

WYROK

Warszawa, dnia 27 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę PARAMEDYK spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach przy ul. Słonecznej 2H (05-270 Marki)

w postępowaniu prowadzonym przez 4 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Pretflicza 28 (50-984 Wrocław)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PARAMEDYK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach;

1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego 4 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PARAMEDYK spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 4 480,90 zł (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od zamawiającego 4 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy PARAMEDYK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1935/24

Uzasadnienie

4 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą we Wrocławiu zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: *Dostawa materiałów opatrunkowych stanowiących wyposażenie zestawu medycznego* o numerze referencyjnym: MED/69/MD/2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00242095/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 3 czerwca 2024 r. wykonawca PARAMEDYK Sp. z o.o. z siedzibą w Markach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) oraz art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw.

z art. 16 pkt 2) i 3) Pzp przez niezasadne uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie przedłożył wystarczających wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny oraz nie przedłożył wystarczających

dowodów oraz kalkulacji dotyczących wyceny oferty w związku z tym złożona przez niego oferta miałaby podlegać odrzuceniu, podczas gdy z wyjaśnień odwołującego w sposób bezsprzeczny wynika, że dzięki korzystnym warunkom gospodarczym, możliwości samodzielnego produkowania wyrobów medycznych, braku potrzeby korzystania z pośredników czy dystrybutorów oraz zachowaniu standardowej marży oraz zysku, odwołujący jest w stanie w sposób prawidłowy oraz terminowy zrealizować przedmiot zamówienia osiągając godziwy zysk, a zamawiający nie uwzględniając tych okoliczności zlekceważył specyfikę prowadzonej przez odwołującego działalności gospodarczej i handlowej, charakteryzującej go jako producenta (wytwórcę) wyrobów medycznych i wyłącznego dystrybutora, opierając zamiast tego swoją decyzję na przeszacowanej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz rzekomych brakach w treści złożonych wyjaśnień;

lub ewentualnie

2) art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) oraz art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw.

z art. 16 pkt 2) i 3) Pzp przez niezasadne zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień w celu doprecyzowania wybranych elementów cenowych skoro uznał, że pierwsze wyjaśnienia jakie otrzymał od odwołującego są niewystarczające, podczas gdy zamawiający mając wciąż wątpliwości względem otrzymanych od odwołującego wyjaśnień powinien wezwać do ich uzupełnienia lub rozszerzenia (doprecyzowania) wraz ze wskazaniem konkretnych zagadnień, które chciałby dodatkowo wyjaśnić, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że sporządzone przez niego wezwanie było lakoniczne i nie wskazywało, wobec których elementów ceny zamawiający ma największe podejrzenia pod kątem rażąco niskiej ceny oraz w jaki sposób odwołujący miałby sformułować wymagane od niego wyjaśnienia.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29 maja 2024 r. w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny oferty odwołującego oraz:

a) nakazanie uznania, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu z postępowania;

lub ewentualnie

b) nakazanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień z dnia 28 marca 2024 r. dotyczących rażąco niskiej ceny;

- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty odwołującego i uznanie jej za niepodlegającą odrzuceniu

i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z jej uwzględnieniem;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp, jego interes jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Zgodnie z informacją o wynikach badania i oceny złożonych w ramach postępowania ofert zawartą w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 maja 2024 r., oferta odwołującego została uznana za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający podejmując jednak tą decyzję w sposób nieprawidłowy dokonał oceny przedłożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, w związku z czym jego decyzja była bezpodstawna i powinna ulec unieważnieniu. Dzięki unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, możliwe będzie dalsze konkurowanie przez odwołującego o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił także, że złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę, a zatem ze względu na obowiązujące w postępowaniu wyłączne kryterium ceny, ma największe szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego, utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego postępowaniem oraz uzyskania zakładanego zysku. W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że w wyniku zaskarżonej czynności zamawiającego może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że zamawiający

w sposób automatyczny i niczym nieuzasadniony uznał, że otrzymane wyjaśnienia są niewystarczające i nie zawierają dowodów oraz kalkulacji dotyczących rażąco niskiej ceny,

w związku z tym oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu. Dokonana przez zamawiającego ocena nie uwzględnia w żaden sposób specyfiki prowadzonej przez odwołującego działalności gospodarczej i handlowej oraz faktu, że występuje on

w postępowaniu jako bezpośredni producent wyrobów medycznych i ich dostawca,

w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców stanowiących jedynie pośredników czy dystrybutorów. Zamawiający przy tym nie wskazał w wezwaniu w jaki sposób wyliczenia powinny być sporządzone, w szczególności nie wymagał przedstawienia żadnych certyfikatów wyrobów ani nie wskazywał, że w przypadku gdy wykonawca jest wyłącznym dystrybutorem czy producentem to musi to w jakiś szczególny sposób udowadniać, że nie wystarczy w tym przypadku oświadczenie.

Odwołujący podniósł, że wskazywał w sposób wyczerpujący w przygotowanych wyjaśnieniach, w których podkreślał charakter prowadzonej działalności oraz okoliczności, które umożliwiają mu zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną kwotę. W wyjaśnieniach odwołujący miał wskazywać w szczególności, że:

- 1) jako jedyny wykonawca w postępowaniu posiada certyfikat ISO 13485:2016-04 w zakresie wytwarzania i dystrybucji wyrobów medycznych, w tym w zakresie opatrunków indywidualnych oraz gaz wypełniających;
- 2) wyroby medyczne są wytwarzane przez odwołującego w Polsce, co minimalizuje koszty transportu oraz działań logistycznych;
- 3) umożliwia to oferowanie cen producenta (wytwórcy), a nie pośrednika, który do ceny zakupu wyrobu medycznego od producenta musi dodać swoją marżę;
- 4) jest wyłącznym i autoryzowanym dystrybutorem na Polskę firmy Medtrade Products Ltd., będącej producentem opatrunków hemostatycznych CELOX, które odwołujący zakupuje w cenach hurtowych, a następnie odsprzedaży innym podmiotom działającym w branży medycznej, w tym konkurentom w przedmiotowym postępowaniu;
- 5) wszystkie zaoferowane wyroby medyczne spełniają wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji Wymagań Eksploatacyjno-Technicznych (WET) oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia;
- 6) regularnie zaopatruje od 15 lat Wojskowe Oddziały Gospodarcze, Regionalne Bazy Logistyczne oraz Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, co powoduje że jako producent czy wyłączny dystrybutor jest znany i rozpoznawalny na rynku, w szczególności w zakresie dostaw wojskowych; warto dodać, że w odniesieniu do Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, odwołujący od około 15 lat sukcesywnie realizuje zamówienia dostarczając bardzo duże ilości wyrobów medycznych w ilościach hurtowych;
- 7) regularnie dostarcza wyroby medyczne bezpośrednio do jednostek podległych RON oraz sprzedaje swoim dystrybutorom wyroby medyczne w ilościach hurtowych (przykładowo dostarczył do RON wyposażenia IPMed oraz wyposażał Plecak Ratowników Medycznych

o wartości łącznej w 2022 r. ponad 6 000 000,00 zł, a w roku 2023 r. o wartości przekraczającej 8 000 000,00 zł;

- 8) ilość wyrobów medycznych wymaganych przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia są na tyle niewielkie – biorąc pod uwagę skalę działalności odwołującego – że są już wyprodukowane i magazynowane do sprzedaży, gotowe do dostarczenia do zamawiającego w przeciągu kilku dni.

W ocenie odwołującego wszystkie powołane przez niego okoliczności w sposób bezsprzeczny były cennym źródłem informacji co do struktury działalności odwołującego oraz prowadzonego przez niego modelu biznesowego. Kluczowy w tym zakresie

z pewnością był fakt samodzielnej produkcji większości wymaganych przez zamawiającego wyrobów medycznych przez odwołującego i to na terenie Polski, co umożliwiło zaoferowanie ceny producenta (wytwórcy), a nie pośrednika lub niewyłącznego dystrybutora, który musi do ceny zakupu określonego wyrobu medycznego dodać jeszcze swoją marżę.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że posiada już bogate doświadczenie we współpracy z jednostkami wojskowymi oraz regularnie dostarcza wymagane przez zamawiającego wyroby medyczne innym odbiorcom i to w ilości zdecydowanie przewyższającej zapotrzebowanie w ramach przedmiotowego zamówienia. Czynniki te przełożyły się na możliwość zaoferowania przez odwołujące najkorzystniejszej ceny

w postępowaniu, ponieważ pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie stanowią jedynie pośredników lub dystrybutorów, w tym zakupujących produkty od samego odwołującego, co przekłada się na wyższą cenę zaproponowanych przez nich ofert. Potwierdzeniem wpływu specyfiki działalności gospodarczej na wartość składanych ofert była przykładowo regularna rozbieżność cenowa pomiędzy odwołującym a pozostałymi oferentami w ramach przetargów organizowanych przez Wojskowy Ośrodek Farmacji

i Techniki Medycznej w Celestynowie. Odwołujący bowiem, dzięki samodzielnemu produkowaniu wyrobów medycznych, oferuje zamawiającemu niższe ceny niż konkurenci będący dystrybutorami lub pośrednikami. Przy ocenie wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny zamawiający powinien również uwzględnić fakt, że podstawą wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny była szacunkowa wartość zamówienia opracowana na etapie poprzedzającym

wszczęcie postępowania. Przejęta wartość nie musi zatem odpowiadać specyfice ofert każdego z wykonawców, w tym oferty odwołującego, zwłaszcza biorąc pod uwagę odmienne założenia cenowe przyjmowane przez bezpośrednich producentów i dostawców oraz przez pośredników i dystrybutorów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp powinien uwzględnić po pierwsze fakt, że oszacowana przez niego kwota nie musi znaleźć potwierdzenia w ofertach złożonych przez wszystkich wykonawców, a także że dokonana przez niego wycena stanowi jedynie pewną prognozę, mającą charakter uśredniony i stosunkowo zawyżony celem zapewnienia odpowiednich środków na realizację zamówienia. Takie zawyżenie miało właśnie do czynienia w postępowaniu, ponieważ zamawiający ustalając przed wszczęciem postępowania wartość zamówienia na 350 000,00 zł poważnie ją przeszacował względem rzeczywistych realiów rynkowych. Potwierdzał to fakt, że żadna ze złożonych ofert w postępowaniu nie była nawet blisko wartości przyjętej przez zamawiającego. Najdroższa oferta należąca do firmy J. Posmyk Mil-Sys sp.k. wynosiła bowiem 304 776,00 zł brutto, a zatem prawie 50 000,00 zł mniej niż szacował zamawiający. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert, w tym tych odrzuconych, wynosi natomiast 262 024,66 zł, co oznacza, że oferta odwołującego jest niższa od tej średniej zaledwie o 21,52%. Różnica ta odpowiada natomiast różnicy w profilu działalności gospodarczej odwołującego (producenta) oraz pozostałych oferentów (dystrybutorów). Zamawiający powinien zatem uwzględnić fakt, że dokonany przez niego szacunek wartości zamówienia nie odpowiadała realiom rynkowym oraz specyfice działalności tych wykonawców, którzy samodzielnie wytwarzają wyroby medyczne, generując dzięki temu o wiele większe oszczędności. Zgodnie z wiedzą odwołującego, praktyka szacowania przez zamawiającego polega na wysyłaniu zapytań ofertowych (zwanym czasem „RFI” – request for information) do kilku podmiotów i ustalaniu na tej podstawie wartości szacunkowej. Jednakże w ten sposób zamawiający otrzymuje ceny detaliczne ze sklepów, a nie realną wartość jaką może uzyskać w przetargu, zwłaszcza

