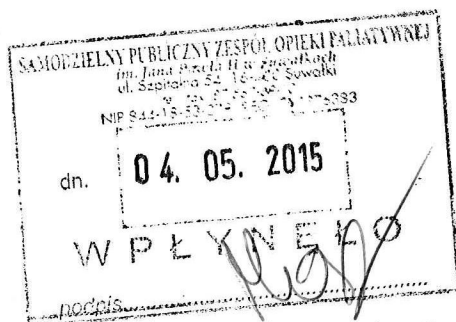


**Ad Casum**

Dębsko, Kosmala, Paczkowski i Partnerzy Sp. p.
Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych

Warszawa, dnia 4 maja 2015 r.



Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołująca: Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa

zastępowana przez radcę prawnego Łukasza Kosmałę
z Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych
Ad Casum - Dębska, Kosmala, Paczkowski i Partnerzy sp. p.
ul. Modra 90/111, 02-661 Warszawa

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Paliatywnej w
Suwałkach im. Jana Pawła II
ul. Szpitalna 54, 16-400 Suwałki
faks: (87) 567 69 10
e-mail: spzop@list.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury medycznej o wartości szacunkowej zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp (znak postępowania: 3/ZP/2015).

ODWOŁANIE

OD NIEZGODNYCH Z PRZEPISAMI USTAWY CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO PODJĘTYCH W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA ORAZ ZANIECHANIA CZYNNOŚCI, DO KTÓRYCH ZAMAWIAJĄCY JEST ZOBOWIĄZANY NA PODSTAWIE USTAWY

Data otrzymania stanowiących podstawę niniejszego odwołania zawiadomień o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o unieważnieniu postępowania – 24 kwietnia 2015 r.

ul. Modra 90/111, 02-661 Warszawa
tel. +48 22 875 21 70, +48 22 825 73 51
fax: +48 22 825 17 95
e-mail: kancelaria@adcasum.pl, www.adcasum.pl

Oddział w Gdyni:
ul. Świętojańska 89/6, 81-381 Gdynia
tel. +48 58 621 64 80
e-mail: kancelaria@adcasum.pl, www.adcasum.pl

Działając na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa, którego dokument wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem elektronicznym z KRS z dnia 28 kwietnia 2015 roku przedkładam, na podstawie art. 180 oraz art. 182 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010 r. n r 113, poz. 759 z późn. zm., dalej: Prawo zamówień publicznych) w imieniu Odwołującej się Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: Covidien, Odwołująca się), wpisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000048187, niniejszym składam odwołanie od czynności Zamawiającego oraz zaniechania podjęcia czynności polegających na:

- 1) unieważnieniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dostawę aparatury medycznej w zakresie Pakietu VII i VIII wobec faktu, iż zdaniem Zamawiającego przyjęte w SIWZ kryterium oceny ofert m.in. na podstawie kosztów eksploatacji zostało rozbieżnie zinterpretowane w złożonych przez wykonawców ofertach, co w ocenie Zamawiającego uniemożliwiło mu wybór najkorzystniejszej oferty, a dalsze prowadzenie postępowania naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania,
- 2) zaniechaniu oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr VII i VIII, w szczególności zaś oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ oraz zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zaskarżonym czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

- 1) naruszenie art. 93 ust 3 pkt 7 Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr VII i VIII z uwagi na fakt, iż przyjęte w SIWZ kryterium oceny ofert m.in. na podstawie kosztów eksploatacji zostało rozbieżnie zinterpretowane w złożonych ofertach, co uniemożliwiło zdaniem Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty, podczas gdy przesłanki unieważnienia postępowania nie wystąpiły. Odwołująca złożyła bowiem najkorzystniejszą ofertę, spełniającą wszelkie warunki udziału w postępowaniu, w szczególności postawione przez Zamawiającego w treści SIWZ z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu, natomiast opis kryteriów i sposobu oceny ofert został sformułowany w sposób jednoznaczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości,
- 2) naruszenie art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych na skutek zaniechania badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle SIWZ oraz powszechnie obowiązujących przepisów prawa,
- 3) naruszenie art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek, co w konsekwencji skutkowało nie uwzględnieniem prawidłowej oferty Odwołującej, która jako jedyna w pełni zastosowała się do jednoznacznego opisu kryteriów i sposobu oceny ofert, przez co doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty firmy Covidien w zakresie pakietu nr VII i VIII SIWZ jako oferty najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej wszelkie warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w treści SIWZ z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu, a nadto jako jedynej, która w pełni odpowiadała wyraźnemu opisowi kryteriów i sposobu oceny ofert.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,

- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu VII i VIII, gdyż oferta złożona przez Odwołującą spełniała wszelkie warunki udziału w tym postępowaniu, w pełni odpowiadała wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w odniesieniu do kosztów eksploatacji będących składową opisu kryteriów i sposobu oceny ofert; a co za tym idzie, nie ziszczyły się żadne przesłanki mogące skutkować uniemożliwieniem zawarcia niepodlegającej odrzuceniu umowy,
- 3) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu VII i VIII,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wybór oferty firmy Covidien w zakresie pakietu VII i VIII jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w SIWZ z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów poniesionych przez firmę Covidien tytułem wpisu od odwołania oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT nr 06/04/2015/021

a ponadto wnoszę o:

- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury medycznej 3/ZP/2015 na okoliczności podniesione w niniejszym piśmie, ze szczególnym uwzględnieniem:
 - braku przesłanek do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp w zakresie pakietów nr VII i VIII,
 - zgodności z wymogami SIWZ oferty Odwołującej oraz spełniania przez nią klarownych kryteriów pozwalających uznać ją jako najkorzystniejszą z prawidłowo złożonych i niepodlegającej odrzuceniu w zakresie pakietu VII i VIII.

UZASADNIENIE

Spółka Covidien Polska sp. z o.o. składając w terminie ofertę w zakresie pakietu nr VII i VIII w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury medycznej o wartości szacunkowej zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp (3/ZP/2015) stała się oferentem oraz potencjalnym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, który na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, tj. podmiotem wskazanym w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dysponującym legitymacją czynną do złożenia niniejszego odwołania

W przypadku zgodnego z prawem dopuszczenia do końcowej oceny, prawidłowo złożonej i w pełni odpowiadającej wymaganiom statutowanym przez Zamawiającego w SIWZ oraz przepisów prawa, oferty firmy Covidien w zakresie pakietu VII i VIII jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu, prawidłowo złożonej i niepodlegającej odrzuceniu, zostałaby wybrana przez Zamawiającego, a firma Covidien podpisałaby z Zamawiającym odpowiednie umowy.

Tym samym firma Covidien składająca przedmiotowe odwołanie bez wątpienia posiada interes prawny w wywiedzeniu niniejszego środka ochrony prawnej przewidzianego Prawem zamówień publicznych.

W dniu 24 kwietnia 2015 r. Zamawiający pismem z tej samej daty poinformował o zakończeniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego i wyborze najkorzystniejszych ofert w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury medycznej oraz o unieważnieniu postępowania na mocy art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp w zakresie pakietów VII i VIII.

Zamawiający poinformował, iż przyjęte w SIWZ kryterium oceny ofert m.in. na podstawie kosztów eksploatacji zostało tak rozbieżnie zinterpretowane w złożonych ofertach, że uniemożliwiło wybór najkorzystniejszej oferty. Dalsze prowadzenie postępowania w ocenie Zamawiającego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Dowód:

- pismo Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2015 r.

Rozstrzygnięcie Zamawiającego, o którym mowa powyżej, nie jest prawidłowe, zostało wydane z rażącym naruszeniem Prawa zamówień publicznych, a jako takie nie może się ostać.

W zakresie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu nr VII i VIII

Zamawiający w pkt XII i XIII SIWZ wskazał opis sposobu obliczania ceny oraz opis kryteriów i sposobu oceny ofert.

Dla Zamawiającego wymogiem było, aby Wykonawca określił cenę w złotych według Formularza Oferty, a cena winna być określona przez wykonawcę z uwzględnieniem wszystkich upustów cenowych (rabatów). Niniejsze wymogi spełnione zostały w ofercie złożonej przez Odwołującą.

Zamawiający w SIWZ wskazał, iż przy wyborze oferty respiratorów i koncentratorów tlenu będzie kierował się następującymi kryteriami:

Kryterium eksploatacji

1. Cena 70
2. Koszty eksploatacji 30

Wartość kryterium nr 1- będzie ustalona według następującego wzoru:

$Wk1 = \text{najniższa cena spośród oferowanych} \times 100 / \text{cena oferowana} \times 0,7$

Wartość kryterium nr 2- będzie ustalona według poniższego wzoru:

