

Sygn. akt: KIO 297/12

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Szczecinie, 70-382 Szczecin, ul. Jagiellońska 44,**

przy udziale wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 297/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** na rzecz **Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Szczecinie, 70-382 Szczecin, ul. Jagiellońska 44** kwotę **4 752 zł 33 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt dwa złote trzydzieści trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA w Szczecinie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę aparatu RTG do angiografii cyfrowej z ramieniem C dla ZOZ MSWiA w Szczecinie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2011 r., nr 2011/S 222-360898.

Pismem z dnia 31 stycznia 2012 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

W dniu 10 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 10 lutego 2012 r.) wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego, a polegających w szczególności na:

- niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej,
- bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. dokonanie ponownej oceny ofert,
5. w konsekwencji powyższego wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż:

Oдноśnie zarzutu pierwszego, tj. odrzucenia na oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp (ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ) podniósł, iż w

złożonej ofercie potwierdził spełnienie wymogu postawionego przez Zamawiającego w załączniku nr 6 pkt 40. Nadto m.in. wskazał, iż po pierwszym (np. porannym) włączeniu angiografu (generator, system komputerowy itd.) generator pracuje aż do celowego wyłączenia całego angiografu (np. wieczorem). W tym czasie można wykonać nieograniczoną ilość restartów systemu komputerowego (gdyby była taka potrzeba) i za każdym razem obraz fluoroskopii w trybie *bypass* będzie dostępny non-stop w trakcie procedury restartu systemu komputerowego. Odwołujący gwarantuje więc dotrzymanie oferowanej funkcjonalności, gdyż obrazu fluoroskopii jest dostępny non-stop w trakcie trwania restartu. Firma Siemens AG, producent oferowanego angiografu Artis zee, opracowała system, w którym w trakcie restartu systemu komputerowego obraz fluoroskopii jest dostępny non-stop i zabieg może być kontynuowany bez jakiegokolwiek przerwy, podkreślając jednocześnie, iż to inni producenci angiografów nie potrafią zagwarantować takiej funkcjonalności i po wywołaniu procedury restartu trzeba czekać około 1,5 minuty na pojawienie się obrazu fluoroskopii. Oferowane przez niego rozwiązanie jest rozwiązaniem o najwyższej na świecie funkcjonalności (bezprzerwowo dostęp do obrazów fluoroskopii w trakcie restartu).

Odnośnie zarzutu drugiego, tj. odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp (ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) podniósł, iż Zamawiający żądał od Wykonawców wskazania m.in. ceny za usługi serwisowe, świadczone w okresie 3 lat po upływie okresu gwarancji, jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że przedmiotowa cena będzie stanowiła jedno z kryterium oceny ofert o wadze 5%. (Rozdział I, pkt. 7, str. 6-7 SIWZ), a za wykonanie których to czynności Odwołujący zaproponował cenę w wysokości 0,01 zł.

Odwołujący wskazał, iż składając ofertę w niniejszym postępowaniu zaakceptował obowiązki przewidziane w umowie, a dotyczące m.in. świadczenia usług serwisowych po upływie okresu gwarancji za stałą cenę określoną w ofercie (§ 3 ust. 16 projektu umowy). Przy tworzeniu oferty wziął pod uwagę wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania, dokonując kalkulacji ceny ryczałtowej za usługę serwisową uwzględnił bardzo wąski zakres czynności serwisowych, a także statystyki awaryjności sprzętu i związane z tym konieczności wykonywania tego typu usług. Z uwagi na to, że usługa serwisowa nie ma żadnej stałej wartości rynkowej każdy z wykonawców ma swobodę w ustalaniu cen za tego typu usługi niematerialne. Ponadto należy ponownie podkreślić, że niniejsze zamówienie jest zamówieniem kompleksowym, co pozwala wykonawcom na obniżenie kosztów stałych i proponowanie dodatkowych rozwiązań, korzystnych dla Zamawiającego.

Odwołujący, szacując przedmiotową stawkę (0,01 zł) uwzględnił bardzo wąski zakres czynności serwisowych, a także okoliczność, że usługi te będą wykonywane stosownie do zaistniałej potrzeby, nie zaś w sposób periodyczny. Kalkulując cenę za usługi serwisowe Odwołujący wziął pod uwagę także statystyki awaryjności oferowanego sprzętu i związane z tym konieczności wykonywania tego typu usług, a także kompleksowy charakter zamówienia, pozwalający wykonawcom na obniżenie kosztów stałych i proponowanie dodatkowych rozwiązań, korzystnych dla Zamawiającego. Nie sposób zatem zgodzić się by takie działanie było sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszało czy zagrażało interesom innego przedsiębiorcy.

W dniu 13 lutego 2012 r. (pismem z dnia 10 lutego 2012 r.) Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 13 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej wykonawcą „Philips”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut pierwszy dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 6 do XIV SIWZ „Zestawienie parametrów techniczno - użytkowych oferowanego urządzenia” poz. 40 w kolumnie „opis” podał „czas gotowości do uzyskania obrazu fluoroskopii po restarcie systemu nie większy niż 140 sekund”.

Nadto pismem z dnia 22 grudnia 2011 r., udzielając odpowiedzi na pytanie nr 20 dotyczące pkt 40 załącznika nr 6 do SIWZ „czy Zamawiający pod pojęciem „restart” rozumie restart całego systemu tzn. systemu komputerowego i generatora?” wskazał, iż „Zamawiający potwierdza, że pod pojęciem restart rozumie restart całego systemu tzn. systemu komputerowego i generatora”.

Odwołujący w poz. 40 załącznika nr 6 do SIWZ „Zestawienie parametrów techniczno - użytkowych oferowanego urządzenia” (str. 71 oferty) w kolumnie „parametr oferowany (podać zakresy lub opisać)” podał „0 sekund. Wyjaśniamy, że procedura restartu systemu zgodnie z instrukcją obsługi nie obejmuje wyłączenia generatora. Fluoroscopia w trybie *bypass* dostępna jest non-stop”.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty, pismem z dnia 13 stycznia 2012 r., podał m.in., iż „producent wprowadził rozwiązanie, w którym restart systemu nie obejmuje generatora. Tym samym w czasie wykonywania restartu fluoroscopia (w trybie *bypass*, czyli z pominięciem komputera obrazowego) dostępna jest bez przerwy. (...) funkcja fluoroskopii jest dostępna bez opóźnienia, przez cały czas restartu.”.

Pismem z dnia 31 stycznia 2012 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający w poz. 40 załącznika nr 6 do SIWZ „czas gotowości do uzyskania obrazu fluoroskopii po restarcie systemu (...)” odniósł do „restartu systemu”, uściślając w wyniku odpowiedzi udzielanych na zapytania wykonawców, iż przez „restart rozumie restart całego systemu tzn. systemu komputerowego i generatora”. Tym samym Zamawiający w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości podał, iż „restart” ma dotyczyć całego systemu i obejmować restart systemu komputerowego i generatora a nie tylko samego systemu komputerowego. Tak więc do całego systemu, a nie tylko jednego z jego elementów, należało odnieść czas gotowości do uzyskania obrazu fluoroskopii. Urządzenie zaoferowane przez Odwołującego być może jest urządzeniem o najwyższej światowej funkcjonalności. Izba tego nie kwestionuje. Niemniej jednak nie jest urządzeniem o takich funkcjonalnościach jakich, w tym konkretnym postępowaniu, wymagał Zamawiający. Odwołujący, chcąc zaoferować urządzenie nowocześniejsze o innej funkcjonalności czy też innych, lepszych parametrach niż wymagał tego Zamawiający mógł o to zadbać na wcześniejszym etapie postępowania, wnosząc o dopuszczenie urządzenia o innej funkcjonalności i innych parametrach. Dopuszczenie na tym etapie postępowania urządzenia o innej funkcjonalności, a tym samym o innych parametrach niż wymagał tego

Zamawiający byłoby w istocie nieuprawnioną na tym etapie postępowania modyfikacją SIWZ. Osiągnięcie postawionego przez Zamawiającego wymogu miałyby bowiem nastąpić w inny sposób niż tego oczekiwał Zamawiający, a mianowicie bez restartu generatora. Skoro więc Odwołujący zaoferował urządzenie, w którym „restart systemu” nie obejmuje generatora, co sam Odwołujący konsekwentnie podkreślał, oznacza to, iż jego oferta, w tym konkretnym zakresie, jest niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut drugi dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 7) „Kryteria i sposób oceny ofert” ppkt 7.1 jako jedno z kryteriów wskazał „cenę usługi serwisowej po upływie okresu gwarancji”, przypisując temu kryterium wagę „5%”. Jednocześnie podając (w wyniku dokonanej modyfikacji treści SIWZ), iż „wykonawca zobowiązany jest w zakresie świadczenia obsługi serwisowej zagwarantować stałą cenę (ryczałt) za jej świadczenie przez okres 3 lat po upływie udzielonej gwarancji. Podane wynagrodzenie (ryczałt) z tytułu świadczenia obsługi serwisowej musi uwzględniać:

- Pracę serwisu, tj. przyjęcie zgłoszenia o usterce, czas i koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, zakwaterowanie serwisanta,
- Oględziny, tj. sposób uzyskania informacji o usterce,
- Diagnostyka urządzeń, tj. rozpoznanie problemu,

Przedmiotowe wynagrodzenie należne będzie wykonawcy tylko w przypadku zlecenia przez Zamawiającego jakichkolwiek czynności wchodzących w zakres usługi serwisowej.

