

WYROK

z dnia 5 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie **4 września 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **21 sierpnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Maquet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu medycznego dla Oddziału Anestezjologii i intensywnej Terapii w ramach realizacji inwestycji „Rozbudowa budynku nr 1 na potrzeby Zintegrowanego bloku operacyjnego w 4.WSK z Polikliniką* (nr postępowania 2/ZP/2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy: **Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu 4. Wojskowemu Szpitalowi Klinicznemu z Polikliniką we Wrocławiu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie przyznania 4 pkt za spełnienie parametru z pkt 408 opisu przedmiotu zamówienia, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**
- 2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża przystępującego Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Maquet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- 3.2. zasądza od **przystępującego Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego Maquet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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 we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką we Wrocławiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa sprzętu medycznego dla Oddziału Anestezjologii i intensywnej Terapii w ramach realizacji inwestycji „Rozbudowa budynku nr 1 na potrzeby Zintegrowanego bloku operacyjnego w 4.WSK z Polikliniką* (nr postępowania 2/ZP/2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_088 pod poz. 171689-366585 6 maja 2017 r., Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.4wsk.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 sierpnia 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu Maquet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Maquet”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w części nr 2 zamówienia {dalej również: „pakiet nr 2”} – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Medtronic”}.

21 sierpnia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności oraz zaniechania odrzucenia oferty Medtronic.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp: {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust 1 i 3 – przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez zaniechanie odrzucenia oferty Medtronic i uznanie, że stanowi ona najkorzystniejszą ofertę, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty

Medtronic wobec niemożności dokonania jej oceny w ramach kryterium serwisu pogwarancyjnego w związku z brakiem podania za niektóre aspekty oceniane w ramach tego kryterium jakiegokolwiek ceny, co uniemożliwia przydzielenie punktów zgodnie ze sposobem oceny określonym SIWZ.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Medtronic, pomimo że ceny podane dla świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego są nierealne i nie pokrywają wszystkich kosztów niezbędnych dla prawidłowego świadczenia usługi.
5. Ewentualnie – art. 90 – przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskich cen serwisu pogwarancyjnego, chyba że za takie wyjaśnienia uznać pismo z 27.07.2017 r., co z kolei oznacza naruszenie art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty.
6. Art. 91 ust. 1 – przez z wadliwą liczbę punktów przyznanych ofercie Medtronic w ramach kryterium „parametry techniczne”.
7. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Medtronic, pomimo że zaoferowany sprzęt nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Medtronic jak stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, sprzecznej z treścią specyfikacji oraz zawierającą rażąco niską cenę za świadczenie usługi.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

Zamawiający jako jedno z kryterium oceny ofert ustanowił koszty serwisu pogwarancyjnego o znaczeniu 10%, przy czym punkty miały być przyznawane zgodnie z załącznikiem nr 2. W ramach załącznika Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania kosztów:

1. Gwarantowanego kosztu rocznego, pełnego kontraktu serwisowego (wartość netto w zł), zawierającego wszystkie koszty (w tym m.in. wszystkie części zamienne i przeglądy), możliwego do zawarcia po upływie okresu gwarancyjnego, wiążącego przez okres 2 lat po upływie okresu gwarancji – co Medtronic wycenił na 5 zł
2. Gwarantowanego kosztu przeglądu technicznego urządzenia wraz z dojazdem do Zamawiającego oraz niezbędnymi do wymiany częściami, zalecanymi do wymiany przez producenta przy przeglądzie technicznym (wartość netto w zł) po upływie okresu gwarancyjnego, wiążącego przez okres 2 lat po upływie okresu gwarancji – co Medtronic wycenił na 1 zł.
3. Iloczynu częstotliwości przeglądów technicznych wymaganych przez producenta urządzenia i pełnych kosztów przeglądów technicznych (w tym niezbędnymi do wymiany częściami, zalecanymi do wymiany przez producenta przy przeglądzie technicznym, z wyłączeniem kosztów dojazdu) w przeliczeniu dla 5 lat eksploatacji – co Medtronic wycenił na 5 zł.
4. Robocizny w celu realizacji serwisu pogwarancyjnego (netto w zł) przez okres 2 lat po upływie okresu gwarancji (koszt roboczogodziny) – co Medtronic wycenił na 0 zł.
5. Dojazdu w celu realizacji serwisu pogwarancyjnego (netto w zł) przez okres 2 lat po upływie okresu gwarancji (ryczałt) – co Medtronic wycenił na 0 zł.

Odwołujący podał również, że w instrukcji obsługi zaoferowanego urządzenia producent zobowiązuje do wykonania przez wykwalifikowanego pracownika serwisowego przeszkolonego przez producenta:

- co 6 miesięcy – testu rozszerzonego EST,
- co 6 miesięcy – testu baterii,
- co 12 miesięcy – testu bezpieczeństwa elektrycznego oraz sprawdzenia ogólnego aparatu,
- co roku od daty instalacji lub wcześniej, o ile zajdzie taka konieczność – wymiany czujnika tlenu,
- co 3 lata lub gdy bateria nie przejdzie testu – wymiany baterii głównej i baterii dodatkowych,
- co 10.000 godzin pracy – do wymiany wewnętrznego filtra wdechowego oraz wymiany zestawu z częściami zamiennymi „BDU 10K hour kit” o nr katalogowym 10097275.