w przypadku złożenia oferty przez producenta. Tytułem przykładu odwołujący wskazał, że gdyby jakikolwiek podmiot nabył wyroby objęte przedmiotem zamówienia za ceny detaliczne, wynikające z cenników sklepów, np. gdyby przyjął ceny ze sklepu odwołującego (ceny detaliczne – odpowiednio wyższe), zamawiający musiałby zapłacić kwotę 302 940 zł brutto.

Odwołujący z całą stanowczością stwierdził, że jako producent i wyłączny dystrybutor był w stanie zaoferować kwotę znacznie niższą tj. 205 632,00 zł brutto. Jednocześnie zamawiający wybrał ofertę BOXMET MEDICAL Sp. z o.o., której wartość opiewa na kwotę 282 744,00 zł brutto. Zamawiający zatem w sposób nieracjonalny stawiał się w sytuacji gdzie zapłaci kwotę o przeszło 77 000 zł brutto droższą niż oferowaną przez odwołującego będącego producentem i wyłącznym dystrybutorem. Stanowiło to, zdaniem odwołującego, brak dbałości o rzetelne i oszczędne gospodarowanie środkami publicznymi.

W ocenie odwołującego, zamawiający przy ocenie otrzymanych wyjaśnień powinien wziąć pod uwagę specyfikę gospodarczą oraz handlową działalności odwołującego, która pozwala przyjąć takie oszczędności finansowe, które są nieosiągalne dla innych wykonawców. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że zaproponowana przez odwołującego cena jest znacznie niższa niż jego konkurentów, ponieważ jak wskazał w wyjaśnieniach jego sytuacja pozwala na zaproponowanie korzystniejszej ceny, bez ryzyka nieprawidłowego czy nieterminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Wszystkie te czynniki miały decydujące znaczenie dla weryfikacji, czy zaoferowana przez odwołującego cena jest wiarygodna i zapewnia prawidłowe i terminowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że w sposób kompleksowy odniósł się do wszystkich okoliczności, które miały istotne znaczenia dla wyceny oferty w ramach przedmiotowego postępowania, w szczególności dotyczących specyfiki prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, posiadanych kontaktów handlowych oraz wieloletniego doświadczenia w realizacji podobnego rodzaju zamówień. Odwołujący wskazał również, że opisał w tym zakresie szereg czynników, które miały bezpośredni lub pośredni wpływ na dokonaną przez niego wycenę oferty. Pomimo jednak wskazania tych elementów w sposób precyzyjny przez odwołującego w treści wyjaśnień, zamawiający uznał je za niewystarczające i nieudowadniające wiarygodności ceny ofertowej. Odwołujący jednak przy tym podkreślił, że ani w przepisach Pzp, ani w postanowienia SWZ, a nawet samo wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie wskazują jakie dokładnie informacje czy też jaką strukturę ich przekazania wymagane były od odwołującego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie powinien odrzucić jego oferty powołując się na niewystarczającą treść wyjaśnień skoro zarówno same przepisy Pzp, postanowienia SWZ czy samo wezwanie nie precyzowały jakie informacje zamawiający chciałby otrzymać od odwołującego. Tym samym odwołujący miał pełną swobodę w wyjaśnieniu braku rażąco niskiej ceny, a zamawiający nie powinien wyciągać względem niego jakichkolwiek negatywnych konsekwencji powołując się na niewystarczającą ich treść. Zamawiający przy tym nie wskazał w wezwaniu w jaki sposób wyliczenia powinny być sporządzone,

w szczególności nie wymagał przedstawienia żadnych certyfikatów wyrobów ani nie wskazywał, że w przypadku gdy wykonawca jest wyłącznym dystrybutorem czy producentem to musi to w jakiś szczególny sposób udowadniać, że nie

wystarczy w tym przypadku oświadczenie. Odwołujący stanął na stanowisku, że przygotowując wyjaśnienia miał zatem pełne prawo odnieść się do – w jego ocenie – kluczowych czy najbardziej kosztogennych elementów oferty. Odwołujący wskazał, że jeżeli zamawiający nie wskazał wprost w treści wezwania, jakie informacje czy które elementy ceny chciałby, aby zostały wyjaśnione przez odwołującego, nie mógł uznawać, że otrzymane wyjaśnienia były niewystarczające, ponieważ odwołujący uznał za właściwe przedstawienie kalkulacji w określonym zakresie. Odwołujący podniósł, że mając swobodę sformułowania wyjaśnień przyjął taką ich konstrukcję i treść, która odpowiadała przyjętym przez niego założeniom cenowym. Podkreślił przy tym, że przedmiot zamówienia do prosta dostawa wyrobów, a nie skomplikowana usługa, która wymagałaby bardziej szczegółowych wyjaśnień elementów jej wyceny. Dotyczyło to również decyzji co do przedłożenia bądź nie, dowodów na potwierdzenie przedstawionych w wyjaśnieniach informacji. Załączenie takich dowodów nie jest bowiem niezbędne dla oceny wiarygodności ceny ofertowej, a ich niezałączenie nie powoduje automatycznie uznania danej oferty za zawierającą rażąco niską cenę