$Wk2 = \text{punkty przyznane ofercie} \times 30 / 30$

Kryterium oceny kosztów eksploatacji

Koszty eksploatacji/obowiązków serwisowych (M),

- nazwa i wartość (zł) wszystkich części jakie będą podlegać wymianie oraz robocizny w okresie eksploatacji (kilkukrotną wymianę należy sumować) przeliczane na 1 rok- najwyższa punktacja 20 pkt
- nazwa i wartość (zł) najdroższej części przedmiotu zamówienia, która potencjalnie może ulec uszkodzeniu po okresie gwarancji- najwyższa punktacja 10 pkt

Sposób wyliczenia M

$M = \text{najniższa wartość spośród oferowanych} / \text{wartość oferty} \times \text{maksymalna liczba punktów ocenionego parametru}$

Dowód:

- SIWZ strony 1-7

Odwolująca złożyła ofertę spełniającą wszystkie powyżej wskazane wymogi SIWZ, a także zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zaś zarówno oferta złożona przez wykonawcę Bjeska A.Pytel, R. Suchanek SJ z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Bjeska”) jak i przez wykonawcę Aero-Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Aero- Medica”) nie spełniały wymogów SIWZ odnośnie wskazania kosztów eksploatacji urządzenia, co szczegółowo zostanie przedstawione poniżej.

Jedynie oferta złożona przez firmę Covidien zawierała wszelkie wymagane i niezbędne dla Zamawiającego informacje, w szczególności umożliwiające Zamawiającemu estymację kosztów eksploatacyjnych zamawianego sprzętu. Na 11 stronie oferty złożonej przez Odwołującą w zakresie pakietu VII i VIII Odwołująca wpisała dokładną cenę zamówienia oraz kwotę 4.884,00 zł jako realny koszt eksploatacji tego urządzenia.

Nadto Odwołująca precyzyjnie wskazała (str. 17 i 20 oferty), że udziela 36-miesięcznej gwarancji, w okresie której w przypadku dwukrotnego uszkodzenia tej samej części zobowiązuje się wymienić sprzęt na nowy oraz dostarczyć sprzęt zastępczy w okresie serwisowania. Zatem oferta złożona przez Odwołującą w sposób przejrzysty obrazowała warunki gwarancyjne sprzętu przez okres 36 miesięcy oraz dalsze rzeczywiste koszty eksploatacji zamówionego urządzenia. Oferta Covidien spełniała wszystkie wymogi SIWZ i odpowiadała przepisom prawa. Zatem co najmniej jedna złożona oferta w tym postępowaniu nie podlegała odrzuceniu. Można więc zasadnie wnioskować, że skoro co najmniej jednej ofercie nie można zarzucić sprzeczności z SIWZ i przepisami prawa to kryteria i sposób oceny ofert zawarte w SIWZ zostały sprecyzowane przez Zamawiającego jednoznacznie i można było przystąpić do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dowód:

- oferta Odwołującej

Mimo iż oferta złożona przez firmę Covidien zawierała wszelkie informacje wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ, w ocenie Zamawiającego ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 93 pkt 1 ust 7 Pzp. Zgodnie z tą normą *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia: 7) jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*

Z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić.

Wskazać należy, iż Zamawiający w SIWZ zażądał podania nazwy i wartości wszystkich części jakie będą podlegać wymianie oraz koszty robocizny w okresie eksploatacji przeliczanej na 1 rok. Dokładnie takie też informacje znalazły się w ofercie złożonej przez firmę Covidien. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał podania rzeczywistych kosztów eksploatacji, a na oferentach ciążył wywodzony z prawa cywilnego, obowiązek działania w tym zakresie ze starannością profesjonalisty. Zatem obowiązkiem oferentów było podanie profesjonalnej i rzetelnej informacji o kosztach eksploatacji w ujęciu oczekiwanym przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający wymagał podania kosztów eksploatacji respiratorów to niewątpliwie zależało mu na oszacowaniu rzeczywistych kosztów, które w przyszłości ewentualnie będzie musiał ponosić w związku z użytkowaniem tego urządzenia. Łatwą do odczytania intencją Zamawiającego było zatem określenie przewidywanego ryzyka związanego z obciążeniem potencjalnymi kosztami i dokonanie ewentualnych rezerw finansowych na ten cel.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż wykonawca Bjeska w swojej ofercie w zakresie pakietu VII i VIII podała: „wartość sumaryczna w okresie eksploatacji tj. 36 miesięcy = 1,00 zł brutto”.

