożono dwie oferty :

TMA z ceną 6 278 661 i odwołującego z ceną 6 163 982,70zł. brutto. W II etapie ceny ukształtowały się następująco:

TMS odwołujący brutto 3 075 000zł. (cena oszacowana na podstawie matematycznej kalkulacji) i TMS 3 287 011,00 brutto. Pierwotna cena TMS uwzględniała margines na obniżenie ceny w toku licytacji. Przystąpienia firm były symetryczne, o czym świadczy analiza historii postępowań. Ostateczna cena TMS jest wyższa niż odwołującego i stanowi bilans sprzyjających warunków cenotwórczych wykonania zamówienia:

1. posiadania własnego zaplecza technicznego,
2. posiadania wprowadzonego systemu zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na wzrost wydajności pracy pracowników, co przekłada się na obniżenie kosztów pracy. Wykonawca jest jedynym dystrybutorem sprzętu S.I.T. – Sordina IORT Technologies S.p.A na Polskę, co powoduje, że wykonawca samodzielnie kształtuje swoją politykę cenową, a nadto znacznie obniża koszty przez unikanie konieczności korzystania z pośrednictwa innych podmiotów, co ma miejsce w przypadku większości podmiotów z branży.
3. Zatrudnianiu własnych pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od stawek dyktowanych przez podmioty zewnętrzne i w ten sposób zmniejszaniu kosztów prac w stosunku do kwot ogólnie przyjętych za tego rodzaju zamówienia, Pracownicy wykonawcy TMS Sp. z o.o. są osobami wyszkolonymi, zapewniającymi wykonawcy własny potencjał w wykonaniu zobowiązania w zakresie serwisu, w tym radioterapii śródoperacyjnej. Uprawnienia i doświadczenie tych pracowników potwierdzone są stosownymi certyfikatami oraz szkoleniami, W konsekwencji

wykonawca TMS Sp. z o.o. nie musi korzystać z potencjału innych podmiotów w tym zakresie. Pracownicy otrzymują wynagrodzenie przekraczające minimalne stawki wynagrodzenia wymagane w określonych przepisach prawa.

4. Zaoferowaniu produktu nowego nierekondycjonowanego. Oferowany przez wykonawcę TMS Sp. o.o. przedmiot zamówienia - aparat do terapii śródoperacyjnej LIAC HWL 12 Mel/ -przez zaawansowane technologicznie rozwiązania producenta jest oferowany w cenie konkurencyjnej w stosunku do podobnych sprzętów tego typu innych wykonawców. Rozwiązania wykorzystywane w oferowanym systemie wpływają również w sposób istotny na skrócenie czasu instalacji, co przekłada się bezpośrednio na zredukowanie kosztów instalacji.
5. Wykonawca wykonuje samodzielnie dostawę, instalację usługi serwisowe i gwarancyjne oferowanego przez siebie sprzętu- i posiada stosowne certyfikaty i pełnomocnictwa na wyłączne świadczenie takich usług na terenie Polski. W konsekwencji koszt oferowanego przez wykonawcę TMS Sp. 0,0, sprzętu jest atrakcyjny cenowo, ponieważ nie zawiera dodatkowych kosztów. TMS Sp. z o.o. korzysta również z bardzo atrakcyjnej polityki cenowej, z uwagi na fakt, iż jest jedynym dystrybutorem sprzętu SI. T. Sordina IORT Technologies SprA., i autoryzowanym przedstawicielem S.I.T, - Sordina IORT Technologies S.p A., w Polsce. W konsekwencji koszt serwisu skalkulowany w cenie zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, nie zawiera dodatkowych kosztów podwykonawców lub pośredników, bowiem wykonawca TMS Sp. o.o. kosztów takich nie ponosi, posługując się wyłącznie własnym potencjałem lub współpracując bezpośrednio z producentem. Wykonawca podnosi, iż pracownicy wykonawcy posiadają stosowną wiedzę oraz doświadczenie poparte szkoleniami i certyfikatami uzyskanymi od S.I.T. - Sordina IORT Technologies S.p.A., a w konsekwencji mają możliwość wykonania wszelkich prac i czynności serwisowych samodzielnie, w ramach zatrudnienia u wykonawcy, bez konieczności posługiwania się podmiotami zewnętrznymi lub prowadzenia konsultacji lub współpracy z przedstawicielami producenta lub pośrednika,

Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę TMS Sp. o.o. konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie TMS oświadczył, że cena brutto oferty zawiera wszelkie niezbędne koszty realizacji zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez zamawiającego oraz uwzględnia marżę zapewniającą wykonawcy, firmie TMS Sp. z o.o. minimalny zysk na poziomie 7%, jak również ustawowe stawki VAT.