Powyższe wynagrodzenie nie obejmuje kosztów ewentualnych części zamiennych, ich montażu ani innych czynności dokonywanych przez serwis po zakończeniu etapu diagnozowania”.

Odwołujący w załączniku nr 1 do SIWZ „Oferta cenowa (str. 3 oferty) podał „oferujemy cenę ryczałtową za świadczenie usługi serwisowej po upływie okresu gwarancji w kwocie 0,01 zł”.

Odwołujący, pismem z dnia 13 stycznia 2012 r., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty podał m.in., iż „podana przez nas cena na poziomie 0,01 zł została skalkulowana uwzględniając bardzo wąski zakres czynności serwisowych obejmujących tę usługę, a który to zakres opisał Zamawiający a także nasze statystyki awaryjności sprzętu i związane z tym konieczności wykonywania tego typu usługi. (...) opisana przez zamawiającego usługa nie ma żadnej stałej wartości rynkowej, nie ma na tego typu usługi stałych cen rynkowych a zatem każdy z wykonawców ma dowolność ustalania cen na tego typu usługi niematerialne”.

Pismem z dnia 31 stycznia 2012 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jeżeli zagraża lub narusza lub tylko zagraża interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby zaoferowanie ceny ryczałtowej za świadczenie usługi serwisowej po upływie gwarancji przez okres 3 lat w kwocie 0,01 zł brutto oznacza niewątpliwie, iż wykonawca zaoferował realizację danej usługi nie tylko, że poniżej kosztów własnych, ale i niemożliwą do wykonania za zaoferowane wynagrodzenie. Na przedmiotowe wynagrodzenie miały się bowiem składać wyspecyfikowane przez Zamawiające elementy, a mianowicie praca serwisu, tj. przyjęcie zgłoszenia o usterce, czas i koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego a także zakwaterowanie serwisanta, oględziny, tj. sposób uzyskania informacji o usterce oraz diagnostyka urządzeń, tj. rozpoznanie problemu. Odwołujący w ofercie (str. 77 oferty) wskazał „2. Serwis pogwarancyjny, lokalizacja (...) Warszawa”. Powyższe pozostaje więc w sprzeczności z późniejszymi jego twierdzeniami, że w Szczecinie, a więc miejscu siedziby Zamawiającego, w którym znajdować się będzie zamawiane urządzenie Odwołujący ma punkt serwisowy, a co za tym idzie i pracownika dokonującego takiej właśnie usługi, co znacznie zmniejszy, a wręcz zminimalizuje koszt jej realizacji. Okoliczności tej nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił. Nie zasługują na uwzględnienie także argumenty dotyczące bezawaryjności oferowanego przez niego urządzenia. Odwołujący mimo, iż powoływał się na statystyki awaryjności sprzętu nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów, w tym powołanych statystyk, wszelkie zarzuty pod adresem sporządzonej przez niego kalkulacji (w kwocie 0,01 zł brutto), kwitując tym, że stanowi ona (kalkulacja) tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak nawet zaoferowanie realizacji danej usługi poniżej kosztów nie jest jeszcze wystarczające dla zakwalifikowania danego zachowania jako stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Niemniej jednak dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji istotne jest wykazanie, że takie zachowanie doprowadziło do eliminacji innych podmiotów z rynku. Niewątpliwym jest, że zarówno Odwołujący, jak i pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia działają w warunkach określonego bardzo wąskiego rynku. Naturalnym jest więc podejmowanie przez nich takich działań, które pozwolą na uzyskanie danego zamówienia



publicznego, przy czym nie mogą one doprowadzić do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, o ile utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców dlatego też potwierdzenie tych okoliczności zasadnym dopiero uczyni postawienie wykonawcy i tego zarzutu. W niniejszym stanie faktycznym to Przystępujący wykazał, że już sam koszt dojazdu z Warszawy, a więc miejsca lokalizacji serwisu pogwarancyjnego przekracza koszt realizacji tej usługi przez okres 3 lat (0,01 zł brutto), czyniąc realizację tej usługi za wskazany koszt niemożliwym do wykonania. Takie działanie Odwołującego (polegające na zaoferowaniu usługi za cenę nieodpowiadającą ich wartości) – jak słusznie podniósł Przystępujący – narusza dobre obyczaje, zwłaszcza, że usługa, której koszt Odwołujący wycenił na 0,01 zł brutto stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (o wadze 5%), odrębnie punktowane, tym samym mające wpływ na uzyskaną przez wykonawcę punktację. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz koszty noclegu w wysokości 340,20 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 812,13 zł na podstawie zestawienia kosztów złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....