

**WYROK**

Warszawa, dnia 23 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CITONET-SZCZECIN SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szczecinie, TORUŃSKIE ZAKŁADY MATERIAŁÓW OPATRUNKOWYCH – SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego UNIWERSYTECKI SZPITAL KLINICZNY NR 1 IM. PROF. TADEUSZA SOKOŁOWSKIEGO PUM W SZCZECINIE

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego NEOMED POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Piasecznie

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu UNIWERSYTECKIEMU SZPITALOWI KLINICZNEMU NR 1 IM. PROF. TADEUSZA SOKOŁOWSKIEGO PUM W SZCZECINIE:
  - 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 7,
  - 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu 7, a w jej ramach odrzucenie:
    - a) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy NEOMED POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Piasecznie, którego wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny
    - b) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy MERCATOR MEDICAL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Krakowie, którego wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego UNIWERSYTECKI SZPITAL KLINICZNY NR 1 IM. PROF. TADEUSZA SOKOŁOWSKIEGO PUM W SZCZECINIE i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CITONET-SZCZECIN SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szczecinie, TORUŃSKIE ZAKŁADY MATERIAŁÓW OPATRUNKOWYCH – SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od zamawiającego UNIWERSYTECKIEGO SZPITALA KLINICZNEGO NR 1 IM. PROF. TADEUSZA SOKOŁOWSKIEGO PUM W SZCZECINIE na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CITONET-SZCZECIN SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szczecinie, TORUŃSKIE ZAKŁADY MATERIAŁÓW OPATRUNKOWYCH – SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Toruniu kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

## Sygn. akt KIO 24/24

### UZASADNIENIE:

UNIWERSYTECKI SZPITAL KLINICZNY NR 1 IM. PROF. TADEUSZA SOKOŁOWSKIEGO PUM W SZCZECINIE – do 31 grudnia 2023 r. jako SAMODZIELNY PUBLICZNY SZPITAL KLINICZNY NR 1 IM. PROF. TADEUSZA SOKOŁOWSKIEGO PUM W SZCZECINIE (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „dostawa artykułów z włókniny jednorazowego użytku oraz ubrań wielorazowego użytku dla SPSK1 nr 1 PUM”, nr referencyjny: ZP-261-55/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2023 r. pod numerem: 2023/S 135-430783.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CITONET-SZCZECIN SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szczecinie, TORUŃSKIE ZAKŁADY MATERIAŁÓW OPATRUNKOWYCH – SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 stycznia 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.: zaniechania odrzucenia oferty Neomed Polska sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie w zakresie pakietu 7, zaniechania odrzucenia oferty Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu 7 oraz wyboru oferty Neomed Polska sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie w zakresie pakietu 7.

#### Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Neomed Polska sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie w zakresie pakietu 7;
- 2) art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu 7;
- 3) art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Neomed Polska sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie w zakresie pakietu 7.

#### Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu 7,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu 7,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Neomed Polska sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie oraz odrzucenia oferty Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu 7

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że cena oferty Neomed Polska sp. z o. o. jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a także jest niższa aż o 43,72% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w pakiecie 7.

W związku z powyższym, pismem z dnia 24 października 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Neomed Polska sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w pakiecie 7 wraz z dowodami. Zamawiający wyraźnie wskazał w treści wezwania, że oczekuje złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny („Wykonawca składa wyjaśnienia wraz dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny.”). W odpowiedzi Neomed Polska sp. z o. o. złożył pismo z dnia 26 października 2023 r. Pismo to sprowadza się do ogólnikowych, lakonicznych i pozbawionych konkretów zapewnień o: niwelowaniu kosztów logistycznych dzięki oferowaniu towaru pochodzącego z Polski, o uwzględnieniu w zaoferowanej cenie wszystkich kosztów i składników związanych z wykonaniem zamówienia, o możliwości wynegocjowania od dostawcy doskonałych warunków cenowych dzięki dystrybuowaniu wyrobów w olbrzymim nakładzie, o zatrudnianiu pracowników na pełnych etatach z wynagrodzeniem powyżej stawek minimalnych oraz o dodatniej marży przewyższającej zakładaną marżę minimalną. W orzecznictwie i doktrynie wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne i niekonkretne uznaje się za równoznaczne z brakiem wyjaśnień, skutkującym obowiązkiem odrzucenia oferty (por. np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2013 r. KIO 1317/13, z dnia 30 maja 2016 r. KIO 891/16, z dnia 2 kwietnia 2019 r. KIO 480/19, z dnia 5 stycznia 2022 r. KIO 3670/21, z dnia 18 stycznia 2022 r. KIO 3741/21, a także A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2021, art. 224 oraz Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, art. 224, s. 709). Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 178/15.

Odwołujący wskazał, że wprawdzie do pisma Neomed Polska sp. z o. o. załączył

tabelę zawierającą kilka kwot składających się na cenę jednostkową netto zestawów zaoferowaną w pakiecie 7 (32,00 zł); nie złożył jednak jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie którejkolwiek z tych kwot, w szczególności kwoty stanowiącej cenę zakupu zaoferowanych zestawów od producenta, tj. od Neoset sp. z o. o. Tym samym wykluczone jest jakiegokolwiek zweryfikowanie lub uwiarygodnienie kwot wskazanych przez Neomed Polska sp. z o. o. W ocenie Odwołującego, zarówno zaoferowana przez Neomed Polska sp. z o. o. cena jednostkowa 32,00 zł, jak również wskazana przez tego wykonawcę cena zakupu od producenta, są cenami niewiarygodnymi, rażąco odbiegającymi od realiów rynkowych; na co wskazuje w szczególności rażąca dysproporcja pomiędzy ceną oferty Neomed Polska sp. z o. o. a cenami pozostałych sześciu złożonych ofert. Choć Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. są producentem zaoferowanych przez siebie zestawów, to Odwołujący nie jest w stanie zaoferować tak niskiej ceny jak cena zaoferowana przez Neomed Polska sp. z o. o., gdyż taka cena nie pokryłaby nawet samych kosztów produkcji. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, skoro Neomed Polska sp. z o. o. złożył wyjaśnienia ogólnikowe i lakoniczne, bez podjęcia choćby próby potwierdzenia jakimkolwiek dowodem prawidłowości wyliczenia ceny; to należy uznać, że Neomed Polska sp. z o. o. nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny swojej oferty. Warto wskazać, że podobny stan faktyczny (wyjaśnienia cen zaoferowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych) był niedawno rozpoznawany przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 28 lipca 2023 r. KIO 2035/23, KIO 2046/23).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie miał podstaw aby uznać, że pozbawione dowodów wyjaśnienia złożone przez Neomed Polska sp. z o. o. uzasadniają cenę podaną w ofercie. Zwłaszcza w świetle powołanego ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Oferta Neomed Polska sp. z o. o. podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie odrzucenia tej ofert stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowi również naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażającego zasadę równego traktowania wykonawców. Jak bowiem słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2010 r. KIO/UZP 691/10, każde naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Skoro oferta Neomed Polska sp. z o. o. podlega odrzuceniu, to oferta ta nie może być uznana za

najkorzystniejszą. Wybranie tej oferty przez Zamawiającego narusza zatem art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Najtańszą spośród pozostałych złożonych ofert jest oferta Mercator Medical S.A. Cena oferty Mercator Medical S.A. również jest niższa o ponad 30% % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a także niższa o 24,55% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w pakiecie 7. Pismem z dnia 24 października 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Mercator Medical S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w pakiecie 7 wraz z dowodami. Zamawiający wyraźnie wskazał w treści wezwania, że oczekuje złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny („Wykonawca składa wyjaśnienia wraz dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny.”) W odpowiedzi Mercator Medical S.A. złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 26 października 2023 r. Jednakże wyjaśnienia te również są bardzo ogólnikowe i pozbawione konkretów. Pismo to sprowadza się do zapewnień Mercator Medical S.A. o dużym doświadczeniu tego wykonawcy, korzystaniu z usług firm transportowych o ugruntowanej pozycji oferujących korzystne stawki oraz wdrożeniu procedur wewnętrznych pozwalających na sprawną i prawidłową realizację składanych zamówień. Zatem również stanowi przykład „beletrystyki”, która nie może być uznana za wystarczające wyjaśnienie wyliczenia ceny. W odróżnieniu od Neomed Polska sp. z o. o., w odpowiedzi na otrzymane wezwanie Mercator Medical S.A. nie przedstawił jakichkolwiek, choćby uproszczonych kalkulacji lub wyliczeń składających się na cenę jednostkową netto zestawów zaoferowaną w pakiecie 7 (42,90 zł); w szczególności nie przedstawił ceny zakupu zestawów od producenta tj. Cobes Industries Co. Ltd. z siedzibą w Hefei (Chiny), ani wysokości swojej marży. Załączył natomiast znaczną ilość różnych dokumentów; dokumenty te nie mają jednak wartości dowodowej, gdyż albo – jak „oświadczenie importera” – pochodzą od samego wykonawcy (nie są zatem dowodem, a jedynie twierdzeniem wykonawcy), albo – jak faktury, oferty i umowy dostawy wyrobów lub fragment procedury ISO – nie mają żadnego związku z ceną zestawów zaoferowaną w pakiecie 7. Warto podkreślić, że żadna z umów, faktur, ani ofert złożonych przez Mercator Medical S.A. nie dotyczy zestawów serwet uniwersalnych z miseczką będących przedmiotem zamówienia w pakiecie 7. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2035/23, KIO 2046/23. W ocenie Odwołującego, zaoferowana przez Mercator Medical S.A. cena jednostkowa 42,90 zł jest ceną niewiarygodną, rażąco odbiegającą od realiów rynkowych; na co wskazuje w szczególności rażąca dysproporcja pomiędzy ceną oferty Mercator Medical S.A. a cenami pozostałych pięciu złożonych ofert.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący powielił argumentację jak do wyjaśnień

wykonawcy Neomed Polska sp. z o. o.

Nadto Odwołujący wskazuje, że zestawy serwet uniwersalnych z miseczką zaofierowane przez Mercator Medical S.A. w zakresie pakietu 7 nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zestawy serwet uniwersalnych z miseczką obejmują m.in. serwetę do nakrycia stołu instrumentariuszki o wymiarach min. 140 x 190 cm. Z dokonanych przez przedstawiciela Odwołującego dokładnych oględzin próbki zestawu złożonej przez Mercator Medical S.A. wynika, że zestaw ten zawiera serwetę do nakrycia stołu instrumentariuszki, której rzeczywista długość wynosi z jednej strony 191 cm, a z drugiej strony zaledwie 187 cm, czyli o 3 cm mniej od wymaganej długości min. 190 cm. Serweta nie ma zatem kształtu prostokąta, lecz ma kształt trapezu. Niezgodność rozmiaru ustalił również Zamawiający o czym świadczy treść pisma Zamawiającego do Mercator Medical S.A. z dnia 18 października 2023 r. ("Pomiędzy deklarowanym (w karcie katalogowej i na oryginalnym opakowaniu próbki) wymiarem zaofierowanego produktu a wymiarami faktycznymi zachodzi rozbieżność. Faktyczny wymiar serwety to 140x190x140x187,50 cm.") W piśmie z dnia 26 października 2023 r. Mercator Medical S.A. przyznał fakt powyższej niezgodności rozmiaru złożonej próbki z wymiarami wymaganymi w SWZ. Mercator Medical S.A. próbuje jednak bagatelizować tę niezgodność, twierdząc że skoro różnica rozmiaru jest niewielka, to rzekomo jest dopuszczalna. Powyższe wyjaśnienia nie zasługują na aprobatę; gdyż SWZ nie przewiduje tolerancji rozmiarów. Tym bardziej nie zasługuje na aprobatę próba usprawiedliwienia tej niezgodności zbyt krótkim czasem na przygotowanie próbki i błędami produkcyjnymi (nieprawidłowym wykrojeniem) niezależnymi od Mercator Medical S.A., który nie jest producentem, lecz importerem.

Zgodnie z pkt 2 rozdziału XIV SWZ, na podstawie próbek Zamawiający ocenia zgodność zaofierowanych produktów z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i uzna zgodność za potwierdzoną, jeżeli próbki spełniać będą wszystkie określone przez niego parametry przedmiotu zamówienia. Niezgodność złożonej próbki z jakimkolwiek wymaganym parametrem (np. długością serwety do nakrycia stołu instrumentariuszki) dyskwalifikuje zaofierowany produkt. Powyższa niezgodność rozmiaru nie może być konwalidowana w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść tego przepisu wyklucza bowiem wzywanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Jeżeli złożony przedmiotowy środek dowodowy zawiera błędy, nie jest zatem możliwe wezwanie do jego uzupełnienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 r. KIO 338/22). Poza tym, Mercator Medical S.A. nie złożył ww. próbki wraz z ofertą, lecz dopiero w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 września 2023 r. do uzupełnienia brakującej próbki na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Wobec niezgodności złożonej na wezwanie Zamawiającego próbki z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, oferta Mercator Medical S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych bez kolejnego wzywania do uzupełnienia próbki.

W złożonej pismem z 19 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Z uwagi na wstąpienie relacji liczbowych określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp pomiędzy cenami poszczególnych ofert Zamawiający wezwał Neomed i Mercator do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wykonawcy w wyznaczonym terminie złożyli wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za przekonywujące.

Odwołujący nie zgadza się z oceną wyjaśnień dokonaną przez Zamawiającego i podkreśla, że nie można przyjąć wyjaśnień niepopartych dowodami (jeżeli chodzi o ofertę złożoną przez Neomed), lub dowodami odnoszącymi się do danych z innych postępowań (jeżeli chodzi o ofertę Mercator).

Odwołujący nie ma jednak racji. Trzeba bowiem pamiętać, że podstawowym kryterium uznania oferowanej ceny za rażąco niską jest brak zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (wniosek z art. 224 ust. 1 Pzp oraz orzecznictwo, np. wyrok z dnia 23 grudnia 2014 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn.. akt KIO 2615/14)).

Wskazać należy, że np. w Komentarzu praktycznym, Paweł Wójcik, LEX/el.20220 pt „Ceny zerowe i ceny symboliczne w ofertach wykonawców. Sposób postępowania z ofertą zawierającą cenę symboliczną” stwierdzono, iż brak jest kategorycznego obowiązku złożenia przez wykonawcę dowodów. Za aktualne należy uznać stanowisko, iż skoro ustawodawca nie zobowiązał wykonawcy bezwzględnie do złożenia dowodów, to sam ich brak nie może być samodzielną podstawą odrzucenia oferty, ale prowadzić może do tego dopiero ocena złożonych wyjaśnień (tak np. wyrok z 26 lutego 2014 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 246/14)).

W niniejszym przypadku Zamawiający nie ma wątpliwości co do tego, że zamówienie zostanie wykonane ze ceny zaoferowane zarówno przez Neomed, jak i przez Mercator. Zamawiający dysponuje bowiem szeregiem niezależnie pozyskanych danych rynkowych, z których wynika, iż ceny zestawów w granicach 30 zł brutto/1 sztuka są najzupełniej realne i zapewniające wykonanie zamówienia.

Zaznaczyć przy tym należy, że w ramach badania rażąco niskiej ceny najzupełniej dopuszczalne jest dokonywanie porównań z cenami odpowiednich produktów oferowanych w innych postępowaniach (tak. np. w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r. Krajowej Izby



Odwoławczej (sygn. akt KIO 2014 i KIO 12/15)).

W odniesieniu do zarzucanej w odwołaniu niezgodności treści oferty Mercator z SWZ w zakresie wymiarów zestawu serwet z wymiarami określonymi w SWZ należy stwierdzić, że odwołanie jest również nieuzasadnione. Odwołujący myli bowiem czynności Zamawiającego podjęte w oparciu o art. 107 ust. 4 Pzp, z czynnościami podejmowanymi w oparciu o art. 107 ust. 2 Pzp.

W ramach złożonych w oparciu o art. 107 ust. 4 Pzp wyjaśnień Mercator wyjaśnił przyczyny rozbieżności wymiarowej. Wyjaśnienia nie budzą wątpliwości i przekonują co do tego, że przedmiotem dostawy będą zestawy o wymiarach odpowiadających wymaganiom określonym w SWZ.

Wykonawca NEOMED POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Piasecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwania do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi Uczestnika postępowania na wezwanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę NEOMED POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Piasecznie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na posiedzeniu z udziałem stron jak również Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie.

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa artykułów z włókniny jednorazowego użytku oraz ubrań wielorazowego użytku dla SPSK1 nr 1 PUM z podziałem na 24 pakiety.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 22 sierpnia 2023 r. w zakresie pakietu 7 - sterylne zestawy uniwersalne – zostało złożonych siedem ofert:

- 1) NEOMED POLSKA SP. Z O. O. z siedzibą w Piasecznie - cena 639 360,00 zł.
- 2) MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie - cena 857 142,00 zł.
- 3) CITONET – SZCZECIN SP. Z O. O. z siedzibą w Szczecinie i TORUŃSKIE ZAKŁADY MATERIAŁÓW OPATRUNKOWYCH S.A. z siedzibą w Toruniu - cena 1 234 764,00 zł.
- 4) ZARYS INTERNATIONAL GROUP SP. Z O. O. SP. K. z siedzibą w Zabrze - cena 1 258 740,00 zł.
- 5) PAUL HARTMANN POLSKA SP. Z O. O. z siedzibą w Pabianicach - cena 1 275 323,40 zł.
- 6) LOHMANN & RAUSCHER POLSKA SP. Z O. O. z siedzibą w Pabianicach - cena 1 278 720,00 zł.
- 7) FAPOMED POLSKA SP. Z O. O. z siedzibą w Warszawie - cena 1 408 590,00 zł.

W dniu 21 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że dokonał wyboru oferty NEOMED POLSKA SP. Z O. O. z siedzibą w Piasecznie.

Pismem z dnia 24 października 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Uczestnika postępowania oraz wykonawcę MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w pakiecie 7.

Uczestnik postępowania pismem z dnia 26 października 2023 r. złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny sprzedaży (załącznik do wyjaśnień), którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie pismem z dnia 26 października 2023 r. złożył wyjaśnienia do których załączył następujące dowody:

1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego (Kujawsko-Pomorskie Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy, ul. Seminaryjna 1) nr 27 ZTP 23/3 z dnia 08 sierpnia 2023 roku na dostawę tożsamego wyrobu medycznego do zaoferowanego w niniejszym postępowaniu wraz z Fakturą VAT nr INVSD/23/10/002673;
2. Oświadczenie importera;

3. Umowa w sprawie zamówienia publicznego (Katowickie Centrum Onkologii w Katowicach, ul. Raciborska 26) nr 236/09/06/ZP/2023 z dnia 12 czerwca 2023 roku na dostawę tożsamego wyrobu medycznego do zaoferowanego w niniejszym postępowaniu wraz z Fakturą VAT nr INVSD/23/10/000557;
4. Umowa w sprawie zamówienia publicznego (Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc Oddziałem Terenowym im. Jana i Ireny Rudników w Rabce-Zdroju, ul. Jana Rudnika 3B) nr ZP-272-11/TP7/23-14 z dnia 13 czerwca 2023 roku na dostawę tożsamego wyrobu medycznego do zaoferowanego w niniejszym postępowaniu wraz z Fakturą VAT nr INVSD/23/10/000666;
5. SWZ wraz z Formularzem cenowym (dot. Grupa 10 – Fartuch chirurgiczny jałowy z włókniny typu SMS), dotyczący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Bizuela w Bydgoszczy (Nr sprawy: NZZ/60/P/23);
6. Umowa w sprawie zamówienia publicznego (Szpital Specjalistyczny im. H. Klimonotwicza w Gorlicach, ul. Szpitalna 1) nr 44/23/2 z dnia 04 sierpnia 2023 roku na dostawę tożsamego wyrobu medycznego do zaoferowanego w niniejszym postępowaniu wraz z Fakturą VAT nr FSK/030217/2023;
7. Korespondencja e-mail z dedykowanym doradcą po stronie spedytora wykazująca iż oferta zawarta ze spedytorem jest „ofertą rabatową” indywidualnie przygotowaną dla Mercator Medical S.A.;
8. Zanonimizowana oferta spedytora wykazująca poziom udzielonego Mercator Medical S.A. rabatu (90%);
9. Informacje dotyczące wielkości oraz charakteru magazynu służącego do realizacji zamówień towaru dedykowanego pod realizację umów w sprawie zamówienia publicznego;
10. Fragment procedury obowiązującej w Mercator Medical S.A. a dotyczącej zapewnienia odpowiedniego stopnia jakości we współpracy z operatorami logistycznymi.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Uczestnika postępowania oraz wykonawcy MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Mercator”) potwierdzają, że oferta wskazanych wykonawców nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

W zakresie pakietu 7, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, Zamawiający wymagał zaoferowania:

**ZESTAW SERWET UNIWERSALNYCH Z MISECZKĄ**

***Minimalny skład zestawu serwet co najmniej dwuwarstwowych ze wzmocnieniem:***

**1 serweta do nakrycia stołu instrumentariuszki min. 140 x 190 cm**

**1 serweta do nakrycia stolika Mayo min. 78 x 140 cm**

2 samoprzylepne serwety operacyjne wzmocnione w strefie krytycznej min. 75 x 90 cm  
1 samoprzylepna serweta operacyjna, wzmocniona w strefie krytycznej min. 170 x 175 cm  
1 samoprzylepna serweta operacyjna, wzmocniona w strefie krytycznej min. 150 x 240 cm  
1 taśma samoprzylepna min. 9 x 49 cm lub 1 taśma rzep min. 2,5 x 13 cm

4 ręczniki chłonne min. 18 x 25 cm

1 miseczka plastikowa min. 250 ml

Dopuszcza się aby serwety operacyjne posiadały organizatory przewodów.

Laminat co najmniej dwuwarstwowy na całej powierzchni (dot. serwet operacyjnych) wzmocniony w części krytycznej, foliowany, nieprzemakalny grubość folii min. 25 µm, w części chłonnej polipropylen;

Gramatura w części podstawowej min. 55 g/m<sup>2</sup>, we wzmocnionej min. 109 g/m<sup>2</sup>

Parametry części wzmocnionej:

Odporność na rozerwanie na mokro, obszar krytyczny  $\geq 160$  kPa

Odporność na rozerwanie na sucho, obszar krytyczny  $\geq 168$  kPa;

Odporność na penetrację płynów (chłonność)  $> 125$  cm H<sub>2</sub>O

Produkt posiadający odklejane etykiety z numerem serii, nr katalogowym i datą ważności produktu.

Zamawiający pismem z dnia 18 października 2023 r. w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Mercator do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w toku badania i oceny ofert zwrócił uwagę, że karta katalogowa oraz próbka zestawu uniwersalnego wskazuje, że deklarowany wymiar serwety do nakrycia stołu instrumentariuszki to 140x190 cm. Pomiędzy deklarowanym (w karcie katalogowej i na oryginalnym opakowaniu próbki) wymiarem zaoferowanego produktu a wymiarami faktycznymi zachodzi rozbieżność. Faktyczny wymiar serwety to 140x190x140x187,50 cm.

Mercator w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 20 października 2023 r. wskazał: „(...) standardowo zestaw uniwersalny wzmocniony jest dostarczany do innych jednostek Szpitalnych, a okres przygotowania próbki zestawu uniwersalnego wzmocnionego z miską plastikową dedykowaną konkretnie pod państwa placówkę był zbyt krótki do wykonania i wszelkiego rodzaju nieścisłości w długości osiągniętej przez oferowany przez Wykonawcę towar spowodowane są błędami produkcyjnymi (nieprawidłowe wykrojenie) niezależnymi od Wykonawcy, który jest ich importerem. Niezależnie jednak od powyższego Wykonawca jako importer przyjmuje na siebie odpowiedzialność za wysoki poziom dostarczanych przez niego towarów i zaznacza, że towar zaoferowany przez niego w przedmiotowym postępowaniu a następnie dostarczany do Zamawiającego osiąga wartość 190x140 cm, odpowiednio, na każdym z boków.

W dalszej kolejności Wykonawca podkreśla, że wszelkiego rodzaju odmierności w uzyskanym pomiarze mogą być spowodowane niekorzystnymi warunkami środowiskowymi

wpływającymi na modyfikację w długościach dostarczonego towaru oraz nieprawidłowy sposób pomiaru wynikający z użycia niezalegalizowanego przymiaru.

*Niezależnie od powyższego Wykonawca zwraca uwagę, że minimalna różnica w dłuższym boku serwety nie powoduje jakiegokolwiek zagrożenia życia lub zdrowia osoby go użytkującej i nie powoduje zagrożenia w trakcie jego używania, ponieważ jest przeznaczona do okrycia stolika instrumentariuszki o wymiarach znacznie mniejszych niż serweta.*

*Niezależnie jednak od powyższego Wykonawca podkreśla, że realizacja zamówienia publicznego odbywać będzie się w ten sposób że dostarczany towar będzie posiadał wartość 190x140cm, odpowiednio, na każdym z dwóch boków (190cm na dłuższym oraz 140cm na krótszym).”*

Poza sporem pomiędzy Stronami było to, że próbka serwety złożona przez Mercator ma inne wymiary niż wskazane w wymaganiach Zamawiającego. Zamawiający stoi na stanowisku, że mimo niezgodności we wskazanym wyżej zakresie, oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

***Izba zważyła, co następuje:***

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

*Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Z kolei ust. 2 ww. przepisu stanowi, że W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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.*

*Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy 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.*

*Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

*Art. 537 ust. 1) i 2) ustawy Pzp stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.*

*Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

*Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

*Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron oraz Uczestnika postępowania.*

*W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilka uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę wyjaśnień Uczestnika postępowania oraz wykonawcy Mercator w zakresie rażąco niskiej ceny.*

*W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie konkretnych, spójnych, jasnych, logicznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, m.in. sposoby kalkulacji, założenia do kalkulacji, istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny etc. Wyjaśnienia mają rozwiązać wątpliwości zamawiającego (a w postępowaniu odwoławczym Krajową Izbę Odwoławczą) co do wystąpienia rażąco niskiej ceny.*

*Wskazywanie przez wykonawców ogólnych, szablonowych wyjaśnień, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania SWZ, cena uwzględnia wszystkie koszty, wykonawca*

posiada ogromne doświadczenie, a przede wszystkim wykonawca osiągnie zysk etc. są niewystarczające i nie wnoszą niczego istotnego do sprawy.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień. Co istotne, nawet skierowanie do wykonawców wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji są konkretne, spójne i wyczerpujące.

Wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować niższą cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami.

Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Zamawiający dokonuje oceny, czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie treści wyjaśnień, nie zaś na podstawie wiedzy własnej.

Przechodząc do zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

- 1) *naruszenie art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Neomed Polska sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie w zakresie pakietu 7*

W ocenie Izby wyjaśnienia udzielone przez Uczestnika postępowania nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne. Uczestnik postępowania nie przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację oraz czynniki sprzyjające. Wyjaśnienia złożone przez Uczestnika postępowania w postaci opisowej oraz załączona do nich kalkulacja ceny sprzedaży nie pozwalają na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową i obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w specyfikacji warunków zamówienia.

Zdaniem Izby Uczestnik postępowania nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu sposobu kalkulacji ceny, przez co nie wykazał, że jego oferta nie była rażąco niska.

Zwrócić należy uwagę, że Uczestnik postępowania załączył kosztorys składający się z następujących pozycji: cena zakupu, koszt transportu, koszt magazynowania, koszt pracy, zysk, cena sprzedaży. Przy czym w wyjaśnieniach Uczestnik wskazuje, że cena obejmuje m.in. wymagane podatki, opłaty, koszty dostawy i rozładunku, ryzyka zmiany kursu walut, ryzyko nieterminowych płatności ewentualny koszt reklamacji. Gdzie zostało ujęte ryzyko zmiany kursu walut, nieterminowych płatności, koszty reklamacji – tego już Uczestnik nie wyjaśnił. Jak zmiana kursu walut ma się do ceny zakupu w sytuacji, gdy zakupy dokonywane są na rynku polskim i towar pochodzi z Polski – tego również nie wiadomo. Dalej, Uczestnik postępowania wskazuje, że zatrudnia pracowników na pełnych etatach z wynagrodzeniem powyżej minimalnego – ilu pracowników, jak to się ma do zaoferowanej ceny i wycieńń zawartych w kosztorysie – tego już Uczestnik nie wyjaśnia.

Uczestnik postępowania nie przedłożył żadnej faktury z której wynika, że faktycznie w takiej cenie oferuje zestawy ani też ofert z innych postępowań, fakturę zakupu a nawet ofertę firmy NEOSET. W wyjaśnieniach brakuje również informacji w jaki sposób zostały wyliczone koszty transportu, magazynowania, pracy.

Wykonawca składając wyjaśnienia musi udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Uczestnik postępowania temu obowiązkowi nie podołał.

Izba zwraca również uwagę, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe.

2) *art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu 7*

Odnosząc się do oferty wykonawcy Mercator, tytułem wstępu wskazać należy, że zdaniem Izby dokumenty wskazujące ceny zaoferowane przez danego wykonawcę w innych postępowaniach mogą stanowić dowód pozwalający uznać, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Przy czym powinny one dotyczyć tożsamyh produktów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego, że żadna z przedłożonych umów, faktur, ofert nie dotyczy zestawów serwet uniwersalnych z miseczką zaoferowanych przez Mercator w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warto przypomnieć, że zgodnie z art. 537 pkt 2 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zamawiający temu obowiązkowi nie podołał



Jeżeli chodzi o niezgodność oferty wykonawcy Mercator z warunkami zamówienia – bezsporne jest to, że z przedłożonej próbki wynika, że serweta nie posiada wymiarów jakie wymagał Zamawiający. Bagatelizowanie tego faktu przez Zamawiającego jest całkowicie niezrozumiałe. Doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, w tym warunki udziału w postępowaniu, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert.

Postanowienia zawarte w specyfikacji warunków zamówienia są wiążące dla wykonawców oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować postanowień SWZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferty zostaną poddane ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania. Skoro zatem Zamawiający wymagał określonego wymiaru serwety i żądał próbki na potwierdzenie spełnienia wymagań, to całkowicie niezrozumiała jest argumentacja Zamawiającego wyrażona na rozprawie, że choć faktycznie próbka nie potwierdza zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, to jednak Zamawiający jest przekonany, że po zawarciu umowy wykonawca na pewno dostarczy zestaw zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. W tej sytuacji zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp jest w pełni zasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....