Wykonawca TMS Sp. o.o. wskazał również, że cena wskazana w ofercie nie przekracza progu 30%, o którym mowa w przepisie art. 90 ust 1a Ustawy Prawo zamówień publicznych,

ponieważ jest wyższa niż ostateczna oferta drugiego Wykonawcy, co w konsekwencji dowodzi, że cena ta jest rzeczywista i mieszcząca się w rozsądnych granicach, umożliwiających wykonanie zobowiązania. TMS Sp. z o.o.

Do wyjaśnień TMS załączył oświadczenie firmy Sordina IORT, że TMS jest jej wyłącznym dystrybutorem i autoryzowanym serwisem na Polskę. Złożył także certyfikat ISO 9001:2008.

W dniu 13 czerwca 2018r. odwołujący wskazał, że jest w trakcie planowania zwiększenia możliwości produkcyjnych, w celu ułatwienia zaspokajania coraz wyższego globalnego zapotrzebowania na produkty odwołującego. W rezultacie przyszłego rozwoju, odwołujący przewiduje, że jego koszty mogą być niższe w przyszłości z uwagi na większe korzyści skali w produkcji. Cena została wyliczona z uwzględnieniem powyższych okoliczności.

Zamawiający sporządził notatkę służbową, z której wynika, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez obu wykonawców, uznał je za wiarygodne i wiążące. Obaj wykonawcy zakończyli licytację elektroniczną na podobnym pułapie cenowym, co dodatkowo uwiarygadnia zaoferowane ostatecznie kwoty i faktyczną wartość sprzętu. Ponadto obaj wykonawcy w wiarygodny sposób uzasadnili i przedstawili dodatkowe okoliczności wpływające na zaproponowaną cenę, które zamawiający uznał za racjonalne i pozwalające na realizację zamówienia w sposób opisany w siwz. Na wyniki aukcji wpływ miała także siwz, która w sposób równy i obiektywny dopuściła obie dostępne na rynku technologie, przez co zmuszono wykonawców do konkurencji zwłaszcza w kryterium cenowym.

W dniu 27 czerwca 2018r. zamawiający oświadczył, że unieważnia wybór oferty najkorzystniejszej oraz czynność przekazania zawiadomienia o tej czynności.

Zamawiający w dniu 27 czerwca 2018r. wezwał TMS do poszerzenia zakresu informacji przekazanych zamawiającemu.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 2018/S 019-039113 dla Hiszpanii Santander: aparatura do mammografii w ramach części 4 za najkorzystniejszą uznano ofertę SIT Sordina S. p. A. z Włoch za cenę 960 000 Euro.

Z zaświadczenia odwołującego z dnia 21 czerwca 2018r. wynika, że w zamówieniu szpitala GasthuisZusters Antwerpen najwyższą ilość pkt. 35 otrzymał IntraOp Medical Corporation z ceną 1035 098 euro netto, zaś Sordina IORT otrzymała 33,45 pkt, co oznacza, że jej oferta była prawdopodobnie wyższa.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 2018/S 166 – 299432 Austria-Graz: akceleratory liniowe wynika, że zamówienie uzyskał Intramed Handels GmbH za cenę 1 090 000 euro bez VAT.

Z informacji o otwarciu ofert na przebudowę i rozbudowę Samodzielnego Publicznego

Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie wynika, że TMS złożył ofertę z ceną 4 994 445zł. i terminem gwarancji 60 miesięcy.

Z oferty TS 33/03/2018 udzielonej przez Wolfmed sp. z o.o. odwołującemu wynika, że urządzenie o nazwie Sentinella Suite 102 + Wprobe Combo zostało zaoferowane odwołującemu za cenę brutto 538 758zł.

Z oferty Canberra Packard nr PL/1854020/7/PL wynika, że źródło kontrolne do komór płaskich zostało odwołującemu zaoferowane za cenę 11 930 euro netto.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstaw z art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, oraz że może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego i temu uwzględnieniu nie sprzeciwiał się przystępujący. Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy, który stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Przepis art. 186 ust. 4a ustawy nie odnosi się wprost do sytuacji, w której po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, ale nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, jednakże regulacja całego art. 186 ustawy do tej konkretnej sytuacji procesowej w żadnym miejscu się nie odnosi, zatem konieczne stało się wypełnienie powyższej luki prawnej przepisem ustawy najbardziej zbliżonym do zaistniałej sytuacji procesowej. Ta sytuacja przedstawia się bowiem z następujący sposób, wprawdzie przystępujący przystąpił po stronie zamawiającego, który wbrew interesowi przystępującego uwzględnił jeden z postawionych przez odwołującego zarzutów, a więc usunął spór pomiędzy zamawiającym i odwołującym, a jednocześnie przystępujący nie bronił swego interesu przez wniesienie sprzeciwu wobec uwzględnienia częściowego zarzutów. W ocenie Izby to zdarzenie procesowe jest zbliżone do hipotezy art. 186 ust. 4a ustawy o braku

przystępującego, który gdy nie przystąpi także nie chroni swojego interesu. Dlatego Izba nie skierowała uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu do rozpoznania na rozprawie stosując dyspozycję art. 186 ust. 4a ustawy. W tym stanie rzeczy konieczne stało się rozstrzygnięcie o częściowym umorzeniu postępowania na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy, biorąc także pod uwagę wytyczne Sądu Najwyższego, że sentencja orzeczenia Izby powinna odnosić się do całości odwołania wykonawcy. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17, a także w wyrokach sygn.. akt KIO 1908/17 i KIO 2448/17.

Ponadto zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach, - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Dodatkowo pominięcie postanowienia o umorzeniu postępowania w sentencji wyroku, może prowadzić do sytuacji pozbawienia stron lub uczestnika postępowania prawa do sądu. Przykładowo na czynność częściowego umorzenia jak w niniejszej sprawie przysługuje

bowiem sprzeciw wykonawcy, zawarcie zatem jedynie w uzasadnieniu wyroku informacji o uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów w części, przy jednoczesnym nieprawidłowym ustaleniu przez Izbę, że nie został wniesiony sprzeciw, powoduje, że uczestnik postępowania zostaje pozbawiony możliwości eliminacji tego błędu proceduralnego Izby w drodze kontroli instancyjnej, gdyż w sentencji orzeczenia brak jest substratu zaskarżenia. Natomiast w sytuacji, gdy Izba w wyroku postanowieniem częściowym umorzy postępowanie, mimo skutecznego wniesienia sprzeciwu, uczestnikowi prawo skarżenia tej części orzeczenia będzie w ocenie Izby przysługiwało.

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, ma charakter merytoryczny. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 sentencji ma charakter formalny, gdyż dotyczy umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów w części nie objętej sprzeciwem, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, przez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zarzut został częściowo tj. w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy uwzględniony przez zamawiającego i uwzględnieniu temu przystępujący się nie sprzeciwiał. Tym samym zarzut w tej części nie podlegał rozpoznaniu, a Izba umorzyła postępowanie odwoławczego w tym zakresie w pkt. 1 sentencji orzeczenia. Izba podtrzymuje całość swojej argumentacji podniesionej przy rozpoznaniu zarzutu poprzedzającego. Zamawiający nie uwzględnił, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy przez brak odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. W tym zakresie zatem z mocy art. 186 ust. 4 a ustawy Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie i po przeprowadzeniu postępowania dowodowego ustaliła, że zamawiający uznał wyjaśnienia przystępującego i odwołującego za nieświadczące o istnieniu ceny rażąco niskiej, jednak na skutek wniesionego odwołania ponowił czynność badania obu ofert i wezwał przystępującego i odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień. Tym samym na moment orzekania czynność badania ofert nie została zakończona, a oferta przystępującego nie została oceniona. Biorąc pod uwagę treść art. 191 ust. 2 ustawy, Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Jednocześnie zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy w przypadku wniesienia

odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku. Natomiast nie istnieją przepisy ustawy, które nakazywałyby zamawiającemu powstrzymać się z dokonywaniem innych czynności w postępowaniu czy też dokonywaniem czynności zaniechanych, czy wreszcie powtarzaniem czynności dokonanych wadliwie. W niniejszej sprawie zatem stan rzeczy ustalony w toku postępowania jest taki, że zamawiający nie zakończył badania ofert i nie przesądził o ich skuteczności. Tym samym nie można na moment orzekania rozważać zaniechania zamawiającego, gdyż na obecnym etapie nie ma ono miejsca. Izba odnosząc się merytorycznie do postawionego zarzutu oceniła, że na rozprawie przystępujący w zdaniu końcowym stwierdził, że wypracowane w ostatnim roku warunki współpracy z firmą Sordina IORT, w tym marże i udzielane opusty pozwoliły przystępującemu na zaoferowanie ceny, z którą zakończył aukcję elektroniczną. Jednocześnie jako wyjątkowo sprzyjające przystępującemu okoliczności przystępujący podał fakt, iż jest wyłącznym dystrybutorem i autoryzowanym serwisantem Sordina na rynek Polski. Fakt ten przez przystępującego został udowodniony przez złożenie oświadczenia przez producenta potwierdzającego tę okoliczność. Faktem jest, że przystępujący nie przedłożył jakiegokolwiek oferty cenowej od Sordina na zaoferowany sprzęt, ani kalkulacji kosztów serwisu, tym samym niemożliwe było stwierdzenie, czy rzeczywiście warunki współpracy pozwalają przystępującemu na realne zaoferowanie ceny. Nie mniej jednak zamawiający prawidłowo ocenił, że mimo braku ofert cenowych, przystępujący nie uchylił się od obowiązku wskazania na czynniki korzystne dla niego kształtujące cenę i fakt istnienia tych czynników udowodnił. Tym samym w ocenie Izby nie można uznać złożonych wyjaśnień za niezłożone, gdyż odnoszą się do rzeczywistej okoliczności, która może mieć wpływ na cenę, jak również udowadniają istnienie tej okoliczności. Tym samym w ocenie Izby słusznie zamawiający doszedł do przekonania, że konieczne jest ustalenie w jaki sposób korzystna dla przystępującego okoliczność przekłada się na wysokość zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby wyjaśnienia w tym zakresie nie są gołosłowne, ale niepełne. Tym samym zaistniała podstawa do ustalenia przez zamawiającego brakujących okoliczności w trybie wezwania do uzupełniających wyjaśnień tak w zakresie kosztów dostawy jak i serwisu. Analogiczna sytuacja dotyczy ponoszonych przez przystępującego kwestii organizacyjnych związanych z działalnością przystępującego. W tym przypadku także przystępujący wskazał na to, że korzystną dla niego okolicznością jest wprowadzenie systemu pozwalającego na usprawnienie organizacji pracy w sposób pozwalający na wzrost wydajności pracy pracowników. Okoliczność wdrożenia tego systemu także udowodnił składając certyfikat ISO i podobnie jak w pierwszym analizowanym przypadku nie wykazał, jakiego rzędu oszczędności osiąga w związku z przeprowadzonym wdrożeniem. Ponownie zatem Izba doszła do przekonania, że odwołującego twierdzenia o posiadaniu systemu zarządzania jakością nie były gołosłowne i mogły się przekładać na cenę, ale przystępujący nie wykazał

w jaki sposób następuje to przełożenie. Tym samym ponownie należało uznać, że wyjaśnienia zostały złożone ale są niepełne. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo ocenił, że wyjaśnienia zostały złożone, choć nieprawidłowo ocenił na moment wnoszenia odwołania, że są one wyczerpujące. Tym samym na datę podejmowania czynności przez zamawiającego nie można było uznać, że ofertę przystępującego należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy. Obecnie jednak taka konstatacja nie ma znaczenia dla wyniku postępowania, który został uchylony przez zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: