

**WYROK**

**z dnia 29 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:                   Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:                         Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawcę **PRO-ZDROWIE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu**

przy udziale wykonawcy **M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Aero-Med M. M. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Aero-Med M. M. w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów strony poniesionych w tytulu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**Sygn. akt KIO 2918/21**

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący :** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa koncentratorów tlenu dla potrzeb Ośrodka Domowego Leczenia Tlenem oraz dostawa produktów leczniczych do hemodiafiltracji wraz z akcesoriami niezbędnymi do przeprowadzenia zabiegów i dzierżawą czterech aparatów dla potrzeb Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii WSZ w Elblągu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 146-385396.

W dniu 4 października 2021r. wykonawca - PRO-ZDROWIE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące pakietu nr 1, zarzucając naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Aero-Med M. M. w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na brak podania w ofercie daty produkcji oferowanych koncentratorów tlenu oraz niedozwolone uzupełnienie oferty w tym zakresie po terminie składania ofert;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na fakt samowolnego, bez uzyskania zgody Zamawiającego, zaoferowania innego akcesorium od wymaganego w pkt. 7 Specyfikacji technicznej kondensatora zamiast baterii 9V;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, względnie wezwania wykonawcy do złożenia w sprawie wyliczenia ceny, mimo że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. art. 126 ust. 1 Pzp w zw. z art. 126 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia aktualnego na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o aktualności informacji podanych w oświadczeniu JEDZ;

5. art. 126 ust. 1 Pzp w zw. z art. 126 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia aktualnego na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej;

6. art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia JEDZ, pomimo że w sekcji Części 2 Sekcja A złożonego wraz z ofertą oświadczenia JEDZ nie wskazano części zamówienia, w odniesieniu do której (których) wykonawca składa ofertę;

7. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej Przystępującego, którego oferta powinna zostać odrzucona oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w oparciu o tak postawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 września 2021 r. w Pakiecie nr 1,
2. odrzucenia oferty Przystępującego w Pakiecie nr 1,
3. powtórzenia czynności oceny i badania ofert w Pakiecie nr 1,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiem rozdziału XIV ust. 4 pkt 3 SWZ wraz z ofertą w zakresie pakietu nr 1 należało złożyć wypełnioną specyfikację techniczną dla koncentratorów tlenu oraz warunki gwarancji, serwisu i szkoleń, stanowiącą załącznik Nr 1A do SWZ, dalej „Specyfikacja Techniczna”, w której należało m.in. zidentyfikować przedmiot oferty poprzez podanie nazwy, typu aparatu, producenta i roku produkcji oferowanych koncentratorów, z uwzględnieniem wymagania, zgodnie z którym łączny czas eksploatacji w trakcie trwania 36 miesięcznej umowy dzierżawy nie może przekraczać 5 lat. W Specyfikacji Technicznej należało także potwierdzić wymagane parametry względnie podać opis parametrów oferowanych urządzeń. Odwołujący podkreślił, że Specyfikacja Techniczna nie została wymieniona w rozdziale X SWZ określającym przedmiotowe środki dowodowe, podlegające uzupełnieniu w przypadku stwierdzenia ich braku lub niekompletności, zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą Przystępujący złożył Specyfikację Techniczną oferowanych koncentratorów tlenu, w której nie podał informacji o ich roku produkcji, w sytuacji gdy rok produkcji stanowił istotny wymóg i treść oferty, ponieważ łączny czas eksploatacji w trakcie trwania 36 miesięcznej umowy dzierżawy nie może przekraczać 5 lat. Ponadto Odwołujący wskazał, że w pkt. 7 działu „Warunki Graniczne (parametry wymagane)” Specyfikacji Technicznej Przystępujący samowolnie zaoferował inne rozwiązanie niż wymagane przez Zamawiającego, zamiast potwierdzić zaoferowanie akcesorium w postaci

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający wobec braku podania roku produkcji w Specyfikacji Technicznej złożonej przez Przystępującego w dniu 13 września 2021 r. skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 107 ust. 2 Pzp, w odpowiedzi na które, Przystępujący uzupełnił braki wskazując, że przedmiotem dzierżawy będą koncentratory z rocznika 2018, 2019 i 2020.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Specyfikacja techniczna dla koncentratorów tlenu, załącznik nr 1A do SWZ, stanowiła treść oferty wykonawcy, jako dokument określający i precyzujący zobowiązanie wykonawcy. Oznacza to, że brak podania przez Przystępującego roku produkcji zaoferowanego przez niego urządzenia nie spełnia minimalnego wymogu określonego w Specyfikacji Technicznej. W konsekwencji Zamawiający nie miał możliwości ustalenia, jakie koncentratory (w jakich latach produkcji) zostały zaoferowane, co uniemożliwiło mu poprawienie oferty. Powyższe oznacza, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Natomiast pomimo zaistnienia nieusuwalnego braku Przystępujący został wezwany w dniu 13 września 2021 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp pomimo, że Specyfikacja Techniczna nie stanowiła przedmiotowego środka dowodowego w niniejszym postępowaniu. Powyższe spowodowało, że w sposób niedozwolony dokonano uzupełnienia treści złożonej oferty po terminie składania ofert.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Przystępujący wbrew wymogom Specyfikacji Technicznej nie załączył wymaganego akcesorium w postaci baterii 9V, co oznacza, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem nie potwierdza spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaoferował cenę jednostkową netto za 1 miesiąc dzierżawy 1 szt. oferowanego koncentratora tlenu w kwocie 65 zł, którą nie można jego zdaniem uznać za cenę rynkową. Potwierdza to m.in. zestawienie cen z poprzednich postępowań Zamawiającego, postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, a także ogólnodostępnych danych na temat cen wypożyczenia koncentratorów tlenu. Odwołujący wskazał, że w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na dzierżawę koncentratorów tlenu w 2020r, zostały złożone dwie ofert z ceną netto 89,43 zł/miesiąc oraz cena netto 93,20 zł / miesiąc (zwolnienie z VAT).

Odwołujący wyjaśnił, że w cenie miesięcznej opłaty dzierżawnej należało wliczyć wszystkie obligatoryjne koszty wykonania zamówienia wynikające z SWZ. W SWZ wskazano, że Zamawiający nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów związanych z

## Sygn. akt KIO 2918/21

dzierżawą koncentratorów tlenu — poza miesięczną opłatą dzierżawną (rozdział IV pkt. 1.5). Natomiast jak wynika z postanowienia rozdziału IV pkt. 1.3 SWZ Wykonawca ponosi koszty związane z :

- transportem urządzeń do i od użytkownika, również w przypadku awarii.
- zainstalowaniem i przekazaniem do eksploatacji urządzeń,
- pełną opieką serwisową,
- awarią techniczną urządzeń,
- eksploatacją koncentratorów,
- serwisem
- konserwacją
- obsługą
- szkoleniem pacjentów, personelu które to koszty należało uwzględnić w miesięcznej opłacie dzierżawnej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że każdy wykonawca ponosi koszty ogólne związane z tą umową, takie jak koszt osoby wyznaczonej w firmie do realizacji zgłoszeń z umowy, co przy 80 koncentratorach jest istotnym zaangażowaniem czasowym. Konieczne jest także uwzględnienie przypadków zmiany pacjenta, do którego kierowany jest dany koncentrator. W takim przypadku należy dostarczyć nowy koncentrator a dotychczasowy koncentrator poddać przeglądowi. W jego ocenie Zamawiający zaniechał weryfikacji, czy kwota 65 zł podana w ofercie Przystępującego jest realna z punktu widzenia daty produkcji oferowanych koncentratorów. Uwzględniając realia rynkowe, a także koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, które muszą wystąpić Zamawiający powinien powziąć co najmniej wątpliwość, czy zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest ceną rażąco niską, i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. Wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia poparte dowodami, wskazujące jakie dokładnie koszty i na jakim poziomie uwzględnił. Zaniechanie należytego zbadania realności i prawidłowości kalkulacji ceny zaoferowanej przez Przystępującego stanowi naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 PZP

Uzasadniając zarzut naruszenia 126 ust. 1 Pzp w zw. z art. 126 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia aktualnego na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o aktualności informacji podanych w oświadczeniu JEDZ Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie o aktualności informacji podanych w oświadczeniu JEDZ. Oświadczenie o aktualności powinno być

złożone w toku postępowania, na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 126 ust. 1 Pzp i potwierdzać, że informacje potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia podane na dzień składania ofert - są nadal aktualne w toku postępowania. Tymczasem oświadczenie o aktualności zostało złożone wraz z oświadczeniem JEDZ, wskutek czego oświadczenie nie spełnia swojego celu.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał także wezwania Przystępującego do złożenia aktualnego na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej. Wskazał, że Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, pomimo że nie był mu znany krąg wykonawców, którzy złożyli oferty.

Również w opinii Odwołującego Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia JEDZ, pomimo że w sekcji Części 2 Sekcja A złożonego wraz z ofertą oświadczenia JEDZ nie wskazano części zamówienia, w odniesieniu do której (których) wykonawca składa ofertę.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Aero-Med M. M. w Warszawie ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

**Izba ustaliła:**

Zamawiający w rozdziale X „*Dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (przedmiotowe środki dowodowe)*” określił, że Wykonawca

zobowiązany jest dołączyć w zakresie pakietu Nr 1 dokumenty dopuszczające oferowany przedmiot zamówienia do obrotu i używania zgodnie z Ustawą z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych.

W rozdziale XIV pkt 3 zd. drugie „Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów” Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć m.in. w zakresie pakietu Nr 1 – wypełnioną specyfikację techniczną dla koncentratorów tlenu oraz warunki gwarancji, serwisu i szkoleń, stanowiącą załącznik Nr 1A do SWZ.

W załączniku nr 1A do SWZ „Specyfikacja techniczna dla koncentratorów tlenu” Zamawiający wymagał podania m.in.

- 1) Nazwa-typ aparatu,
- 2) Producent:
- 3) Rok produkcji (łącznie czas eksploatacji w trakcie trwania 36 miesięcznej umowy dzierżawy nie może przekraczać 5 lat ).

Ponadto w Tabeli „WARUNKI GRANICZNE (parametry wymagane)” w pozycji nr 7 Zamawiający wymagał zaoferowania: Akcesoria: nawilżacz, kaniula tlenowa 5 m, 2 filtry zewnętrzne, bateria 9V.

**Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że na gruncie wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy. Aby Zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu, jest zobowiązany porównać, czy wymagania opisane przez niego w warunkach zamówienia znajdują swoje odzwierciedlenie w treści oferty złożonej przez wykonawcę. Podkreślić należy, że Zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast wykonawca zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, na skutek zaniechania odrzucenia oferty

Przystępującego z powodu braku podania przez niego roku produkcji oferowanych koncentratorów oraz poprzez brak zaofierowania w ofercie baterii 9V.

Odnosząc się na wstępie do stanowiska Zamawiającego odnośnie możliwości zastosowania w niniejszym stanie faktycznym art. 107 ust. 2 Pzp zgodnie którym jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, ustalenia wymagało jaki charakter w niniejszym postępowaniu posiadał załącznik numer 1A do SWZ.

Izba analizując treść SWZ w tym przede wszystkim postanowienia rozdziału X określającego przedmiotowe środki dowodowe oraz postanowienia rozdziału XIV stwierdziła, że nie sposób uznać, że załącznik nr 1A stanowił przedmiotowy środek dowodowy, który podlegałby uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że załącznik nr 1A do SWZ stanowił treść oferty wykonawcy. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wykonawca właśnie w tym załączniku w sposób wyraźny konkretyzował oferowany przedmiot zamówienia podając jego nazwę – typ aparatu, producenta oraz rok produkcji. To właśnie na podstawie tego dokumentu Zamawiający ustalał co jest mu oferowane. Brak podania roku produkcji oferowanych koncentratorów, stanowi więc nieusuwalny brak oferty, bowiem oznacza brak złożenia oświadczenia woli Przystępującego, co do tego jaki konkretny koncentrator oferuje. Powyższy sposób sporządzenia oferty przez Przystępującego uniemożliwił w konsekwencji zbadanie tej oferty przez Zamawiającego pod względem zgodności z wymaganiem SWZ zgodnie z którym łączny czas eksploatacji w trakcie trwania 36 miesięcznej umowy dzierżawy nie może przekraczać 5 lat.

Tym samym brak wskazania roku produkcji oferowanych koncentratorów stanowił nieusuwalny brak oferty, co wiązało się z koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zaofierowania w pozycji nr 7 załącznika nr 1A do SWZ kondensatora zamiast baterii 9 V to Izba w tym zakresie również podzieliła stanowisko Odwołującego. Podkreślić należy, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, że celem żądania dołączenia jako akcesorium do koncentratorów baterii 9V było sygnalizowanie alarmem braku zasilania prądem. Skoro więc Przystępujący zaofierował kondensator, który jak wskazał Zamawiający, spełnia tą samą funkcję, to zgodnie z art. 101 ust. 6 Pzp Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Przystępującego. Powyższe stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę.

Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający w treści załącznika nr 1A do SWZ w tabeli „WARUNKI GRANICZNE (parametry wymagane)” w sposób wyraźny wskazał, że obowiązkiem wykonawców jest zaoferowanie wraz z koncentratorem dodatkowych akcesoriów, w tym baterii 9V. Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie zawarł postanowienia dopuszczającego możliwość zastąpienia baterii 9V innym akcesorium, nie wskazał także jaki jest cel i funkcjażądanego akcesorium. Powyższe w ocenie składu orzekającego powoduje, że brak zaoferowania wymaganego przez Zamawiającego akcesorium powoduje, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SWZ i również z tego powodu podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający w SWZ nie sporządził opisu funkcjonalnego, nie określił funkcji i celu dotyczącego żądania zaoferowania powyższego akcesorium, nie odwołał się do żadnych norm a w związku z tym w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mógł mieć zastosowania przepis ust. 6 art. 101 Pzp.

Izba za przedwczesny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie natomiast do treści art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zastosowanie więc sankcji określonej w powyższych przepisach możliwe jest dopiero po ustaleniu, że cena jest rażąco niska lub wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Aby się tak stało konieczne jest natomiast skierowanie wezwania przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Jak natomiast ustaliła Izba w trakcie ustawy Zamawiający nie wzywał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Rozważenia Izby podlegało więc czy w rozpoznawanej sprawie Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do zaoferowanej przez Przystępującego ceny, tj. czy za 65 zł/miesiąc wykonawca ten jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Izba uwzględniła w tym zakresie powoływane przez Odwołującego dowody dotyczące oferowanych stawek za ten rodzaj usługi a także wynikające z rozdziału IV pkt. 1.5 koszty jakie należy wliczyć przy wykonaniu zamówienia wynikające z SWZ.

Podkreślić należy, że zarówno Przystępujący jak też Zamawiający nie przedłożyli żadnego dowodu potwierdzającego realność zaoferowanej ceny. Izba za gołosłowne uznała stanowisko Przystępującego odnośnie oferowania przez niego niższej stawki za dzierżawę koncentratorów w szpitalu na Banacha czy w szpitalu w Łodzi, ponieważ Przystępujący nie przedstawił na tę okoliczność jakiegokolwiek dowodu.

Izba za zasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 126 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia aktualnego na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o aktualności informacji podanych w oświadczeniu JEDZ oraz oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Ponadto zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) Zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, może żądać oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego. W ocenie Izby powyższe przepisy zobowiązują Zamawiającego do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do złożenia wraz z ofertą załącznika nr 4 do SWZ z oświadczeniem: „Nie przynależę do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086) z innymi Wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu” Izba stwierdziła, że powyższe nie jest wystarczające. Wskazać bowiem należy, że w momencie składania oferty Przystępujący nie miał wiedzy o wykonawcach, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. Celem natomiast złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej jest ocena, czy nie zachodzą określone powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami rzeczywiście konkurującymi o dane zamówienie. Tym samym oświadczenie, to winno zostać złożone dopiero w chwili, gdy składający oświadczenie wie, którzy wykonawcy złożyli w tym samym postępowaniu.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający zobligowany był wezwać Przystępującego do złożenia powyższych oświadczeń, a brak dokonania tych czynności skutkowało naruszeniem art. 126 ust. 1 Pzp. Wyjaśnić należy, że z uwagi na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Izba nie nakazywała Zamawiającemu podjęcia czynności w tym zakresie jak również w zakresie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba nie podzieliła natomiast zarzutu odnośnie braku wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ o wskazanie części zamówienia na którą została złożona oferta. Izba uznała bowiem, że skoro w treści formularza oferty Przystępujący wskazał w sposób niebudzący żadnych wątpliwości część zamówienia oraz wraz z ofertą złożył dokument JEDZ, to w ocenie Izby brak wskazania kwestionowanej przez Odwołującego informacji, nie wpływał na prawidłowość tego dokumentu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

**Przewodniczący :** .....