i w konsekwencji odrzucenie jej z postępowania. Pomimo zatem niezałączenia przez odwołującego dowodów, złożone przez niego wyjaśnienia miały charakter wyczerpujący

i w sposób dostateczny wyjaśniały założenia i czynniki, które przełożyły się na zaproponowanie określonej ceny. Brak załączenia dowodów do wyjaśnień wynikał natomiast z tego, że jak wskazał odwołujący, jest producentem większości wyrobów medycznych wycenionych w ofercie. W praktyce niemożliwe i nieracjonalne jest natomiast załączenie do wyjaśnień dowodów, które opisywałyby koszty produkcji, ponieważ związane są one

z całościową działalnością wytwórczą, z której *de facto* niemożliwe jest wyodrębnienie informacji opisujących koszty produkcji pojedynczego opatrunku czy gazy na potrzeby postępowania. Koszty produkcji odwołujący miał liczyć bowiem kompleksowo, biorąc pod uwagę moc wytwórczą całego swojego przedsiębiorstwa. Zamawiający, w ocenie odwołującego, zdawał się bezpodstawnie oczekiwać, że odwołujący jako producent przedstawi mu szczegółowy wykaz struktury produkcji, z wykazaniem kosztów tak szczegółowych jak np. zakup tuszu do drukarki do nadruków na opakowaniu. Odwołujący ponownie podkreślił, że było to żądanie nieracjonalne a co więcej odwołujący w ten sposób ujawniłby bezwzględną tajemnicę przedsiębiorstwa jaką jest sposób prowadzenia przez niego produkcji, choć w przypadku takich wyrobów medycznych jak w postępowaniu, nie jest to konieczne do wykazania realności ceny, zwłaszcza wobec produktów których odwołujący jest producentem.

Odwołujący ze szczególną mocą podkreślił, że nie musiał składać dowodów na to, iż jest producentem oferowanych wyrobów, tożsamość producenta wyrobów jest powszechnie znana, zamawiający też miał tego świadomość, podążając według tej logiki firma Volkswagen (producent samochodów) składając ofertę na dostawę modelu Passat musiałby przedstawić dowód na to, że jest jego producentem, co jest bezpodstawne, zwłaszcza, że informacje od odwołującego w wyjaśnieniach, zarówno co do tego, że jest producentem jak

i wyłącznym dystrybutorem stanowią oświadczenia wiedzy. Nie ma żadnego powodu aby zamawiający takie oświadczenie kwestionował i wymagał dowodów. Dopiero w przypadku gdyby zamawiający z jakiś powodów nabral wątpliwości czy oświadczenie o byciu producentem czy wyłącznym dystrybutorem jest prawdziwe, mógłby wezwać odwołującego do doprecyzowania wyjaśnień (złożenia dowodów), względnie zwrócić się bezpośrednio do dystrybutorów aby zapytać ich, czy prawdą jest że odwołujący ma przyznaną wyłączność na dystrybucję ich produktów. Z formularza oferty i wyjaśnień odwołującego wyraźnie wynikało, że jest on producentem lub wyłącznym dystrybutorem oferowanych wyrobów i zamawiający nie miał podstaw, aby to kwestionować czy domagać się w tym zakresie szczególnych dowodów. Odwołujący wyjaśnił, że nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami cenowymi certyfikatów, które potwierdzałyby, że jest producentem oferowanych produktów gdyż

w żaden sposób nie było to konieczne aby udowodnić, że jest producentem określonych wyrobów, a co więcej w rozdziale 8 SWZ zamawiający wyraźnie wskazał: „Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych”. Powyższy cytat jest dokładny, to zamawiający podkreślił i wyróżnił w SWZ słowa „nie wymaga” w sposób wyżej przedstawiony. Zarzut zamawiającego był w ocenie odwołującego w tym przypadku ponownie całkowicie bezpodstawny. Ponadto odwołujący wskazał, że wpisując

w przeglądarkę Google nazwy niektórych zaoferowanych wyrobów medycznych w tym postępowaniu np. opatrunek CELOX – Paramedyk jako producent lub dystrybutor pojawia się na pierwszych pozycjach, gaza wypełniająca – pojawia się na pozycji 1 do 4, przy czym wszystkie 4 pierwsze firmy sprzedają właśnie jego wyrób.

Odwołujący w zakresie zarzutu ewentualnego stwierdził, że jeżeli jednak zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień, to nie powinien od razu odrzucać jego oferty, tylko ewentualnie w pierwszej kolejności wezwać go do złożenia uzupełniających wyjaśnień. Praktyka taka jest w pełni dopuszczalna, ponieważ zarówno z art. 69 ust. 3 Dyrektywy klasycznej, jak i z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wprost wynika, że zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień w drodze konsultacji z wykonawcą. Jak z kolei wskazuje się

w doktrynie, z uwagi na charakter komunikacji pomiędzy wykonawcą i instytucją zamawiającą, która ma formę konsultacji

zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a następnie ma również możliwość ponownego wezwania wykonawcy do udzielenia odpowiedzi na kwestie, które budzą wątpliwości. Tryb konsultacji (wymiany stanowisk) ma na celu zapewnienie, że ustalenia, czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sama Pzp nie ogranicza ilości wezwań w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w związku z tym zamawiający może wzywać aż do momentu całkowitego wyjaśnienia założeń zaproponowanej przez wykonawcę ceny. Jeżeli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości po stronie zamawiającego po otrzymaniu wyjaśnień – to możliwe jest wezwanie do ich uzupełnienia. Zasada jednokrotności wezwania nie wynika wprost z przepisów i nie dotyczy sytuacji gdy zamawiający wzywa do doprecyzowania lub uzupełnienia wyjaśnień we wskazanym konkretnym zakresie, który nie był wprost wskazany w pierwszym wezwaniu (a tak jest zawsze w przypadku gdy wezwania ma charakter ogólny). Wobec powyższego, jeżeli zamawiający uznał wyjaśnienia odwołującego za niewystarczające, to powinien wezwać go do ich uzupełnienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że wezwanie było skrajnie lakoniczne. Odwołujący wyjaśnił, że według własnego uznania sformułował wyjaśnienia, które w jego ocenie były w pełni wystarczające dla uznania braku zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, że przedstawił kalkulację cenową istotnych elementów składowych oferty w wyjaśnieniach, wskazał jakie ponosi koszty i skąd się one wzięły, w tym podkreślając, że w odniesieniu do części z nich jest producentem więc samodzielnie te ceny ustala, a co do pozostałych wyrobów jest wyłącznym dystrybutorem i dzięki temu może zaoferować ceny zdecydowanie niższe niż pośrednicy, co – jak odwołujący wykazał w odwołaniu – nie wymagało dodatkowego dowodu. Niemniej jednak, jeżeli zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości, to powinien umożliwić odwołującemu podanie dodatkowych, uzupełniających informacji celem rozwiązania wszelkich wątpliwości co do wiarygodności zaoferowanej ceny. Odrzucenie jego oferty było w ocenie odwołującego zdecydowanie przedwczesne w okolicznościach sprawy i spowodowało wybór oferty droższej, która nie była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu co dodatkowo stanowiło naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 19 czerwca 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie zamawiającego, odwołujący złożył wyjaśnienia, które:

- a) nie zawierały kalkulacji sposobu wyliczenia ceny;
- b) nie zawierały dowodów potwierdzających, że wykonawca posiada wyjątkowo korzystne warunki dostaw w tym w szczególności, że jest – jak wskazał w treści wyjaśnień:
 - producentem wyrobów medycznych oferowanych w zamówieniu;
 - wyłącznym dystrybutorem wyrobów medycznych oferowanych w zamówieniu;
- c) zawierały ogólne, powszechnie stosowane przez wykonawców, sformułowania tj. że:
 - jest jedną z największych firm oferujących specjalistyczne wyposażenie medyczne dla wojska oraz pozostałych służb mundurowych;
 - posiada certyfikat ISO 13485:2016-04 w zakresie wytwarzania i dystrybucji wyrobów medycznych;
 - posiadane kontakty handlowe i zasoby własne.

Ponadto zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia odwołującego, wziął pod uwagę, że:

a) zgodnie z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca zobowiązany był do złożenia wyliczenia ceny zaoferowanej w postępowaniu o zamówienie publiczne. Odwołujący w treści swoich wyjaśnień w złożonych wyjaśnieniach przedstawił informację o kosztach wykonania dostawy dla trzech (3) spośród sześciu (6) wyrobów medycznych składających się na zamówienie. Wyjaśnienia odwołującego nie zawierały informacji o przyjętym przez niego sposobie kalkulacji kosztów wykonania dostawy dla trzech (3) wyrobów medycznych objętych zamówieniem. Mając na względzie, treść wezwania zamawiający wyjaśnił, że oczekiwał, iż otrzyma kalkulację, z której będzie wynikało w jaki sposób została wyliczona cena całkowita za wykonanie zamówienia, Odwołujący nie przedstawił kalkulacji ceny ogólnej. Odwołujący odniósł się wyłącznie do kosztów i cen niektórych – wybranych przez siebie – wyrobów medycznych, które to ceny i koszty podał w przybliżeniu. Wobec powyższego zamawiający uznał, że nie otrzymał kalkulacji (wyliczenia ceny zaoferowanej), o którym mowa w ww. wezwaniu. Zamawiający uznał, że otrzymał kalkulację fragmentaryczną, która dotyczy niektórych cen składających się na cenę całkowitą zaoferowaną przez odwołującego. Zamawiający zwrócił również uwagę, że w wezwaniu oczekiwał złożenia wyjaśnień szczegółowych, konkretnych nielakonicznych. Mając na względzie, że odwołujący jest profesjonalistą a ponadto miał swobodę w sposobie przedstawienia kalkulacji, zamawiający nie znalazł okoliczności usprawiedliwiających złożenie przez odwołującego kalkulacji i wyjaśnień fragmentarycznych. Z tych samym

powodów zamawiający uznał, że w sprawie nie istnieje możliwość ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i kalkulacji.

b) odwołujący w treści swoich wyjaśnień wskazał, że na wysokość zaoferowanej przez niego ceny wpłynęły dostępne wyłącznie jemu możliwości tj. posiadanie statusu producenta wyrobów medycznych objętych zamówieniem oraz posiadanie statusu wyłącznego dystrybutora wyrobów medycznych objętych zamówieniem. Odwołujący powyższych twierdzeń nie poparł jednak dowodami. W zakresie dotyczącym statusu producenta wyjaśnienia odwołującego nie zawierały żadnego dowodu, że jest producentem wskazanych przez siebie wyrobów medycznych. Odwołujący nie załączył do wyjaśnień certyfikatu ISO 13485:2016-04, na który się powołał się w wyjaśnieniach. Odwołujący nie przedstawił także żadnego innego dowodu, który potwierdzałby, że zgodnie z szeroko rozumianym prawem farmaceutycznym uzyskał zgodę na produkcję wyrobów medycznych objętych zamówieniem. W zakresie dotyczącym statusu wyłącznego dystrybutora wyjaśnienia wykonawcy nie zawierały oświadczenia ww. producenta, że odwołujący jest jego wyłącznym dystrybutorem ani żadnego innego oświadczenia ww. producenta np., że pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych z odwołującym lub że ww. producenta i Odwołującego łączy umowa handlowa. Wobec powyższego zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał, że posiada wyjątkowo korzystne warunki dostaw będące wynikiem posiadania statusu producenta

i wyłącznego dystrybutora. Oświadczenie złożone przez odwołującego, dotyczące obu ww. okoliczności zamawiający ocenił jako gołosłowne i nie oddalające domniemania rażąco niskiej ceny.