Dla porównania Odwołujący podał, że w odniesieniu do zaoferowanego w pakiecie nr VI asortymentu Medtronic – wskazanego przez wykonawcę PHS Hospital sp. z o.o. sp. k. jako podmiot, który będzie dla tych urządzeń realizował świadczenia serwisu pogwarancyjnego – został określony na następującym poziomie:

- koszt pełnego rocznego kontraktu serwisowego – 12.000 zł netto,
- koszt jednego przeglądu technicznego wraz z dojazdem – 1750 zł netto,

- iloczyn częstotliwości przeglądów (z wyłączeniem dojazdu) – 3750 zł netto,
- koszt roboczogodziny – 250 zł netto (pełen koszt usługi wynosi 3500 zł netto),
- koszt dojazdu – 700 zł netto (pełen koszt usługi – 3500 zł netto).

Odwołujący zrelacjonował również, że w odniesieniu do podanych kosztów serwisu pogwarancyjnego Zamawiający wezwał Medtronic w trybie art. 87 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób Wykonawca skalkulował ceny podane w poz. 480-484, mając na uwadze przepis o minimalnej stawce godzinowej oraz zasady uczciwej konkurencji.

W piśmie z 27 lipca 2017 r. Medtronic:

- stwierdza, że „w cenie oferty brutto zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego”,
- w pkt 1. powołuje się na jakieś bliżej niezdefiniowane sposoby zorganizowania obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej, co pozwala na optymalizację kosztów,
- argumentuje, że usługi świadczone są przez jego pracowników oraz osoby, z którymi nie wiąże go stosunek pracy,
- nie odnosi się w ogóle do kosztów niezbędnego zakupu części zamiennych i zużywalnych niezbędnych do wymiany, zarówno tych przewidzianych w instrukcji obsługi, jak i innych które ulegają naturalnemu zużyciu jak przewody, kable części obudowy itp.,
- stwierdza m.in., że inżynier serwisu mieszka w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego, co wpłynęło na możliwość ustalenia kosztów jego pracy i dojazdu na niskim poziomie.

Odwołujący podniósł, że w myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Według Odwołującego zastosowanie powołanego przepisu uzasadnia manipulowanie kryteriami oceny ofert w celu uzyskania zamówienia, gdyż takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ofert. Odwołujący podkreślił, że w poz. 483 i 484 Medtronic określił cenę na 0 zł, co oznacza, że żaden z wykonawców nie mógłby zaoferować ceny niższej. Odwołujący zarzucił, że wskazane w ofercie Medtronic koszty świadczenia usług stanowią czyn nieuczciwej konkurencji oraz nie odzwierciedlają rzeczywistej wartości świadczonych usług, gdyż nie pokrywają rzeczywistych kosztów realizacji usługi oraz koniecznych do poniesienia nakładów.

Odwołujący stwierdził, że w tym postępowaniu wykonawcy nie byli uprawnieni

do przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami, które podlegały innej punktacji w ramach kryterium oceny, gdyż w innym przypadku ustalenie kryterium „warunki serwisu”, pozbawione byłby jakiegokolwiek sensu. Niedopuszczalne było również finansowanie serwisu pogwarancyjnego w ramach ceny za dostawę.

Odwołujący podkreślił, że sprzęt Medtronic jest niższej jakości jeśli chodzi o parametry funkcjonalne i użytkowe, co wynika z liczby przydzielonych punktów w ramach kryterium parametrów technicznych. Tym samym wpisanie cen nierealnych lub niepodanie ich wcale miało jedynie na celu uzyskanie przewagi punktowej nad konkurencją

Według Odwołującego ceny wskazane w ofercie Medtronic oznaczają, że zaoferował on realizację usługi nie tylko poniżej kosztów własnych, ale i usługę niemożliwą do wykonania za wskazane wynagrodzenie, gdyż w tej cenie musiałyby się zmieścić przyjęcie zgłoszenia, czas i koszt dojazdu, oględziny i diagnostyka urządzeń za pomocą specjalistycznych urządzeń i wykwalifikowanego personelu, koszt zakupu i dostawy z magazynu lub fabryki przez usługodawcę wszystkich części zamiennych (jak już wskazano powyżej, sam producent wymienia minimalne, niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania urządzenia i konieczne do wykonania czynności serwisowe i sprawdzające oraz konieczne do wymiany w określonych terminach części zamienne), a także koszty pracy związane z wymianą tych części.

Odwołujący podniósł odnośnie kwoty 5 zł za roczny kontrakt serwisowy, że:

- ponieważ wykonawca zobowiązany był do podania kosztu pełnego kontraktu serwisowego ze wszystkimi częściami zamiennymi, przeglądami oraz wszystkimi kosztami świadczenia tej usługi, nie może ona pokryć jakichkolwiek kosztów, a co dopiero kosztów świadczenia usługi w postaci przyjazdu serwisanta, wymiany wszystkich części zamiennych, dokonywania obowiązkowych przeglądów narzuconych przez producenta.
- mając na uwadze tylko obowiązkowe do wykonania czynności, a przede wszystkim konieczne do wymiany części zamienne, nie pokryje to jakichkolwiek nakładów niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu świadczenia;
- wartość ta dotyczy świadczenia usług serwisowych w 6 i 7 roku funkcjonowania urządzenia, co powoduje, że urządzenie wymagało będzie wymiany szeregu elementów, które ulegną zużyciu lub uszkodzeniu;

Odwołujący podniósł, że:

- wykonanie przeglądu technicznego wraz z dojazdem i wymianą części za 1 zł jest niemożliwe.
- nierealna jest cena iloczynu częstotliwości przeglądów technicznych wymaganych przez producenta wraz z częściami zalecanymi do wymiany wynosząca 5 zł

- koszt roboczogodziny i dojazdu nie został zagwarantowany, bo nie został wyceniony przez Medtronic.

- nie jest możliwe wykonanie usługi serwisowej za 0 zł w zakresie jakichkolwiek czynności rozliczanych w oparciu o roboczogodziny, w tym z obowiązkiem dojazdu, ponosząc koszty pracy wykwalifikowanego pracownika, koszty dojazdu (w tym koszty utrzymania samochodu, narzędzi niezbędnych do świadczenia usługi).

Zdaniem Odwołującego wskazane w ofercie innego wykonawcy ceny za powyższe usługi świadczone przez Medtronic stanowią dowód na manipulowanie kryteriami przez Medtronic w pakiecie nr 2, przy czym nie ma znaczenia, że w tym pakiecie jest on zarówno podmiotem realizującym dostawę, jak i wykonującym usługę serwisową, gdyż koszty realizacji usługi nie są zależne od podmiotu, a od nakładu pracy i zakresu świadczonej usługi (w szczególności konieczności wykonywania usługi zgodnie z zaleceniami producenta) i kosztów niezbędnych do realizacji usługi.

Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez Medtronic Zamawiającemu, Odwołujący podniósł, że:

- zajęte stanowisko nie odnosi się do zadanego pytania i wątpliwości Zamawiającego – ceny serwisu pogwarancyjnego nie mogły zostać wliczone do wynagrodzenia brutto oferty, gdyż zawarte w ofercie w tym zakresie zobowiązanie jest gwarantowanym wynagrodzeniem na okres po zakończeniu gwarancji urządzenia i nie mogło być powiązane z ceną urządzeń i kosztami gwarancji;

- nie wynika z nic konkretnego, a zatem Zamawiający nie mógł na ich podstawie uznać, że ceny podane w załączniku nr 2 są cenami realnymi pokrywającymi w całości zakres świadczonej usługi i gwarantującymi, że w ogóle do tej usługi dojdzie, a jeśli tak, że zostanie ona wykonana prawidłowo;

- przepisy prawa o minimalnym wynagrodzeniu za godzinę pracy, aktualnie 13 zł, w 2018 r. – 13,70 zł, a za 5 lat bez wątpienia więcej, dotyczą również innych stosunków umownych dotyczących świadczonych usług;

- Medtronic w ogóle nie odniósł się do kosztów zakupu części zamiennych i zużywalnych niezbędnych do wymiany, zarówno tych przewidzianych w instrukcji obsługi, jak i innych, które ulegają naturalnemu zużyciu jak przewody, kable części obudowy itp.;

- uzasadnienie podane odnośnie kosztów dojazdu i pracy inżyniera serwisu dotyczy „ustalenia ich na niskim poziomie”, a nie wskazanej w ofercie kwoty 0 zł, co może jedynie oznaczać przyznanie przez Medtronic, że ponosi jakieś koszty, a zatem wpisanie 0 zł miało na celu jedynie uzyskanie maksymalnej ilości punktów w tych pozycjach lub oznacza, że nie zaoferował świadczenia usługi.

{ad pkt 3.listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że ponieważ w poz. 4 i 5 Medtronic wskazał wartość 0 zł, ta część usługi nie została w ogóle zaoferowana, co winno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji. Zamawiający nie uzyskał bowiem usługi serwisu oraz dojazdu serwisanta.

Odwołujący podkreślił, że każda z tych pozycji stanowi odrębną pozycję ocenianą w ramach kryterium oceny ofert, a Zamawiający nie jest w stanie ocenić tej oferty w poz. 483 i 484 załącznika nr 2, gdyż 0 zł nie jest żadną wartością, w związku z czym nie można tej ofercie przydzielić jakichkolwiek punktów, a tym samym ocenić tej oferty w ramach określonego w SIWZ kryterium, co winno skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 91 pzp.

{ad pkt 4. i 5. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Medtronic zaoferował dostawę respiratora za 68.380,20 zł.

Dla uzasadnienia zarzutu, poza powołaniem powyżej przedstawionej argumentacji odnośnie wartości usług serwisu pogwarancyjnego, Odwołujący podniósł, że cena za dostawę urządzeń w raz z 5-letnim serwisem gwarancyjnych jest również rażąco niska, gdyż jest poniżej realnych kosztów, w szczególności mając na uwadze 60-miesięczny termin gwarancji, który musi m.in. uwzględniać, m.in., że: *W przypadku ujawnienia się, w okresie gwarancji i rękojmi, wad lub usterek przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia lub dostarczenia rzeczy wolnej od wad, z uwzględnieniem terminów i zasad określonych w OPZ stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ. Po nieskutecznej trzykrotnej próbie usunięcia wady lub usterki tego samego elementu, tego samego rodzaju poprzez naprawę, Wykonawca zobowiązany jest wymienić urządzenie na nowe urządzenie wolne od wad i usterek, wstawieni urządzenia zastępczego na czas naprawy itd.*

Odwołujący podniósł, że Medtronic nigdy dotychczas nie zaoferował tego typu aparatu po tak niewiarygodnie niskiej cenie. 20.07.2017 r. zaoferował ten aparat za kwotę 84.458,24 zł, przy 24 miesięcznej gwarancji. 27.06.2017 r. zaoferował dwa aparaty za kwotę 162.918,00 zł, a więc po 81.459 zł za sztukę ,również z 24 miesięcznym okresem gwarancji.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że w pkt 408 Medtronic potwierdził, że posiada regulowane wyzwalanie oddechu bazujące na aktywności przepony, opisując w tym punkcie wyzwalanie przepływowe i wyzwalanie ciśnieniowe wymagane odpowiednio we wcześniejszych pkt 406 i 407.

Odwołujący podniósł, że w respiratorach dostępnych na rynku występują funkcje udostępniające regulację wyzwalania oddechu bazującą bezpośrednio na aktywności przepony (inne niż wyzwalanie przepływowe i ciśnieniowe wymagane w pkt 406 i 407). Zdaniem Odwołującego ponieważ Medtronic przyznał w swoim opisie, że oferuje respirator z wyzwalaniem przepływowym i ciśnieniowym, które co prawda jest inicjowane pośrednio przez skurcz przepony, ale tak naprawdę bezpośrednio bazuje na zmianie wielkości przepływu lub zmianie wartości ciśnienia, natomiast nie bazuje bezpośrednio na aktywności przepony, jak wymagał tego Zamawiający opisując parametr z pkt 408.

Odwołujący zarzucił, że w związku z tym Medtronic nie może uzyskać 4 pkt za ten parametr.

Odwołujący dodał, że zarówno wyzwalanie przepływowe jak i ciśnieniowe są podatne na różnego rodzaju artefakty powstające podczas procesu mechanicznej wentylacji i wielokrotnie zdarza się, że wpływ np. nieadekwatnych do aktualnej sytuacji ustawień wentylacji fałszywie pobudza ustawione wyzwalanie tradycyjne (przepływowe w l/min lub ciśnieniowe w cmH₂O), sugerując oddech spontaniczny pacjenta, podczas gdy w rzeczywistości przepona jest zupełnie nieaktywna. Nie można porównywać wyzwalania przepływowego lub ciśnieniowego do wyzwalania bazującego na aktywności przepony, gdyż w wyzwalaniu bazującym na aktywności przepony mierzonym w mikrowoltach nie ma możliwości fałszywego odczytania faktycznego ruchu przepony.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający punktując wymóg z pkt 408 chciał premiować nowoczesne i dokładniejsze rozwiązanie, a nie rozwiązanie powszechnie stosowane, czyli spełniające obligatoryjne wymagania z pkt 406 i 407, gdzie opisane zostały tradycyjne rozwiązania.

Odwołujący skonstatował, że odjęcie tych 4 pkt powoduje, że oferta Medtronic nie uzyskuje 10,29 pkt w tym kryterium.

{ad pkt 7. listy zarzutów}

Odwołujący przedstawił brzmienie następujących pkt opisu przedmiotu zamówienia:

- pkt 385 – 2 szt. podstaw jezdnych z blokadami na wszystkich min. 2 kołach umożliwiające

transport aparatu

- pkt 388 – wszystkie respiratory przystosowane do zamocowania na kolumnie, z możliwością umieszczenia na podstawie jezdnej do transportu zgodnie z pkt 385.

Odwołujący skonstatował, że według powyższych wymagań respirator ma mieć możliwość zarówno powieszenia na kolumnie, jak i zdjęcia z kolumny w dowolnym momencie i postawienie na podstawie jezdnej dla wykonania transportu aparatu.

Odwołujący wskazał ponadto, że według oficjalnych materiałów producenta załączonych do oferty Medtronic posiada dwa rozwiązania dotyczące tego samego modelu respiratora Puritan Bennett 980 – wersja z podstawą jezdną oraz wersja do zawieszenia na kolumnie.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowany respirator nie odpowiada powyższym wymaganiom, gdyż występuje w tych wersjach, z których jedna jest przeznaczona tylko do użytkowania na podstawie jezdnej, a druga tylko do użytkowania na kolumnie. Dodatkowo pierwsza wersja ma monitor zamontowany na stałe na obrotowym ramieniu, co powoduje, że ekran nie może być odłączony od respiratora – nie spełnia więc punktu 433), natomiast w drugiej wersji ekran na stałe jest odłączony od jednostki (respirator nie posiada ruchomego ramienia do montażu monitora), połączony tylko kablem z respiratorem, co powoduje, że nie jest powieszony bezpośrednio na szynie półki kolumny – nie spełnia wymogu z pkt 388, gdyż nie będzie można w sposób bezpieczny i zgodny z instrukcją zawiesić monitora bezpośrednio w odpowiednim miejscu na respiratorze.