Z kolei wykonawca Aero- Medica w ogóle nie wskazał w złożonej ofercie kosztów eksploatacji sprzętu, a zatem nie spełnił wymogów statutowanych w SIWZ. Nie jest wiadomym ile wynoszą koszty eksploatacyjne oferowanego przez tego wykonawcę

sprzętu. Takiego zachowania pozostałych wykonawców nie sposób jednak traktować za odmienną interpretację SIWZ, a za nie sprostanie jego wymogom.

Oznacza to, iż zarówno oferta wykonawcy Bjeska, jak i wykonawcy Aero Medica już z tej przyczyny podlegała odrzuceniu na mocy art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Dowody:

- oferta Bjeska
- oferta Aero Medica

Podkreślić należy, iż podanie przez wykonawcę Bjeska w ofercie rażąco zaniżonej – symbolicznej - ceny tylko po to, aby rzekomo zastosować się do podziału cenowego opisanego w SIWZ i uzyskać najwyższą ilość punktów, a nie przedstawić rzeczywiste koszty eksploatacji respiratorów, nie spełnia wymogów SIWZ. Tak sformułowana oferta stanowi jedynie próbę ominięcia jednoznacznych zapisów SIWZ celem uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, czego zaaprobować nie można.

Zamawiający pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r. zwrócił się do wykonawcy Bjeska o wyjaśnienie, dlaczego wskazał bardzo niskie ceny eksploatacji urządzeń oraz o wyjaśnienie, dlaczego przy ocenie kosztów eksploatacji wpisano, iż jest to wycena za okres 36 miesięcy czyli obejmująca okres gwarancyjny. Wykonawca w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego zdawkowo i wymijająco wskazał, iż założył że okres eksploatacji urządzenia wynosi 36 miesięcy oraz że nie jest w stanie określić jaki będzie koszt eksploatacji urządzenia przez Zamawiającego w kolejnych latach z uwagi m.in. na intensywność wykorzystywania urządzenia. Tym samym faktyczny brak obiektywnych wyjaśnień lub choćby ocena tych wyjaśnień pozwalająca na stwierdzenie zaproponowania rażąco niskiej ceny powinny skutkować odrzuceniem oferty Bjeska także na mocy art. 90 ust 3 Pzp.

Dowody:

- pismo Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r.
- pismo Bjeska z dnia 16 kwietnia 2015 r.

W świetle stanowiska wykonawcy Bjeska z pisma z dnia 16 kwietnia 2015 r. wyjaśnić należy, iż zgodnie z treścią SIWZ koszty eksploatacji miały zostać przeliczone na 1 rok, co oznacza że jeżeli dana część zgodnie z harmonogramem przeglądów ma być wymieniana np. co 3 lata, to należy uwzględnić przy wyliczeniu kosztów rocznych 1/3 wartości tej części. Tak więc kryterium kosztów eksploatacji zostało przez Zamawiającego precyzyjnie i jednoznacznie określone, dając Zamawiającemu realny pogląd jakie koszty będzie ponosił w związku z wykorzystywaniem zamówionego sprzętu. Klarowność tego opisu potwierdza także sama oferta złożona przez Odwołującą, w której nie ma żadnych rozbieżności interpretacyjnych, a jednocześnie została w pełni dostosowana do wymogów Zamawiającego. W opisie kryterium kosztów eksploatacji nie zostało w żadnym miejscu wskazane, aby wyliczać koszty eksploatacji urządzenia w pełnym okresie gwarancji. Oczywistym jest, że okres gwarancji jest okresem, w którym Zamawiający uzyskuje finansowe – eksploatacyjne zabezpieczenie na wypadek ewentualnych usterek sprzętu.

Odwołująca także zwracała uwagę Zamawiającemu na niezgodność oferty wykonawcy Bjeska z treścią SIWZ w piśmie datowanym na dzień 1 kwietnia 2015 r. Firma Covidien wskazywała, że okres eksploatacji nie jest tożsamy z okresem gwarancji. Oznacza to, iż firma Bjeska nie zastosowała się do wymogów SIWZ i wskazała nierealnie niskie koszty eksploatacji urządzenia, skutkiem czego Zamawiający nie uzyskał rzetelnej informacji co do prognozy kosztów związanych z użytkowaniem zamówionego sprzętu. Nawet gdyby uznać, że oferta wykonawcy Bjeska przewiduje choćby roczny koszt eksploatacji sprzętu na poziomie 1,00 zł brutto – czemu Odwołująca przeczy – to i tak bezspornie należy stwierdzić, że jest to cena rażąco zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistych kosztów związanych z eksploatacją tego rodzaju sprzętu.

W końcu nie było zamiarem Zamawiającego powzięcie informacji o kosztach eksploatacji urządzenia w okresie obowiązywania gwarancji, a uzyskanie prognozy spodziewanych dalszych kosztów używania zamówionego urządzenia.

Dowód:

- pismo Covidien z dnia 1 kwietnia 2015 r.

Na poparcie stanowiska Odwołującej, iż zarówno oferta firmy Bjeska, jak i firmy Aero- Medica nie spełniała wymogów SIWZ warto również powołać aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

„oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości jakości warunków realizacji i innych istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego (Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2009 roku, KIO/UZP 1567/09, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2010. 1 poz. 5). „

Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 roku, KIO/UZP 133/09).

W dalszej kolejności podnieść należy, iż w ocenie Odwołującej treść złożonej przez firmę Bjeska oferty stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 Pzp, a zatem zaszyły przesłanki uprawniające Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wykonawca Bjeska oferuje bowiem aparaturę medyczną o rażąco заниżonych kosztach eksploatacji, zupełnie odbiegających od realiów rynkowych. W końcu to w kompetencji Zamawiającego leży cena czy złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji czy też obejmuje rażąco niską cenę.

Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 roku, XIX Ga 128/08)

Należy zwrócić jednak uwagę, że zarówno przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak i obyczaje (rozumiane jako normy, które wynikają z ukształtowanego zwyczaju i zasad prawnych) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w innym miejscu niż w obrocie prywatnym stawiają granicę dopuszczalnych zachowań. O ile np. w przypadku złożenia oferty na podstawie przepisów kodeksu cywilnego nawet intensywne nakłanianie do jej przyjęcia nie pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami, a zdaniem sądu nie narusza obyczajów kupieckich przyjętych i akceptowanych w obrocie gospodarczym, o tyle w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zwyczajem jest powstrzymywanie się wykonawców od jakichkolwiek działań mających wpłynąć na decyzję zamawiającego o przyjęciu oferty (Komentarz Włodzimierz Dzierżanowski, lex 2014, art. 89 PZP).

Tym samym ponownie należy zauważyć, iż wskazanie przez firmę Bjeska w ofercie kosztów eksploatacji urządzenia w wysokości jedynie 1,00 zł brutto z całą pewnością sprzeczne jest z dobrymi obyczajami i zmierza jedynie do obejścia wymogów SIWZ w celu uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia przetargu.

Zamawiający unieważniając postępowanie powołuje się na art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym *postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp wynika, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która po pierwsze jest niemożliwa do usunięcia, a po drugie uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W przedmiotowym postępowaniu nie zaszły jednak żadne przesłanki, o których mowa w art. 146 ust 1 Pzp, brak jest bowiem powodów uniemożliwiających zawarcie przez Zamawiającego z firmą Covidien niepodlegającej unieważnieniu umowy, bowiem oferta złożona przez firmę Covidien spełniała wszelkie wymogi stawiane w SIWZ. W konsekwencji nie istniały podstawy do stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne, co jest równoznaczne z tym że nie można przyjąć, aby istniały podstawy do unieważnienia postępowania ramach omawianych pakietów.

Odwołująca jako jedyna z wykonawców złożyła w pakcie VII i VIII ofertę w pełni spełniającą wymogi SIWZ, a zatem oferta co najmniej jednego wykonawcy spełniała wymogi Zamawiającego i nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający miał zatem możliwość pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania w zakresie tych pakietów.

Stanowisko Odwołującej znajduje oparcie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

W wyroku z dnia 11 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1604/10, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwróciła uwagę, że: *"Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe. (...) Nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy zamawiający wykluczył wykonawcę, którego oferta jedynie hipotetycznie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Nie można przyjąć, że w takiej sytuacji zaistniało naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania. Ewentualnie błędne decyzje zamawiającego dotyczące innego wykonawcy, których wzruszenie nie jest już możliwe, nie mają żadnego wpływu na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji zamawiający winien zawrzeć umowę z wykonawcą, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p."*

Dalej należy podnieść, że zanim Zamawiający mógłby stwierdzić, iż tak dalece wadliwie sformułował SIWZ, że spowodował skrajnie odmienne interpretacje w stopniu uzasadniającym unieważnienie postępowania, powinien wykluczyć, iż którakolwiek z tych konkurencyjnych interpretacji jest wadliwa. Inaczej mówiąc wszystkie możliwe lub zaprezentowane w postępowaniu interpretacje musiałyby okazać się prawidłowe w świetle wykładni samych postanowień SIWZ i powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Tyko wówczas bowiem, można byłoby mówić o nieusuwalnej wadzie, uzasadniającej unieważnienie postępowania, skoro rozumując logicznie, zgodnie z zasadami języka i celem postępowania, można uzyskać skrajnie odmienne rezultaty. Złożenie oferty, na podstawie odmiennej interpretacji, która jednak jest w świetle wykładni gramatycznej i celowościowej sprzeczna z SIWZ, nie powinno prowadzić do rozważania odmienności podejścia oferentów, lecz do odrzucenia ofert niezgodnych z SIWZ. Szeroko zatem opisując w niniejszym odwołaniu wady ofert konkurentów Covidien podnosi, iż ich interpretacje SIWZ były wadliwe. A zatem nie mogły zostać zaaprobowane przez Zamawiającego w toku oceny ofert. To powinno zaś prowadzić nie do unieważnienia postępowania, lecz odrzucenia ofert niezgodnych z SIWZ oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród tych, które odrzuceniu nie podlegały.

Na koniec wskazać również należy, iż identyczne warunki oceny ofert jak w pakietach VII i VIII wskazane zostały przez Zamawiającego również odnośnie pakietu IV (koncentraty tlenu). W zakresie tego pakietu przetarg został rozstrzygnięty i wybrano najkorzystniejszą ofertę. Zatem wybrany został wykonawca, którego oferta spełniała wszelkie wymogi SIWZ i była najkorzystniejsza. Oznacza to, iż w SIWZ w sposób wystarczająco precyzyjny określone zostały m.in. wymogi co do wskazania

kosztów eksploatacji oferowanego urządzenia. Tym samym zaniechanie wyboru oferty Covidien jako jedynej najkorzystniejszej i złożonej zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz unieważnienie postępowania w zakresie pakietów VII i VIII wskazuje na stosowanie przez Zamawiającego różnej oceny pakietów w jednym postępowaniu prowadzące do nierównego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze przytoczoną argumentację, wnoszę jak na wstępie niniejszego odwołania.

Uprzejmie proszę o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego pisma.

Załączniki:

- potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- dokumenty pełnomocnictw wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- odpis z KRS odwołującej się firmy Covidien Polska Sp. z o.o.;
- załączniki wskazane w treści pisma,
- faktura VAT nr 06/04/2015/021
- potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Lukasz Kosmała
RADCA PRAWNY

Warszawa, dnia 28 kwietnia 2015 roku

PEŁNOMOCNICTWO

Działając w imieniu Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie udzielamy radcy prawnemu Łukaszowi Kosmali z Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych „Ad Casum” Dębska, Kosmala, Paczkowski i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie pełnomocnictwa do reprezentowania Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu z odwołania, w tym do sporządzenia i wniesienia odwołania przez Covidien Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Opieki Paliatywnej w Suwałkach im. Jana Pawła II dotyczącego przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury medycznej o wartości szacunkowej zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydawanych na podstawie art. 11 ust 8 pzp (nr przetargu: 3/ZP/2015).

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia także do występowania przed sądem w przypadku wniesienia skargi.

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw (substytucji) oraz upoważnień.

Covidien Polska Sp. z o.o.

Aneta Rafiszow
Członek Zarządu

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

Covidien Polska Sp. z o.o.

Adam Jagoda
Członek Zarządu

Za zgodność z oryginałem świadczy
radca prawny Łukasz Kosmala

2015-05-04

WARSZAWA

Warszawa, dnia 28 kwietnia 2015 roku

PEŁNOMOCNICTWO

Działając w imieniu Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie udzielamy pracownikom Spółki: Barbara Urbanek, Jarosław Tyszk, Mariusz Chyliński, Maciej Jarząbczyk i Michał Marach pełnomocnictwa do reprezentowania Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu z odwołania składanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Opieki Paliatywnej w Suwałkach Im. Jana Pawła II dotyczącego przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury medycznej o wartości szacunkowej zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydawanych na podstawie art. 11 ust 8 pzp (nr przetargu: 3/ZP/2015).

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia także do występowania przed sądem w przypadku wniesienia skargi.

Covidien Polska Sp. z o.o.

[Signature]
Aneta Jafiszow
Członek Zarządu

Covidien Polska Sp. z o.o.

Al. Jerozolimskie 162

02-342 Warszawa

Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

Covidien Polska Sp. z o.o.

[Signature]
Krzysztof Bugda
Członek Zarządu

Za zgodność z oryginałem świadczy
radca prawny E. Kossowski

2015-05-04

W. WARSZAWA