c) odwołujący w treści swoich wyjaśnień powołał się na okoliczność, że jest jedną z największych firm oferujących specjalistyczne wyposażenie medyczne dla wojska oraz pozostałych służb mundurowych. Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnego dowodu, w tym w szczególności umów, ogłoszeń o udzieleniu zamówienia odwołującego itp.

W zakresie dotyczącym obowiązku uwzględnienia okoliczności powszechnie znanych, zamawiający zwrócił uwagę, że za okoliczności powszechnie znane uważa się zdarzenia, czynności, okoliczności, które są znane każdej rozsądnej osobie, która ma przeciętne doświadczenie życiowe, wszelkie wydarzenia historyczne, ustalone zwyczaje. Odwołujący, w ocenie zamawiającego nie posiada marki, która charakteryzowałaby go jako powszechnie znanego producenta wyrobów medycznych. Odwołujący nie występuje w szerokiej świadomości społecznej jako producent leków, wyrobów medycznych, suplementów lub wyrobów podobnych. Zamawiający powziął informację, o tym, że odwołujący jest producentem ww. opatrunków dopiero po złożeniu ofert i to na podstawie informacji podanych przez samego odwołującego. W ocenie zamawiającego nie można uznać za fakt powszechnie znany i niewymagający dowodu okoliczności, że odwołujący jest producentem wyrobów medycznych z tego powodu, że w pewnym wąskim środowisku jest znany jako producent opatrunku indywidualnego i gazy wypełniającej. Zdaniem zamawiającego bez znaczenia dla oceny, czy ww. okoliczność (posiadanie statusu producenta) jest faktem powszechnie znanym jest możliwość odszukania ww. informacji w internecie lub bazie EUDAMED (również dostępnej internetowo) Zamawiający zaznaczył także, że zgodnie

z treścią wezwania skierowanego do odwołującego obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy.

Resumując, zamawiający uznał, że odwołujący nie podołał obowiązkowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego były ogólnikowe, fragmentaryczne i niepoparte dowodami. Odwołujący wskazał, że jako wykonawca posiada nadzwyczajnie korzystne możliwości wykonania zamówienia. Możliwości te nie zostały jednak wykazane (udowodnione) przez odwołującego, Odwołujący nie przedstawił kalkulacji ceny całkowitej wykonania zamówienia. Brak przedstawienia przez dowodów potwierdzających rzetelność cen wskazanych chociażby

w ww. fragmentarycznej kalkulacji skutkuje brakiem możliwości weryfikacji realności ceny zaoferowanej przez odwołującego. W związku z powyższym zamawiający uznał, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie zawierały wymaganego – w myśl art. 224 Pzp – wytłumaczenia ceny zaoferowanej przez odwołującego, skutkiem czego oferta odwołującego podlegała odrzuceniu.

W zakresie zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień uzupełniających, zamawiający stwierdził, że wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny jest dopuszczalne, ale tylko jeżeli w pierwotnie złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. W ocenie zamawiającego w przedmiotowej sprawie wezwanie odwołującego do uzupełniających wyjaśnień było niedopuszczalne, gdyż skutkowałoby ponowieniem/powtórzeniem pierwotnego wezwania. Zamawiający wskazał, że wezwanie do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny co do zasady jest jednokrotne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 czerwca 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”);
- formularz ofertowy złożony w postępowaniu przez odwołującego;
- wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 27 marca 2024 r. skierowane do odwołującego;
- wyjaśnienia z dnia 28 marca 2024 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- informację z dnia 29 maja 2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzuceniu ofert.

2) załączniki do odwołania:

- oświadczenia kontrahentów dotyczące wyłączności na dystrybucję;
- zrzuty ekranu nr 1 i 2 ze strony EUDAMED.

Izba ustaliła co następuje

Przedmiot zamówienia obejmował sześć pozycji asortymentowych:

- opatrunek hemostatyczny;
- opatrunek indywidualny;
- opatrunek na rany penetrujące klatki piersiowej;
- gazę wypełniającą;
- przylepiec bez opatrunku;
- rurkę nosowo-gardłową z żelem.

W ramach postępowania zostało złożonych pięć ofert. Odwołujący wycenił swoją ofertę na kwotę 205 632,00 zł brutto. Równocześnie zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 350 000,00 zł.

Formularz ofertowy, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SWZ został skonstruowany w ten sposób, że w kolumnie nr 3 wykonawca miał podać nazwę produktu/nazwę producenta. Odwołujący podał następujących producentów zaoferowanego przez siebie asortymentu:

- opatrunek hemostatyczny – producent Medtrade;
- opatrunek indywidualny – producent Paramedyk;
- opatrunek na rany penetrujące klatki piersiowej – producent Sam Medical;
- gazę wypełniającą – producent Paramedyk;
- przylepiec bez opatrunku – producent AHSM;
- rurkę nosowo-gardłową z żelem – producent Sumi/OMS.

Pismem z dnia 27 marca 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał, że wzywa odwołującego do udzielenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów. Ponadto

w wezwaniu odwołujący stwierdził m. in. *wzywam do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie sposobu wyliczenia ceny zaoferowanej przez Państwa w postępowaniu o zamówienie publiczne jw. Wyjaśnienia – w tym kalkulacje i dowody.*

W zakresie dowodów, wykonawca zobowiązany jest w szczególności przedłożyć dokumenty potwierdzające wysokość kosztów przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej. Termin na złożenie wyjaśnień, zamawiający wyznaczył na 2 kwietnia 2024 r.

Odwołujący pismem z dnia 28 marca 2024 r. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie.

Zamawiający w dniu 29 maja 2024 r. dokonał ostatecznie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucenia ofert. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W informacji z dnia 29 maja 2024 zostało podane również uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 224 ust. 1, 2 pkt 1, 5 i 6 Pzp – 1. Jeżeli zaoferowana 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.

2. 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;

(...)

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 16 pkt 2 i 3 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

(...)

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego na potrzeby rozstrzygnięcia decydujące znaczenie miały: oferta złożona przez odwołującego, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 27 marca 2024 r. skierowane do odwołującego, wyjaśnienia z dnia 28 marca 2024 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie oraz uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zawarte w informacji z dnia 29 maja 2024 r.

W wyniku analizy przedmiotowych dokumentów Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

Punktem wyjścia dla Izby było wezwanie z dnia 27 marca 2024 r. dotyczące złożenia przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazywał

w swojej argumentacji, że przedmiotowe wezwanie było szczegółowe, natomiast Izba nie zgodziła się z tym twierdzeniem i uznała, że było ono ogólnikowe. Wezwanie skupiało się na żądaniu złożenia wyjaśnień oraz dowodów i co najwyżej można było stwierdzić, że wzywało do złożenia szczegółowych wyjaśnień. Samo żądanie złożenia szczegółowych wyjaśnień nie mogło skutkować uznaniem, że wezwanie było szczegółowe. W ocenie składu orzekającego wezwanie było ogólnikowe, ponieważ w żaden sposób nie odnosiło się do zakresu wymaganych informacji, ani nie przedstawiało dokładniejszych wytycznych wskazujących, co miało być przedmiotem wyjaśnień ze strony odwołującego. Zamawiający wskazał

w zasadzie, że wymaga wyjaśnień i złożenia dowodów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby ogólnikowe wezwanie czy też wezwanie sporządzone na dużym poziomie ogólności należy traktować jako przyznanie wezwanemu wykonawcy szerokiego zakresu swobody w przedstawianiu wyjaśnień. Oczywiście nie oznacza to, że wykonawca może złożyć jakiegokolwiek wyjaśnienia, które następnie zostaną bezrefleksyjnie zakwalifikowane jako wystarczające, ponieważ swobodę o której mowa powyżej należy interpretować jako możliwość zastosowania przez wykonawcę takiego sposobu argumentacji, który w jego ocenie w danej sytuacji jest wystarczający zarówno co do poziomu szczegółowości jak i środków dowodowych. Tak sporządzone wyjaśnienia powinny być przedmiotem oceny przez zamawiającego w zakresie wyznaczonym w wezwaniu. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego były adekwatne do treści wezwania, co przełożyło się na uznanie zasadności zarzutów.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazywał na następujące argumenty:

- odwołujący jako jedyny wykonawca w postępowaniu posiada certyfikat ISO 13485:2016-04 w zakresie wytwarzania i dystrybucji wyrobów medycznych, w tym w zakresie opatrunków indywidualnych oraz gaz wypełniających;

- wyroby medyczne są wytwarzane przez odwołującego w Polsce, co minimalizuje koszty transportu oraz działań

logistycznych;

- umożliwia to oferowanie cen producenta (wytwórcy), a nie pośrednika, który do ceny zakupu wyrobu medycznego od producenta musi dodać swoją marżę;
- odwołujący jest wyłącznym i autoryzowanym dystrybutorem na Polskę firmy Medtrade Products Ltd., będącej producentem opatrunków hemostatycznych CELOX, które odwołujący zakupuje w cenach hurtowych, a następnie odsprzedaży innym podmiotom działającym w branży medycznej, w tym konkurentom w przedmiotowym postępowaniu;
- wszystkie zaoferowane wyroby medyczne spełniają wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji Wymagań Eksploatacyjno-Technicznych (WET) oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia;
- odwołujący regularnie zaopatruje od 15 lat Wojskowe Oddziały Gospodarcze, Regionalne Bazy Logistyczne oraz Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, co powoduje że jako producent czy wyłączny dystrybutor jest znany i rozpoznawalny na rynku, w szczególności w zakresie dostaw wojskowych;
- odwołujący regularnie dostarcza wyroby medyczne bezpośrednio do jednostek podległych RON oraz sprzedaje swoim dystrybutorom wyroby medyczne w ilościach hurtowych (przykładowo dostarczył do RON wyposażenia IPMed oraz wyposażał Plecaki Ratowników Medycznych o wartości łącznej w 2022 r. ponad 6 000 000,00 zł, a w roku 2023 r. o wartości przekraczającej 8 000 000,00 zł;
- ilości wyrobów medycznych wymaganych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia były na tyle niewielkie – biorąc pod uwagę skalę działalności odwołującego – że były już wyprodukowane i magazynowane do sprzedaży, gotowe do dostarczenia do zamawiającego w przeciągu kilku dni.