Pismem z 11 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 10 lipca 2017 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

11 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie (datowane na 10 lipca 2017 r.) przez Alumbrados przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a następnie rozwinął swoje stanowisko w piśmie z 17 lipca 2017 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 28 sierpnia 2017 r. oświadczył, że uwzględni w całości odwołanie.

30 sierpnia 2017 r. Przystępujący wniósł sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego, a następnie odniósł się do poszczególnych zarzutów w swoim piśmie z 1 września 2017 r.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył drugą ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego jakoby Odwołującemu nie przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż cena jego oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części 2. zamówienia. Nie

sposób na tym etapie postępowania odwoławczego antycypować, co uczyni Zamawiający w razie uwzględnienia odwołania. Tymczasem Zamawiający może podjąć decyzję o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie pakietu nr 2 do wysokości ceny oferty Maquet. Tym bardziej jest to prawdopodobne, że w innych częściach zamówienia Zamawiający uzyskał oszczędności pozwalające na pokrycie tej różnicy.

Z kolei w razie podjęcia przez Zamawiającego odmiennej decyzji i unieważnieniu postępowania z tego powodu, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, od tej czynności będzie przysługiwało Maquet odwołanie oparte na twierdzeniu, że Zamawiający mógł zwiększyć tę kwotę.

Reasumując, niezależnie od decyzji, którą Zamawiający podejmie, uznanie na tym etapie, że Odwołujący nie ma uprawnienia do wniesienia odwołania, faktycznie oznaczałoby pozbawienie go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy nie można wykluczyć, że je uzyska, nawet w razie podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 2 listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Niesporne było, że:

- Medtronic wskazał w ofercie dla poszczególnych elementów ocenianych w ramach kryterium warunków pogwarancyjnych ceny za czynności, które zostały opisane w załączonej instrukcji obsługi w pkt pn. „Konserwacja zapobiegawcza wykonywana przez personel serwisowy”, jak to opisano powyżej za odwołaniem;
- analogiczne elementy w ofercie innego wykonawcy, który wskazał jako podmiot wykonujący serwis pogwarancyjny Medtronic zostały wycenione w innej części zamówienia na kwoty, które powyżej podano za odwołaniem
- Medtronic w postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmował wykonywanie czynności z zakresu serwisu pogwarancyjnego respiratorów Puritan Bennett 840 produkcji Coviden oferował w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonanie: 1) w 2013 r. – przeglądu technicznego 18 szt. za 19.800 zł; 2) w 2014 r. – przeglądów technicznych 24 szt. za 328.921,65 zł; 3) w 2016 r. – przeglądy jednorazowe 7 szt. za 9.471 zł albo 30.844,80 zł {dane za wyciągami z dokumentacji przetargowych złożonych na rozprawie przez Odwołującego}.

Odwołujący wykazał, że ten starszy typ respiratora wymagał analogicznych czynności serwisowych jak typ 980. Z kolei o ile odpowiada doświadczeniu życiowemu twierdzenie przez Przystępującego, że starsze urządzenia wymagają poniesienia wyższych nakładów związanych z ich serwisowaniem, o tyle doświadczenie życiowe podpowiada również, że dla urządzeń ponad 5-letnich koszty te nie będą również zerowe lub symboliczne.

Doświadczenie życiowe wskazuje w szczególności, że wycena na 0 zł roboczogodziny i dojazdu do Zamawiającego dla wykonania czynności serwisu pogwarancyjnego, jak również wycena na symboliczne kwoty kosztu rocznego kontraktu serwisowego, obejmującego wymianę części zamiennych i wykonywanie przeglądów), kosztu przeglądu technicznego, obejmującego wymianę niezbędnych części wraz z dojazdem do Zamawiającego, czy pełny koszt przeglądów wymaganych przez producenta urządzenia przeglądów technicznych (obejmujących wymianę części zalecaną przez producenta) – nie odpowiada realiom rynkowym ani faktycznym kosztom, które należy ponieść w związku ze świadczeniem usług w takim zakresie dla specjalistycznych urządzeń medycznych.

Przystępujący przyznał na rozprawie, że nie zamierzał wykonywać tych usług za ceny i stawki wskazane do oceny w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego warunków pogwarancyjnych.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał

ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 uznk. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji” jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie – kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów {Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006}. Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się,

że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą {Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010}.

Podobnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 (sygn. akt V ACa 371/07) wyjaśnił odnośnie rozumienia „dobrych obyczajów”, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznk: *Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.”*

Odnośnie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji wynikającej z art. 3 ust. 1 uznk, czyli wymogu, aby sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami działanie naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta, istotne jest, że jak wskazuje się w orzecznictwie: *Dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża {wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 r. (sygn. akt I ACa 1103/06)}.*

Art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów. Normy te łącznie z wolnością gospodarczą i prawną równością przedsiębiorców tworzą katalog zasad wykonywania działalności gospodarczej. Funkcjonowaniem w obrocie gospodarczym jest natomiast szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności innych uczestników rynku, klientów lub interes publiczny. Norma zawarta w art. 3 ust. 1 uznk rozgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami.

