

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 18 oraz dokonanie w tym pakiecie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem procedury określonej w art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** na rzecz **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny z Olsztyna. Przedmiotem tego postępowania jest „Wybór dostawcy sprzętu medycznego jednorazowego i wielorazowego użytku w pakiecie nr 18”, a Odwołującym jest Covidien Polska sp. z o.o. z Warszawy. Wnoszący odwołanie stwierdził, że zamawiający w pakiecie 18 bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna z siedzibą w Łodzi (dalej, jako Skamex), pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego skutkiem tego Zamawiający naruszył także art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym w tym postępowaniu doszło do naruszenia art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp, albowiem za najkorzystniejszą w pakiecie 18 powinna być uznana oferta wykonawcy Covidien sp. z o.o. Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty Skamex dotyczącej pakietu nr 18 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego; (2) dokonania czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu dotyczących pakietu nr 18 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; (3) odrzucenia oferty Skamex dotyczącej pakietu nr 18 SIWZ z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; oraz (4) wyboru oferty Odwołującej Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dotyczącej pakietu nr 18 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu. Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór dostawcy sprzętu medycznego jednorazowego i wielorazowego użytku (ogłoszenie 2012/S 80 - 131419 — Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii

Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r.) na okoliczności podniesione w niniejszym piśmie, ze szczególnym uwzględnieniem zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy Skamex, jako że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; oraz (2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania na okoliczności w nim podniesione, ze szczególnym uwzględnieniem zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy Skamex, jako że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu odwołania podał, że spółka Skamex w pakiecie nr 18, w pozycji 3 (formularz cenowy, strona 23 oferty Skamex) zaoferowała produkt marki Teleflex Medical, Filtr Iso-Gard ze złączem prostym, o numerze katalogowym 19211 w cenie jednostkowej 0,03 zł netto. Cena ta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia nie tylko w zestawieniu z ceną zaoferowaną przez Covidien Polska Sp. z o.o. - produkt marki Mallinckrodt, filtr BARRIERBAC S ELECST FILTER X25, o numerze katalogowym 350/5845, w cenie jednostkowej 2,80 zł netto (70,00 zł netto za pojedyncze opakowanie handlowe zawierające 25 sztuk), ale, jak zostanie wykazane poniżej, znacząco również odbiega od cen oferowanych przez inne podmioty, a nawet od cen, które Skamex oferowała w ostatnim czasie za te same produkty w innych postępowaniach przetargowych. Tytułem przykładu wskazał na oferty i umowy w innych, analogicznych postępowaniach przetargowych organizowanych w ostatnim czasie, których przedmiotem były m.in. identyczne, co wyżej wskazane produkty i w których to postępowaniach firma Skamex dla tego produktu oferowała cenę od 3,60 zł do 2,33 zł, co zdaniem wykonawcy (...) Proste porównanie wskazanych powyżej cen wskazuje w jednoznaczny sposób, że oferta cenowa Skamex na przedmiotowy produkt jest w niektórych przypadkach zaniżona aż o 120 razy. Tym samym oferta Skamex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Wnioski sformułowane w niniejszym odwołaniu odnośnie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia znajdują – zdaniem Odwołującego - potwierdzenie w ugruntowanych poglądach doktryny i orzecznictwa na ten temat, albowiem jak wynika (...) z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej jest ustalona przez Zamawiającego cena za przedmiot zamówienia, czyli wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego powiększona o podatek VAT. Oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w sposób oczywisty, bezsporny zaniżoną.”

Rozpoznając odwołanie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.1 ustawy Pzp, albowiem stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w odwołaniu mają wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak jak ustaliła Izba, przedmiotem odwołania jest przede wszystkim zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 18, z uwagi na zastosowanie w tej ofercie przez wykonawcę Skamex rażąco niskiej ceny. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia [pkt III.] Zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest sprzęt medyczny obejmujący 219 pakietów. W załączniku nr 1 do siwz, Zamawiający ustalił wzór formularza ofertowego, w którym wymagał podania cen ofert w zakresie każdego z pakietów, a w załączniku nr 2 - ustalił wzór formularza cenowego w zakresie m.in. pakietu nr 18, w którym w kol. 2 oznaczonej, jako „Przedmiot zamówienia” wymagał dostawy trzech filtrów opisanych pod poz.1 do 3 w tym formularzu. Dla każdego z tych produktów wymagał określonych ilości – podanych we wzorze – oraz wymagał m.in. podania ceny jednostkowej, wskazania podatku VAT oraz ceny końcowej brutto dla każdej z tych pozycji. W załączniku nr 8 – projekt umowy - obowiązującym także dla pakietu nr 18 – w § 2 Zamawiający podał, że szczegółowy asortyment towarów będzie określany w chwili złożenia zamówienia, a w § 1 ustalił, że wykonawca jest zobowiązany dostarczać asortyment w zakresie pakietów sukcesywnie na jego zamówienie. Z kolei w § 8 projektu umowy zawarte zostały regulacje w zakresie kar umownych, obliczanych w stosunku do opóźnienia danej dostawy w oparciu o wartość brutto zamówionego towaru. Zdaniem Izby wskazane regulacje nie potwierdzają, że za przedmiot zamówienia, w tym przypadku należy uznać wyłącznie cały pakiet. Także powyższego nie potwierdza § 9 projektu umowy stanowiący o zasadach płatności za towar – zamówiony asortyment. Wobec powyższego – tak jak wynika to z orzecznictwa Izby – w zakresie pakietu nr 18 porównanie cen w stosunku do oferowanych na rynku należy, w okolicznościach niniejszego stanu faktycznego odnieść do cen jednostkowych produktów wymienionych w każdej z trzech pozycji tego pakietu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w toku rozprawy – a także w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 22.08.2012 r.] - wykazywał, że wykonawca ma prawo skalkulować wewnętrzne elementy oferty tj. ceny poszczególnych elementów dostawy w sposób swobodny, albowiem ocenie podlega cena za całość zamówienia, w tym przypadku za pakiet nr 18. Powyższa argumentacja opiera się na założeniu, że cena jest pewną wynikową wartością za wykonanie danego zamówienia, na którą składają się elementy, których jednostkowa wycena pozostaje bez znaczenia dla ceny ogólnej za pakiet. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, wykonawca mógł wycenić jeden z elementów pakietu znacząco niżej nawet w stosunku do ceny rynkowej spornego elementu, albowiem cena, jako całość bilansowała całość przedmiotu dostawy. W analizowanej sprawie nie można uznać, że cena jest płaconą ryczałtem za dostawę wszystkich trzech produktów ujętych w pakiecie nr 18. Tak jak wynika ze wskazanych powyżej regulacji oraz treści formularza w pakiecie nr 18, podstawą płatności będzie de facto cena jednostkowa

skalkulowana przez wykonawcę dla każdego elementu [filtra] dostawy ujętego w formularzu – tabeli dla pakietu nr 18, a to oznacza, że poszczególne dostawy w ramach pakietu nr 18 należy traktować samodzielnie, a cenę za wykonanie danej dostawy, jako cenę za odrębną część zamówienia – elementu w tym pakiecie. Izba zwraca uwagę, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym projektem umowy oraz ofertą wykonawcy, obowiązującą formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie obliczone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz ilości rzeczywiście zamówionych i dostarczonych filtrów z danego pakietu. Z powyższego wynika, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne ceny jednostkowe w pakiecie nr 18 nie są wielkościami o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby, co najwyżej obrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia, ale są to ceny rzeczywiste - do zapłaty. Powyższe wskazuje, że ceną za wykonanie zamówienia nie będzie wyłącznie łączna cena podana w ofercie za wykonanie dostawy w pakiecie nr 18 w ilościach wymaganych i wskazanych w formularzu, ale cena za dostawę rzeczywiście wykonaną. W tych okolicznościach należy uznać, że ceny jednostkowe mają, zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie. Wobec powyższego, ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy. Izba stwierdza również, że kwestionowana w odwołaniu cena jednostkowa [0,03 zł] w ofercie Skamex pod poz.3 w pakiecie nr 18 - zasadnie wywołała wątpliwości Odwołującego, albowiem z porównania cen stosowanych przez tego wykonawcę – na co wskazał Odwołujący - wynika, że oferta cenowa Skamex za produkt – filtr antybakteryjno-wirusowy, elektrostatyczny dla dorosłych - jest w niektórych przypadkach zaniżona aż o 120 razy. Tym samym wykonawca Samex powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu dostawy przedstawionego w ofercie w kwestionowanym zakresie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy cena za ten produkt nie ma charakteru rażąco niskiej. Wyjaśnienia te – uwzględniając także ust. 2 powołanego art. 90 ustawy Pzp – rozstrzygną o podstawach odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp. Z tego powodu uwzględniono odwołanie, nakazując ponowne badanie i ocenę oferty Samex w zakresie pakietu nr 18 na podstawie art. 90 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

.....