Ponadto odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się do części zaoferowanego asortymentu tj. opatrunku indywidualnego, gazy wypełniającej oraz opatrunku hemostatycznego. W przypadku opatrunku indywidualnego oraz gazy wypełniającej odwołujący wskazał, że jest producentem tych materiałów opatrunkowych oraz podał koszty ich wyprodukowania, a także fakt uwzględnienia marży i narzutu. W odniesieniu do opatrunku hemostatycznego odwołujący wyjaśnił, że jest wyłącznym i autoryzowanym dystrybutorem na Polskę firmy Medtrade Products Ltd., będącej producentem opatrunków hemostatycznych CELOX oraz wskazał dlaczego ma możliwość zaoferowania konkurencyjnych cen tego produktu, a także wyjaśnił okoliczność uwzględnienia marży i narzutu w cenie. Jak wynikało z formularza ofertowego złożonego przez odwołującego, ceny zaproponowane za powyżej wskazane materiały, po zsumowaniu, stanowiły większość ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Ponadto Izba powyżej wskazała, że ogólnikowe wezwanie czy też wezwanie sporządzone na dużym poziomie ogólności należy traktować jako przyznanie wezwanemu wykonawcy szerokiego zakresu swobody w przedstawianiu wyjaśnień. Tym samym skoro odwołujący w swoich wyjaśnieniach zwrócił uwagę na te akurat wymienione powyżej elementy asortymentu objętego przedmiotem zamówienia, to należało uznać, że pozycje te uznał za istotne w kontekście wyjaśnienia i na nie postanowił zwrócić uwagę w procesie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Takie założenie nie mogło obciążać odwołującego, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy miał on dużą swobodę w sporządzeniu wyjaśnień i jeśli zamawiający uznał, że wyjaśnienia odwołującego wywoływały u niego dalsze wątpliwości to powinien wezwać go o doprecyzowanie lub bardziej szczegółowe wyjaśnienia.

Co istotne Izba doszła do przekonania, że stanowisko zamawiającego skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego było efektem tego, że wykonawca ten nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów, które miały potwierdzić ich zasadność. W kontekście tego należało stwierdzić, że zamawiający w treści wezwania wyraźnie wymagał złożenia dowodów. Do wyjaśnień odwołujący nie załączył formalnie żadnych dowodów. Przy czym w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że brak złożenia dowodów do wyjaśnień nie dyskwalifikował samych wyjaśnień i nie mógł prowadzić do odrzucenia oferty. Po pierwsze należało wskazać, że odwołujący w złożonych wyjaśnieniach zwracał uwagę i podkreślał charakter prowadzonej działalności. Przede wszystkim skupił się na tym, że jest producentem części oferowanego asortymentu lub wyłącznym dystrybutorem. W tym miejscu warto przypomnieć, że zamawiający opracował wzór formularza ofertowego w ten sposób, że przewidział miejsce na podanie nazwy produktu i nazwy producenta. Odwołujący składając ofertę wypełnił formularz ofertowy w zakresie pozycji odnoszących się do tych elementów tj. podał nazwy produktów i nazwy producentów zaoferowanych materiałów. W związku tym odwołujący – składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w których odwoływał się do okoliczności związanych z tym, że jest producentem lub wyłącznym dystrybutorem części asortymentu, co do którego podał wcześniej informację w formularzu ofertowym w zakresie nazwy produktu i producenta zaoferowanych materiałów to w ocenie składu orzekającego – mógł założyć, że nie musiał składać dowodów na potwierdzenie okoliczności związanych z faktem bycia producentem lub dystrybutorem zaoferowanego asortymentu, skoro informacje w tym zakresie wynikały już z dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego, czyli w tym wypadku z oferty. Jeśli zamawiający miał jakieś wątpliwości w tym zakresie to miał uprawnienie do bardziej szczegółowego wezwania odwołującego, natomiast odrzucenie oferty odwołującego na tym etapie było zbyt daleko idące. Po drugie w zakresie części asortymentu (opatrunku indywidualnego, gazy wypełniającej oraz opatrunku hemostatycznego) odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach informacje, które można było uznać jako kalkulacje sporządzoną na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W tym zakresie obowiązek złożenia dowodów można

było uznać za spełniony, a jeśli zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie to mógł wezwać odwołującego do konkretnie opisanych wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający uznał, że czynność odrzucenia oferty odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, została dokonana z naruszeniem art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 228 ust. 1 pkt 8 Pzp. Można było przy tym stwierdzić, że czynność ta była co najmniej przedwczesna w związku z tym Izba uwzględniając odwołanie nie pozbawiła zamawiającego możliwości badania oferty odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający będzie miał wątpliwości co do realności ceny z oferty odwołującego to powinien wezwać tego wykonawcę do szczegółowych wyjaśnień. Przy czym kolejne wezwanie w tym zakresie powinno być, w przeciwieństwie do wezwania z dnia 27 marca 2024 r., precyzyjne i jasno wskazywać zakres mający być przedmiotem wyjaśnień oraz dowody, która mają je potwierdzić.

Izba pominęła przy tym dowody załączone do odwołania (oświadczenia kontrahentów dotyczące wyłączności na dystrybucję oraz rzuty ekranu nr 1 i 2 ze strony EUDAMED). Odwołujący miał obowiązek złożenia dowodów na poparcie wyjaśnień w terminie zakreślonym w treści wezwania. Dowody załączone do odwołania zostały przywołane w celu poparcia argumentacji związanej z tym, że oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny. Izba przedmiotowe dowody potraktowała jako próbę uzupełnienia samych wyjaśnień o materiał dowodowy, co należało uznać za niedopuszczalne. Jednakże pominięcie ww. dowodów nie prowadziło w okolicznościach przedmiotowej sprawy do zdyskwalifikowania argumentacji odwołującego i nie stanowiło przeszkody do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie) i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego wraz z kosztami dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę (zgodnie z rachunkami złożonymi na rozprawie) oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....