Reasumując, dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające jest zatem ustalenie ziszczenia się kumulatywnie przesłanek, że zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne jako sprzeczne z przepisami lub z dobrymi obyczajami, a ponadto szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania, podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową.

Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, gdyż nie zbadał, czy złożenie przez Medtronic oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia tej oferty, choć zaistniały ku temu przesłanki, o których mowa we wskazanym przepisie uznk.

Z punktu widzenia ochrony uczciwej konkurencji w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o naganności postępowania Odwołującego w stopniu naruszającym klauzulę dobrych obyczajów przesądza rażące zaniżenie cen podanych za każdy z 5 ocenianych elementów pogwarancyjnych warunków serwisowania, w celu uzyskania najwyższej punktacji w tym kryterium spośród złożonych ofert, a tym samym nieuczciwego zwiększenia swoich szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Rażące zaniżenie cen za czynności objęte serwisem pogwarancyjnym pozwoliło Odwołującemu zdobyć maksymalną liczbę punktów, tj. 10 w ramach kryterium warunków pogwarancyjnych i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji Przystępujący i inni potencjalni wykonawcy, niezależnie od tego, czy zaoferowaliby ceny na poziomie nawet zbliżonym do minimalnych istniejących na rynku, otrzymali – w przypadku Przystępującego 0 pkt lub otrzymaliby praktycznie 0 pkt, skoro w ramach każdego z ocenianych aspektów obowiązywała zasada, że oferta z najniższą wartością cenową otrzymuje maksymalną liczbę pkt, a pozostałe oferty oceniane są proporcjonalnie. Biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktację w ramach tego kryterium oceny ofert, nie ulega wątpliwości, że celem takiego działania było zdobycie maksymalnej liczby punktów i zminimalizowanie liczby punktów uzyskanych przez wykonawców, którzy rzetelnie wycenili koszty serwisu pogwarancyjnego. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, ewidentnie narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.

Nie można również abstrahować od tego, że takie działanie narusza również dobre obyczaje w odniesieniu do Zamawiającego, który został wprowadzony w błąd co do kosztów serwisu pogwarancyjnego, które będzie musiał ponieść po zrealizowaniu przedmiotowego

zamówienia w związku z dalszą eksploatacją dostarczonych respiratorów po upływie okresu gwarancji. Wbrew temu, co wydawało się Odwołującemu na rozprawie, okoliczność, że usługi serwisu pogwarancyjnego nie są objęte przedmiotem zamówienia, nie działa na jego korzyść. Wręcz przeciwnie, zwiększa stopień naganności postępowania, gdyż Odwołujący z premedytacją, świadomy, że Zamawiający po upływie okresu gwarancji w żaden sposób nie będzie mógł wyegzekwować świadczenia usług serwisowych ani od Medtronic, ani tym bardziej od innego podmiotu po takich cenach, nieuczciwie wykorzystał sytuację, aby poprawić swoją pozycję w tym postępowaniu, bez obawy, że może to w przyszłości niekorzystnie odbić się na jego interesie ekonomicznym. Co więcej Odwołujący na rozprawie wielokrotnie powtarzał, że nie zamierza świadczyć serwisu pogwarancyjnego za takie stawki, jakie podał Zamawiającemu. Odwołujący bez żadnych skrupułów przyznał zatem, że wskazał ceny oderwane od realiów rynkowych w złej wierze, licząc na to, że nie grożą mu za to żadne konsekwencje, gdyż nie zaciąga w tym zakresie zobowiązania względem Zamawiającego, a podane stawki służą li tylko na potrzeby oceny w ramach jednego z kryteriów oceny ofert. Takie postępowanie rażąco narusza uczciwość kupiecką, którą powinien kierować się przedsiębiorca także względem swoich klientów.

Powyższe działanie było szkodliwe, gdyż zagrażało zarówno interesom innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego jako klienta. Pozostali wykonawcy, którzy jako uczciwi przedsiębiorcy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wskazali realistyczne ceny za świadczenie usług składających się na serwis pogwarancyjny, z uwzględnieniem rzeczywistych możliwości finansowych, znaleźli się (Przystępujący) lub znaleźliby się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszym położeniu podczas dokonywania oceny ich ofert w wymienionym kryterium. Oczywiste jest więc, że działania Odwołującego utrudniły Przystępującemu lub mogły utrudnić innym wykonawcom dostęp do rynku, mimo że wskazali (Przystępujący) lub wskazałiby adekwatne, choć konkurencyjne, stawki. Skoro art. 3 ust. 1 uznk nie wymaga dla wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, nie ma znaczenia, że po otwarciu ofert okazało się, że nieuczciwe działanie Odwołującego było zbędne, gdyż z uwagi na wycenę przedmiotu zamówienia i bez tego uzyskałby łącznie najwięcej punktów. Niewątpliwie jednak nieuczciwe praktyki Odwołującego stworzyły zagrożenie interesu Przystępującego i innych wykonawców, którzy mogli przystąpić do przetargu. W ten sposób wyraża się znaczenie ochrony uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, że nie jest konieczne wystąpienie skutku w postaci naruszenia interesu innego wykonawcy, aby wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania za próbę nieuczciwego wpłynięcia na wynik tego postępowania.

Zagrożenie interesu Zamawiającego jako klienta Odwołującego przejawia się w tym,

że co prawda zakupiłby respiratory i uzyskał 5-letni serwis gwarancyjny za najkorzystniejszą cenę, ale po tym okresie faktyczne koszty serwisu pogwarancyjnego stanowiłyby niewiadomą, a na pewno okazałyby się znacznie wyższe, niż to zadeklarował w ofercie Odwołujący. W tym przypadku nie ma z kolei znaczenia, czy w ogólnym bilansie zaoferowane przez Odwołującego respiratory w swoim cyklu życia okazałyby się łącznie w zakupie i eksploatacji tańsze niż konkurencyjne urządzenia. Istotne jest, że Zamawiający, pomimo zażądania wyceny serwisu pogwarancyjnego (w tym „gwarantowanych kosztów”), które nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, nie otrzymał w ofercie w tym zakresie rzetelnych informacji. Naraziło to Zamawiającego na ryzyko ponoszenia w przyszłości kosztów użytkowania dostarczonych respiratorów w wysokości zupełnie niewspółmiernej do ich wyceny w ofercie Odwołującego, niezależnie od tego, czy faktycznie serwis ten świadczyłby Odwołujący czy inny wykonawca. A także w przypadku podjęcia się w przyszłości obsługi serwisowej, po uzyskaniu odpowiednich kompetencji, przez samego Zamawiającego, zważając na to, że znaczący udział w tych kosztach mają części zamienne, które musiałyby nabyć na warunkach rynkowych, a także koszt pracy ludzkiej.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji służą również zachowaniu wynikającej z art. 7 ust.1 pzp zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co wymaga przestrzegania w obrocie gospodarczym zasad uczciwej konkurencji przez samych wykonawców. Dzięki temu możliwe i konieczne jest eliminowanie praktyk sprzeniewierzających się tej zasadzie, które stanowią nadużycie konkurencji i prowadzą do jej deformacji. Celem wymienionych przepisów jest nie tylko zwalczanie nieuczciwej konkurencji lecz także jej zapobieganie. Z tych względów już samo zagrożenie interesu przedsiębiorcy, klienta czy interesu publicznego uzasadnia podjęcie przez prowadzącego postępowanie takich działań, które wyeliminują takie zagrożenia. Przy czym należy zwrócić uwagę, że Zamawiający, który prowadzi działalność w zakresie powszechnego świadczenia usług ochrony zdrowia, realizuje w tym zakresie interes publiczny.

Tym samym Izba podtrzymała dotychczasowo wyrażane w tym zakresie w orzecznictwie Izby stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji {por. wyroki wydane: 26 września 2012 r. (sygn. KIO 1934/12), 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 640/11), 7 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 7/13), 14 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1240,1246,1248/13), 19 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 216/14) czy 10 kwietnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 587, 589/15), 14

listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2038/16).

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 4. i 5. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Podczas rozprawy niesporne było, że przedmiotem umowy, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania nie będzie świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego, czyli czynności, które podlegały wycenieniu w ramach kryterium oceny ofert dotyczącym warunków pogwarancyjnych.

Wskazywane w odwołaniu ceny za 1 szt. respiratora w dwóch innych postępowaniach nie stanowią adekwatnego punktu odniesienia dla ceny za 1 szt. respiratora w tym postępowaniu, gdyż przedmiotem tamtych postępowań była dostawa odpowiednio 1 i 2 szt. respiratorów, podczas gdy przedmiot zamówienia w tym postępowaniu obejmuje 24 szt. respiratorów.

Z dokumentów złożonych na rozprawie przez Przystępującego wynika natomiast, że w postępowaniach, które dotyczą dostawy większej liczby respiratorów, ich ceny jednostkowe nie odbiegają znacząco od ceny jednostkowej w tym postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty nie są zasadne.

Według art. 90 pzp:

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

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 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.

– (ust. 1a) 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.

– (ust. 2) Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

– (ust. 3) 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.

Jednocześnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że wszystkie zawarte w odwołaniu zarzuty występowania w ofercie Medtronic rażąco niskich cen są bezzasadne.

Zarzut rażąco niskiej wyceny serwisu pogwarancyjnego oparty na tych samych okolicznościach, co zarzut złożenia oferty stanowiącej nieuczciwą konkurencję, nie może się ostać, skoro niesporne jest, że nie jest to objęte zakresem przedmiotu zamówienia, a postawa odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp dotyczy sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezasadność zarzutu zaniechania wezwania Medtronic do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 pzp wynika z tego, że Odwołujący nie przedstawił okoliczności, które uzasadniałyby stwierdzenie przez Izbę, że cena oferty Przystępującego powinna Zamawiającemu wydać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego w specyfikacji warunkami.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3. i 6 listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, co spowodowało, że spośród opisanych w załączniku nr 2 do s.i.w.z. zasad oceny w kryterium warunków pogwarancyjnych znalazły zastosowanie następujące reguły: 0 pkt – wartość największa, maksymalna liczba pkt do zdobycia w danym elemencie –wartość najniższa.

Podczas rozprawy niesporne było, że przedmiotem umowy, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania nie będzie świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego, czyli czynności, które podlegały wycenie w ramach kryterium oceny ofert dotyczącym warunków pogwarancyjnych.

Z oferty Medtronic wynika, że Zamawiającemu został zaoferowany respirator Puritan Bennett 980 produkcji Coviden / Medtronic w konfiguracji obejmującej 2 szt. podstaw jezdnych z blokadami na min. 2 kołach umożliwiających transport aparatu, przystosowany do zamocowania na kolumnie, z możliwością umieszczenia na podstawie jezdnej do transportu oraz z możliwością zawieszenia monitora oddzielenie od jednostki głównej, czyli spełniający łącznie wymagania z pkt 385, 388 i 433 {vide treść wypełnionego w kolumnie „Parametry oferowanego urządzenia” załącznika nr 2 do s.i.w.z. w ofercie Medtronic}. Załączone do oferty na potwierdzenie spełniania tych wymagań materiały promocyjne i instrukcja obsługi nie powstały na potrzeby tego zamówienia, stąd opisują typowe konfiguracje, o których mowa w odwołaniu. Z materiałów tych wynika jednak, że w przypadku tego modelu respiratora możliwe jest zarówno zamontowanie monitora na jednostce głównej, jak i na ścianie.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty nie są zasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia

publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por.

J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

W rozstrzyganej sprawie nie zachodzi żadna z podnoszonych przez Odwołującego niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego wskazanie ceny 0 zł nie oznacza, że oferty nie można było ocenić zgodnie z zasadami oceny, które zostały przewidziane w załączniku nr 2 do s.i.w.z. W zaistniałym stanie faktycznym nie ma potrzeby spekulować, jak należałoby przydzielić punkty, gdyby zostało złożonych więcej niż 2 oferty.

Skoro zobowiązanie wynikające z oferty nie obejmuje świadczenia serwisu pogwarancyjnego za ceny wskazane na potrzeby warunków pogwarancyjnych jako kryterium oceny ofert, bezprzedmiotowy jest zarzut, że treścią oferty Medtronic nie są objęte dwa elementy, dla których wskazano cenę 0 zł, choć takie świadczenia stanowią elementy przedmiotu zamówienia.

Z kolein zarzucana niezgodność oferty Medtronic z treścią 3 parametrów rozpatrywanych łącznie opiera się na nieuzasadnionym podważaniu treści pisemnego oświadczenia woli w oparciu o dowolną i nieuzasadnioną interpretację załączonych do oferty dokumentów dotyczących oferowanego respiratora. Nie wiadomo, co miałyby stać na przeszkodzie Przystępującemu jako producentowi oferowanych respiratorów w dostarczeniu ich w konfiguracji wymaganej przez Zamawiającego, czyli obejmującej wyposażenie obu standardowo oferowanych na rynku konfiguracji.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 7. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Treść przytoczonych adekwatnie w odwołaniu obligatoryjnych parametrów z pkt 406 i 407 w zestawieniu z fakultatywnym parametrem z pkt 408 OPZ, za którego spełnienie można było otrzymać dodatkową punktację w kryterium dotyczącym parametrów technicznych oferowanego urządzenia, nie pozostawia wątpliwości, że premiowane było zaoferowanie możliwości rozbudowy o dodatkową funkcjonalność w stosunku do standardowo wymaganych. Tym samym regulowane wyzwalanie oddechu bazujące na aktywności przepony nie może być utożsamiane z wymaganym obligatoryjnie wyzwalaniem oddechu przepływem lub ciśnieniem regulowanymi ręcznie.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest zasadny.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Interpretacja sposobu spełnienia fakultatywnego wymagania z pkt 408 OPZ zaprezentowana przez Medtronic już w treści oferty, sprowadzająca się do stwierdzenia, że skoro u wyzwalanie oddechu zawsze bazuje na ruchu przepony, w pkt tym może być premiowane to samo co jest obligatoryjnie wymagane w pkt 406 i 407, jest całkowicie nieuprawniona. Przyznana na rozprawie okoliczność, że Przystępujący, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie oferuje jeszcze takiej opcji w swoich urządzeniach, powinna doprowadzić do zadeklarowania przez Medtronic, że nie oferuje funkcjonalności z pkt 408.

Jednakże Zamawiający, choć dysponował pełną informacją, aby nie uwzględnić dowolnej interpretacji wymagania z pkt 408 zaprezentowanej w ofercie, przyznał Medtronic dodatkowe pkt za jego rzekome spełnienie.

Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp

{zarzut z pkt 1. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut ten nie został sprecyzowany w uzasadnieniu odwołania, musi zostać oceniony jako niezasadny, gdyż nie można stwierdzić, na czym konkretnie naruszenie art. 7 ust. 1 pzp przez Zamawiającego miałyby polegać.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik

prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za niezasadne i orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b pzp. W pierwszej kolejności zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 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.). Ponadto stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Odwołującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Przystępującego uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika (z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł), wobec przedłożenia w tym zakresie do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku.

Przewodniczący: