

Sygn. akt: KIO 1294/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Powiatowy w Radomsku

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 376 zł 00 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę,

2.2. zasądza od wykonawcy Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie rzecz Szpitala Powiatowego w Radomsku kwotę 3 976 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

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 1294/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Powiatowy w Radomsku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „dostawa gazów medycznych i technicznych do zastosowań medycznych wraz z dzierżawą butli dla szpitala powiatowego w Radomsku” o numerze referencyjnym: 241/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.03.2024 pod numerem 2024/BZP 00231878/01.

W dniu 11 kwietnia 2024 r. Odwołujący: Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie dowiedział się o wyborze w Pakiecie 2 oferty wykonawcy Medgaz sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej Medgaz.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 16 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

a) niezgodnego z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp zaniechania przez Zamawiającego czynności w ramach postępowania, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp oraz

b) niezgodnych z przepisami Pzp czynności Szpitala Powiatowego w Radomsku podjętych w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania w Pakiecie 2, a polegające na:

1. nieuprawnionym wyborze oferty Medgaz jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu;

2. bezzasadnym zaniechaniu odrzucenia oferty Medgaz, pomimo, iż:

i. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a dodatkowo

ii. złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia na podstawie art. 224 Pzp nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył żadnych dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska;

3. bezzasadnym zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, pomimo, iż jest ona jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania;

4. nierównym traktowaniu wykonawców, braku zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie

straciło walor przejrzystości.

Odwołujący podniósł, że przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów:

i.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Medgaz, pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wykonawca ten nie zaoferował kompletnego przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego („Zarzut I”);

ii.ii. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Medgaz, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty w trybie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1) ustawy Pzp złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył żadnych dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, co może wskazywać na to, że jest rażąco niska („Zarzut II”),co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, a także wyboru oferty wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i niewybrania oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.odrzucenia oferty Medgaz,
- 3.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, gdyż jako jedyna w Pakiecie 2 nie podlega odrzuceniu, a spółka nie podlega wykluczeniu z postępowania, a także o zasądzenie kosztów, których spis zostanie przedstawiony na rozprawie.

Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł, co następuje: „(...)W Pakiecie 2 zostały złożone dwie oferty – przez Odwołującego oraz Medgaz.

Kryteriami oceny ofert były cena brutto oferty oraz termin dostawy.

Spółka zaoferowała cenę brutto: 253 218,55 zł, a Medgaz cenę brutto: 140 314,03 zł. Wartość szacunkowa zamówienia dla Pakietu 2 wynosiła 290 654,35 zł brutto.

Zarzut I

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularz cenowy, dla Pakietu 2, w poz. 10 wymagał zaoferowania i wyceny tzw. opłaty PROH dla dostaw medycznych.

DOWÓD: wzór Załącznika nr 1 do SWZ – Formularza cenowego – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania treści SWZ w przedmiotowym zakresie

Opłata PROH jest opłatą za dezynfekcję butli. Jest to opłata, której wprowadzenie wiąże się z pandemią COVID – 19. Niemniej jednak, pomimo wygaśnięcia tej pandemii, usługa dezynfekcji butli jest nadal wymagana przez niektóre szpitale, a w związku z tym wykonawcy oferując tę usługę, pobierają ww. opłatę.

W toku Postępowania nie zostało zadane pytanie do treści SWZ w tym zakresie.

Z uwagi na fakt, iż cena Medgaz znacząco odbiegała od szacunku Zamawiającego oraz ceny oferty drugiej złożonej oferty, Zamawiający w dniu 27.03.2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1) Pzp, skierował do Medgaz wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty (elementów mających wpływ na wysokość ceny) w Pakiecie 2.

Szczegółowo do kwestii wezwania i wyjaśnień Medgaz Odwołujący odniesie się w uzasadnieniu dotyczącym Zarzutu II.

Niemniej jednak, w tym miejscu Odwołujący wskazuje, na kwestię niezgodności treści oferty Medgaz z warunkami zamówienia, tj. z treścią Załącznika nr 1 do SWZ dla Pakietu 2, poz. 10, która została potwierdzona przez Medgaz w złożonych na ww. wezwanie wyjaśnieniach.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 27.03.2024 r. wymagał w m. in. wyjaśnienia „zwolnienia z opłaty PROH dla dostaw medycznych w pozycji 10.”

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że niezrozumiałym jest wezwanie Zamawiającego odnoszące się do „zwolnienia z opłaty PROH.” W żadnym miejscu SWZ nie ma odniesienia do takiego zwolnienia. Jest natomiast ujęte wymaganie zaoferowania i wyceny usługi dezynfekcji butli i ponoszonej w związku z tym opłaty PROH (Załącznik nr 1 do SWZ, poz. 10).

Nie ulega więc wątpliwości, że skoro Zamawiający w Rozdziale IV OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, w pkt 3, wskazał: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w Załączniku Nr 1 – Formularz cenowy. Pozostałe warunki dotyczące realizacji zamówienia zostały określone we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik Nr 4 do SWZ.”, a Formularz cenowy w kolumnie opisanej jako: „Opis przedmiotu zamówienia” zawiera w poz. 10 zapis: „Opłata PROH dla

dostaw medycznych”, to element ten stanowi część przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, a wykonawcy składający ofertę w zakresie Pakietu 2 byli zobligowani go zaoferować i wycenić.

Oferta Medgaz w poz. 10, brzmi następująco:

DOWÓD: oferta Medgaz – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania treści tej ofertyw Pakiecie 2, poz.

10

Jak wynika z powyższego, wykonawca ten wycenił tę część przedmiotu zamówienia na 0,00 zł.

Być może dlatego wzbudziło to wątpliwości Zamawiającego, który wezwał Medgaz do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie (choć Odwołujący nadal podtrzymuje, że nie ma tu możliwości odnoszenia się do „zwolnienia z opłaty PROH”).

Na wezwanie Zamawiającego, Medgaz wyjaśnił:

„Odnosnie pozycji 10, tj. „Opłata PROH dla dostaw medycznych”, firma Medgaz Sp. z o.o. nie pobiera i nie ma takiej opłaty w swoim katalogu. Jest to jedyne postępowanie, w którym spotkaliśmy się z taką opłatą. W innych postępowaniach, żaden szpital, żaden podmiot ochrony zdrowia nie tworzył takiej pozycji. Wszystkie koszty obsługi zamówienia podaliśmy w pozycjach od 7 do 9 i od 11 do 13.”

DOWÓD: pismo Medgaz z dnia 02.04.2024 r. – w aktach Postępowania – na okoliczność treści wyjaśnień ww. wykonawcy

Oznacza to, że Medgaz nie wykonuje wymaganej przez Zamawiającego dezynfekcji butli, a tym samym nie zaoferował tej usługi w ofercie złożonej w Postępowaniu.

Już sam fakt wyceny określonej w Formularzu cenowym pozycji na poziomie 0,00 zł budzi poważne wątpliwości. Natomiast oświadczenie Medgaz wynikające z treści wyjaśnień z dnia

02.04.2024 jednoznacznie te wątpliwości usuwa. Bowiem, określenie pewnej pozycji cenowej na poziomie 0,00 zł mogłoby w pewnych okolicznościach (gdyby zostało wykazane i potwierdzone dowodami) zostać uznane za dopuszczalne. Niemniej, z wyjaśnień Medgaz wynika, że kwota 0,00 zł nie stanowi o tym, iż usługa dezynfekcji wymagana do zaoferowania i wyceny przez Zamawiającego została ujęta w innych pozycjach. Oznacza ona, że usługa ta i pobierana za nią opłata PROH w ogóle nie zostały ujęte w ofercie Medgaz.

Powyższe oznacza, że treść oferty Medgaz w zakresie zaoferowania przedmiotu zamówienia opisanego w Załączniku nr 1 do SWZ, poz. 10, jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Zarzut II

Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia, w Rozdziale XVII. pt. SPOSÓB OBLICZENIA CENY, wskazał:

„1. Wykonawca uwzględniając wszystkie wymagania, o których mowa w niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia, powinien w cenie brutto ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz uwzględnić inne opłaty i podatki, a także ewentualne upusty i rabaty zastosowane przez Wykonawcę.

2. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w formularzu cenowym stanowiącym Załącznik Nr 1 do SWZ, który po wypełnieniu przez Wykonawcę stanowi będnie załącznik do formularza oferty, według następujących zasad:

1) wszystkie pozycje muszą zawierać cenę,

2) ostateczna cena oferty, powinna być liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,

3) brak wypełnienia i określenia ceny w formularzu asortymentowo-cenowym i druku formularza oferty spowoduje odrzucenie oferty,

4) upusty oferowane przez Wykonawcę muszą być zawarte w cenach jednostkowych netto, które po zastosowaniu upustu nie mogą być niższe niż koszty własne lub koszty wytworzenia;

3. Przy obliczeniu ceny oferty należy przyjąć stawkę podatku VAT od towarów i usług właściwą dla przedmiotu zamówienia obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert.”

Oprócz wezwania do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty (elementów mających wpływ na wysokość ceny) w Pakiecie 2, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia „dowodów na sprzedaż produktów w poszczególnych pozycjach w Pakiecie nr 2 a w szczególności 2, 6, 7, 12, 13 za cenę zaoferowaną w ofercie oraz wyjaśnienie zwolnienia z opłaty PROH dla dostaw medycznych w pozycji 10.” Wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz dowody dotyczące elementów mających wpływ na jej wysokość wykonawca był zobowiązany przesłać w nieprzekraczalnym terminie do dnia 02.04.2024r.

DOWÓD: wezwanie Zamawiającego z dnia 27.03.2024 r. – w aktach Postępowania – na okoliczność czynności wezwania do wyjaśnień odnośnie ceny oferty oraz na w celu wykazania treści wezwania.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, Medgaz w dniu 02.04.2024 r. złożył pismo następującej treści:

„W odpowiedzi na Państwa wezwanie wyjaśniamy:

Zaproponowane przez nas ceny gazów są cenami realnymi i zawierają koszty produkcji, surowców, marży i transportu. Firma Medgaz Sp. z o. o. jest hurtownią farmaceutyczną z ponad 5letnim doświadczeniem i w czasach pandemii Covid-19 wspomagała szpitale w województwie łódzkim i okolicznych województwach, dostarczając tlen medyczny i inne gazy medyczne. Posiadamy rekomendacje i podziękowania od szpitali (w tym również Państwa szpitala) oraz od koordynatora wojewódzkiego.

Podana przez nas cena została skalkulowana na podstawie takich składowych jak cena surowca, proces napełniania butli z gazem oraz zoptymalizowana logistyka i stanowi dla nas cenę rynkową gazów wymienionych w pakiecie 2 postępowania.

Proces dystrybucji jest oparty o starannie dobraną, doświadczoną kadrę pracowniczą, dzięki czemu mogliśmy wypracować optymalną procedurę magazynowania surowca oraz dostarczania go w odpowiednich warunkach do Klienta, skutkiem czego minimalizujemy straty surowca oraz koszty transportu.

Firma Medgaz Sp. z o. o. obsługuje podmioty w województwie łódzkim oraz w województwach sąsiednich. Są to między innymi: Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi, Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi, Szpital w Tomaszowie Mazowieckim, szpitale w Częstochowie, Opolu, Toszku, podmioty medyczne w Łasku, Sieradzu i Rawiczu. Podmiotów współpracujących z firmą Medgaz Sp. z o.o. jest o wiele więcej, a liczba zamówień i dostaw w ciągu tygodnia pracy pozwala zminimalizować koszty. Koszty transportu i obsługi zostały zatem przeanalizowane i skalkulowane dla dostaw do wielu Klientów w ciągu tygodnia.

Nie są to dostawy dedykowane tylko i wyłącznie do jednego Zamawiającego.

Nasza hurtownia jest zlokalizowana przy ul. Łęczyckiej w Łodzi pod numerem 11/13.

Dysponujemy własną flotą pojazdów, którą powiększamy wraz z rozwojem firmy. Kolejnym ważnym czynnikiem mającym wpływ na decyzję o zaproponowanej cenie realizowanych zamówień jest fakt, że wszystkie posiadane butle są naszą własnością, którą możemy dowolnie dysponować.

Chcemy również wspomnieć o tym, że Zamawiający nie przesłał, przed ogłoszeniem postępowania, do nas prośby o oszacowanie cen gazów. Dzięki temu mógłby mieć bardziej obiektywne spojrzenie na ceny gazów medycznych oraz obsługi zamówienia żeby móc określić zakres wartości dla danych pakietów. Możemy poinformować, że ceny zaproponowane w pozycji 2 i 6 pakietu 2, tj. za tlen medyczny w butlach 5l i tlen medyczny 2l, nie odbiegają od cen proponowanych przez inne firmy w postępowaniach w ramach zamówień publicznych, w których firma Medgaz Sp. z o.o. brała udział. Taka sama sytuacja dotyczy pozycji 7, 12 i 13 pakietu 2, czyli dzierżaw butli i palet.

Odnosnie pozycji 10, tj. „Opłata PROH dla dostaw medycznych”, firma Medgaz Sp. z o.o. nie pobiera i nie ma takiej opłaty w swoim katalogu. Jest to jedyne postępowanie, w którym spotkaliśmy się z taką opłatą. W innych postępowaniach, żaden szpital, żaden podmiot ochrony zdrowia nie tworzył takiej pozycji. Wszystkie koszty obsługi zamówienia podaliśmy w pozycja od 7 do 9 i od 11 do 13.

Reasumując, zaproponowana cena jest przemyślana, uwzględnia zasoby własne, koszty transportu, realizacji, obsługi zamówień i pozwala nam na dostawy gazów medycznych z zyskiem.”

DOWÓD: pismo Medgaz z dnia 02.04.2024 r. – w aktach Postępowania – na okoliczność treści wyjaśnień ww. wykonawcy

Wraz z powyższymi wyjaśnieniami Medgaz nie przesłał żadnych dowodów, do przedłożenia których wzywał Zamawiający.

Wyjaśnienia Medgaz są lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte żadnymi dowodami. Złożone przez Medgaz wyjaśnienia w żadnej mierze nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej elementów składowych.

Odnosząc się do poszczególnych fragmentów wyjaśnień, Odwołujący wskazuje na następujące kwestie.

i. Medgaz powołuje się na swoje 5 letnie doświadczenie oraz świadczenie usług na rzecz szpitali w woj. łódzkim w okresie pandemii, a także posiadanie rekomendacji i podziękowań od różnych podmiotów, w tym Zamawiającego. Nie wykazuje natomiast, w jaki sposób te kwestie przełożyły się na niską cenę zaoferowaną w Postępowaniu. Doświadczenie i w konsekwencji rekomendacje, są atrybutem każdego z wykonawców składających ofertę, który ubiega się o dane zamówienie, co jednak nie przekłada się w każdym przypadku na zaoferowanie ceny na poziomie rażąco niskim;

ii. Medgaz wskazuje następnie, że podana przez niego cena została skalkulowana na podstawie takich składowych jak cena surowca, proces napełniania butli z gazem oraz zoptymalizowana logistyka, dodając, że stanowi dla tego wykonawcy cenę rynkową gazów wymienionych w pakiecie 2 Postępowania. Należy jednak podkreślić, że nie wyjaśnia, co należy rozumieć pod pojęciem „cena surowca”, nie podaje jej, co zdecydowanie pozwoliłoby Zamawiającemu

zweryfikować, czy cena zaoferowana jest ceną realną i nie jest rażąco niska. Postępuje się ogólnym pojęciem „zoptymalizowana logistyka” bez wyjaśnienia, na czym polega owa optymalizacja i jak przekłada się na poziom zaoferowanej ceny. Wreszcie, wskazuje, że tak skonstruowana cena jest dla niego ceną rynkową. Cena zaoferowana przez wykonawcę nie ma być ceną rynkową (na marginesie należy wskazać, że to pojęcie również może być rozumiane w różny sposób przez różne podmioty, które do jego rozumienia przyjmują różne parametry ekonomiczne), a ceną, która będzie zgodna z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. będzie w obejmować wszystkie elementy niezbędne do zaoferowania przedmiotu zamówienia.

iii. Następnie Medgaz informuje Zamawiającego, że „proces dystrybucji jest opartyo starannie dobraną, doświadczoną kadrę pracowniczą”, dzięki czemu możliwe było wypracowanie optymalnej procedury magazynowania surowca oraz dostarczania go w odpowiednich warunkach do Klienta, skutkiem czego jest minimalizowanie strat surowca oraz koszty transportu. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że przedmiotem zamówienia w Pakiecie 2 jest dostawa tlenu medycznego w butlach wraz z ich dzierżawą, transport butli wraz z opłatami dodatkowymi, serwis, próżniowanie napełnianie butli Zamawiającego oraz dezynfekcję butli medycznych. W tym kontekście zastanawiające jest na czym miałyby polegać procedura minimalizowania strat surowca i w jaki sposób miałyby ona wpłynąć na wysokość zaoferowanej ceny. Odpowiedzi w tym zakresie nie sposób znaleźć w złożonych przez Medgaz wyjaśnieniach. Znow pojawiają się ogólnikowe pojęcia jak „starannie dobrana kadra pracownicza”, „optymalna procedura minimalizowanie strat surowca” (nie wiadomo jakiego, gdyż jak wskazano powyżej, nie zostało to wyjaśnione).

iv. Medgaz podał adres swojej hurtowni. Nie wyjaśnił jednak w jaki sposób jej lokalizacja przekłada się na, drastyczne w ocenie Odwołującego, obniżenie ceny oferty.

v. W dalszej części wyjaśnień wskazano: „Kolejnym ważnym czynnikiem mającym wpływ na decyzję o zaproponowanej cenie realizowanych zamówień jest fakt, że wszystkie posiadane butle są naszą własnością, którą możemy dowolnie dysponować.” Ponownie wykonawca nie wykazał, w jaki sposób własność butli i swoboda w dysponowaniu nimi przełożyły się na poziom zaoferowanej ceny. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że według jego najlepszej wiedzy i doświadczenia, wszystkie butle dostawców są ich środkami trwałymi. Medgaz nie wykazał stopnia amortyzacji opakowań. Własność nie oznacza zysku, czy też możliwości obniżenia ceny, a wręcz przeciwnie - może generować koszty.

vi. Wreszcie, Medgaz odniósł się do tego, że Zamawiający nie wystąpił do tego wykonawcy o oszacowanie wartości zamówienia przed wszczęciem Postępowania, co pozwoliłoby mu na bardziej realne oszacowanie wartości zamówienia i jak należy rozumieć, nie doprowadziłoby do wezwania do wyjaśnień ceny oferty tego wykonawcy. W żadnej mierze tego rodzaju zarzut względem Zamawiającego nie może mieć wpływu na rzetelność wyjaśnień wykonawcy. Zamawiający nie ma obowiązku występowania do wykonawców o oszacowanie wartości zamówienia, a wykonawca nie może tłumaczyć niskiego poziomu ceny oferty brakiem tej czynności.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje na kilka dodatkowych kwestii, które powinny zostać wzięte pod uwagę, podczas analizy przedmiotowej sprawy.

Wykonawca Medgaz nie jest wytwórcą tlenu medycznego, a hurtownią farmaceutyczną posiadającą własne opakowania (butle) do pełnienia.

DOWÓD: zezwolenie na prowadzenia hurtowni farmaceutycznej nr NOH.5100.11.2017.1060.MP.3 z dnia 11.12.2017 r. dla Medgaz Sp. z o.o. – załącznik do oferty Medgaz złożonej w Postępowaniu – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania, że Medgaz nie jest wytwórcą, a prowadzi hurtownię farmaceutyczną

Jego butle z gazami medycznymi, w tym tlenem, napełnia Spawmet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chojnicach (wytwórcą produktów leczniczych i wyrobów medycznych).

DOWÓD: Zezwolenie na dopuszczenie tlenu medycznego SPAWMET nr 9901 wydane dla SPAWMET Sp. z o.o. - załącznik do oferty Medgaz złożonej w Postępowaniu – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania, że Spawmet sp. z o.o. jest wytwórcą tlenu medycznego

W ocenie Odwołującego najistotniejszym elementem składowym ceny przedmiotu zamówienia w Pakiecie 2, w przypadku, gdy wykonawca nie jest wytwórcą gazu (tj. jak wskazano powyżej przypadek Medgaz), jest cena nabycia 1m³ tlenu sprężonego medycznego od jego wytwórcy. Wykonawca Medgaz w ogóle nie odniósł się do tego elementu w wyjaśnieniach, ani nie przedłożył dowodu na poziom ceny nabycia ww. substancji (np. faktury). Bez tego najistotniejszego elementu Zamawiający, chcąc w sposób prawidłowy i zgodny z zasadami wynikającymi z Pzp, przeprowadzić badanie ceny oferty, nie ma możliwości weryfikacji prawidłowości i rzetelności wyjaśnień.

Ponadto, Spółka wskazuje, że przepis art. 224 ust. 3 Pzp wymienia przykładowo, czego mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej przez niego ceny. Między innymi wskazuje na kwestie zgodności z

przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz na kwestie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp), do których Medgaz nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach w ogóle.

Medgaz nie odniósł się również do takich elementów przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, które wykraczają poza standardowe koszty związane z dostawą tlenu medycznego i dzierżawą butli, w których ten tlen jest dostarczany. Takim elementem jest przeprowadzenie szkolenia w siedzibie Zamawiającego, poświadczonego certyfikatami dla uczestników, dotyczącego obrotu gazami medycznymi, w którym ze strony Zamawiającego wezmą udział: kadra kierownicza i menadżerska (w zakresie dozoru) - 3 osoby; personel techniczny obsługujący maszynownię gazów medycznych i ich dostawy (w zakresie eksploatacji) - 10 osób oraz tzw. „personel biały”, który odpowiada za eksploatację butli na salach chorych oraz podłączanie butli z gazami do urządzeń medycznych - 12 osób (§1 ust. 15 Załącznika nr 4 do SWZ, który zawiera projekt umowy o zamówienie publiczne, która zostanie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania).

Na podstawie treści wyjaśnień Medgaz z dnia 02.04.2024 r., nieopartych żadnymi dowodami, nie jest w żadnym razie możliwa ocena zaoferowanej przez ten podmiot ceny. Jest co prawda możliwe stwierdzenie, że nie uwzględnił wszystkich elementów składowych przedmiotu zamówienia (Zarzut I). Nie ma natomiast możliwości stwierdzenia, czy przewidziane przez tego wykonawcę koszty realizacji zamówienia zostały wycenione na odpowiednim poziomie (nie noszącym znamion rażąco niskiego). W szczególności, w oparciu o tak sformułowane z czego wynikają i czym są poparte tak nierealne, odbiegające od jakichkolwiek realiów rynkowych ceny za transport i przegląd butli (tak KIO w wyroku z dnia 8 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3461/21).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako: „KIO”) w wyroku z dnia 08.12.2021 r., sygn. akt.: 3461/21: „Z przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne.”

Podobnie Izba orzekła w przywołanym przez Odwołującego w piśmie z dnia 03.04.2024 r. (rozwińcie poniżej) wyroku o sygn. KIO 769/22: Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne. W ocenie składu orzekającego Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień udzielonych przez odwołującego. Jak wskazano powyżej w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący nie przedstawił konkretnych i kompletnych wyjaśnień w zakresie wskazanym przez zamawiającego, jak i nie przedstawił żadnych dowodów.

Warto również nadmienić, że Odwołujący wskazywał na kwestie niekompletnych, ogólnikowych i nierzetelnych wyjaśnień Medgaz w piśmie z dnia 03.04.2024r. oraz ponownie w dniu 11.04.2024 r.

DOWÓD: pismo Odwołującego z dnia 03.04.2024r. oraz korespondencja e-mail z dnia 11.04.2024 r. – a w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania, że Spółka zwracała uwagę Zamawiającego na kwestie będące przedmiotem odwołania.

Korespondencja Odwołującego pozostała jednak bez reakcji Zamawiającego.

Zaskakujące jest działanie Zamawiającego, który w pierwszej kolejności sam określa szczegółowo elementy ceny oferty, które miał wyjaśnić Medgaz oraz żąda przedłożenia określonych dowodów, a następnie, w braku tych wyjaśnień oraz zaniechaniu przedłożenia dowodów, a także w sytuacji, gdy ze złożonych wyjaśnień wynika, że oferta jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż nie obejmuje części przedmiotu zamówienia, pomija swoje wcześniejsze wezwanie i jego treść oraz treść SWZ i wybiera w sposób sprzeczny z Pzp ofertę, pomimo, iż bezsprzecznie podlega ona odrzuceniu.

W związku z powyższym, mając na uwadze, że:

- i. Zamawiający precyzyjnie określił przedmiot zamówienia w Postępowaniu,
- ii. wykonawcy nie zgłaszali Zamawiającemu c o do przedmiotu zamówienia, w szczególności opisanego w Załączniku nr 1 do SWZ, w poz. 10, wątpliwości,
- iii. w pkt 5 Formularza Ofertowego sporządzonego zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ Medgaz oświadczył: „Ponadto oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.”,

iv. Medgaz złożył ofertę niezgodną z treścią SWZ w zakresie Załącznika nr 1 do SWZ w poz. 10, co potwierdził w swoich wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, a dodatkowo

v. zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy,

vi. w przedmiotowej sprawie Medgaz został wezwany do takiego wykazania w sposób szczegółowy wraz z przedłożeniem dowodów jednak, co wykazano powyżej, przedłożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a co za tym idzie można przypuszczać, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest rażąco niska, stwierdzić należy, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości.”.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i wskazując co następuje: „(...)W ocenie odwołanie jest w całości niezasadne.

W trakcie przeprowadzenia procedury przez Zamawiającego nie naruszono żadnych przepisów, w tym w szczególności nie dokonano naruszenia, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, że treść oferty złożonej przez Medgaz spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak podano, we wciąż aktualnej, tezie "roku KIO z 29.8.2008 r. (KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08, LEX): „O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości”. Oferta złożona przez Medgaz umożliwia realizację przedmiotu zamówienia w całości.

Medgaz — na co wskazuje również sam Odwołujący, nie jest wytwórcą tlenu medycznego, a hurtownią farmaceutyczną. Opłata PROH, jest opłatą za dezynfekcję butli. Z uwagi na podniesioną wyżej okoliczność, że Medgaz nie jest wytwórcą gazu medycznego logicznym jest, że nie ponosi opłaty PROH i prawidłowo wskazał w pakiecie 2 poz. 10 „0”. To wytwórca produktów leczniczych odpowiada za parametry medyczne oraz za jakość opakowań, w tym za dezynfekcję butli — tj. za dotrzymanie wymogów jakościowych produktu leczniczego, a nadzór nad powyższym procesem sprawuje Główny Inspektor Farmaceutyczny.

Ponadto Medgaz wskazał koszty obsługi zamówienia w pozycjach od 7 do 9 oraz od 11 do 13.

Wywiedzenie przez Odwołującego z opłaty określonej przez Medgaz spółkę z o.o. na „0”, iż Medgaz nie wykonuje wymaganej przez Zamawiającego dezynfekcji butli jest nieprawidłowe — tym bardziej (co zostało już wskazane wyżej), że Medgaz nie jest wytwórcą tlenu medycznego, a hurtownią farmaceutyczną i to nie na hurtowni spoczywa obowiązek dezynfekcji butli. O czym Odwołujący — jako wytwórca — powinien wiedzieć.

Przepis art. 224 PZP określa przykładowy katalog okoliczności, które Wykonawca może uwzględnić w składanych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach. Jest to katalog otwarty a ustawodawca wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia te „mogą dotyczyć w szczególności”. Wykonawca więc może wskazać na inne okoliczności, które w jego ocenie uzasadnią realność zaoferowanej ceny.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia stworzyły podstawę do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Brak było podstaw uzasadniających odrzucenie oferty Medgaz spółki z o.o.

Prawdą jest, że Zamawiający w latach 2020 — 2022 w czasie pandemii COVID-19 korzystał z dostaw sprężonego tlenu medycznego w butlach, realizowanych przez Medgaz spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Wykonawca Medgaz wywiązywał się z realizacji zamówienia w sposób rzetelny, należyty i zgodny z procedurami.

W czasie pandemii decyzją Wojewody Łódzkiego na Szpital Powiatowy w Radomsku został nałożony obowiązek pozostawania w stanie podwyższonej gotowości, wówczas to Medgaz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością umożliwiła Szpitalowi dostawy tlenu medycznego.

Art. 16 PZP określa zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, zaś art. 17 PZP określa zasady udzielania zamówienia. Żaden z przepisów nie został przez Zamawiającego naruszony.

Należy dodatkowo wskazać, że przystanie na interpretację nadaną treści specyfikacji przez Odwołującego prowadziłoby do ograniczenia konkurencji, gdyż stworzyłoby bezpodstawną barierę w dostępie do zamówienia — ograniczając wykonawców do tych, którzy są wytwórcami, dezynfekują butle i pobierają za to opłatę. Wykluczone zostałyby natomiast hurtownie farmaceutyczne. Wskutek tego byłaby niezgodna z zasadami przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz bezpośrednio z treścią art. 16 pkt 1 PZP.

Zdaniem Zamawiającego wszelkie podniesione w sprawie zarzuty odwołania są chybione, a Zamawiający nie dopuścił się zarzucanych nieprawidłowości i zaniechań.

Ponadto Zamawiający ma na uwadze przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U.

2023 poz. 1290) nakazujące, przede wszystkim, racjonalne wydatkowanie środków — co też Zamawiający czyni.

Zamawiający przy realizacji zadań związanych z ochroną zdrowia dysponuje środkami publicznymi. Zgodnie z treścią art. 44 ust 3 pkt I ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Wydatkowanie środków publicznych wbrew powyższym zasadom grozi odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Postępowanie przetargowe dotyczy dostawy gazów medycznych i technicznych do zastosowań medycznych wraz z dzierżawą butli dla Szpitala Powiatowego w Radomsku.

Medgaz Spółka z o.o. złożyła ofertę zgodną ze wszystkimi wymogami Zamawiającego i spełnia wszystkie kryteria i warunki techniczne wskazane przez Zamawiającego w SWZ.”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty wykonawcy Medgaz sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej Medgaz, uwzględniając wezwanie Zamawiającego z dnia 23 marca 2024 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia Medgaz z dnia 2 kwietnia 2024 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2024 r. do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia Medgaz z dnia 9 kwietnia 2024 r. wraz z dowodem w postaci formularza asortymentowo-cenowego SP.TZP.250.24.2023, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 kwietnia 2024 r., odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 25 kwietnia 2024 r., pismo Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2024 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art.224 ust.6 ustawy Pzp w związku z art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Medgaz z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, a także z powodu złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że Zamawiający w SWZ przewidział załącznik nr 1 będący wzorem formularza cenowego, który wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą.

Izba stwierdziła, że wykonawca Medgaz w złożonym formularzu cenowym pod l.p.10 dla pakietu 2, gdzie wskazana była opłata PROH dla dostaw medycznych zaoferował zerową cenę jednostkową.

Dokonując rozpoznania zarzutu odwołania wskazującego na sprzeczność treści oferty wykonawcy Medgaz z warunkiem opisanym pod l.p.10 formularza cenowego, z którego to oświadczenia – zdaniem Odwołującego – wynikał brak zaoferowania przez wykonawcę dezynfekcji butli gazów medycznych, Izba uznała go za niepotwierdzony.

W ocenie Izby – z faktu niepobierania przez Medgaz opłaty za dezynfekcję butli czy też braku wyceny przez tego wykonawcę takiego świadczenia częściowego w danej pozycji nie wynikało jeszcze, że wykonawca takiej usługi nie wykona na rzecz Zamawiającego.

Udzielone przez strony wyjaśnienia w tym względzie wskazują, że opłaty te co do zasady były pobierane w okresie pandemii, a praktyka ustalania obecnie takich opłat u różnych podmiotów leczniczych nie jest jednolita.

Ponadto, należy wskazać, że treść SWZ nie przewiduje wyraźnie usługi dezynfekcji butli gazowych, a zatem należałoby jedynie wnioskować, że obowiązek taki mógłby zostać uruchomiony jedynie w przypadku wystąpienia pandemii.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnośnie zarzutu złożenia przez wykonawcę Medgaz oferty z rażąco niską ceną Izba uznała go za nieuzasadniony.

W związku z powyższym należy wskazać, że stosownie do art.224 ust.1 ustawy Pzp 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.

Jednocześnie w ust.2 tego przepisu ustawodawca przewidział, 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający wykonaniu powyższych przepisów prawa pismem z dnia 27 marca 2024 r. wezwał wykonawcę Medgaz do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w następujący sposób: „Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), w celu ustalenia, czy oferta złożona przez Medgaz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sienkiewicza 153/1A,90-302 Łódź zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny (elementów mających wpływ na wysokość ceny) w ofercie w zakresie zadania/Pakietu nr 2:

- **Dowodów na sprzedaż produktów** w poszczególnych pozycjach w Pakiecie nr 2, a w szczególności 2, 6, 7, 12, 13 za cenę zaoferowaną w ofercie oraz wyjaśnienie zwolnienia z opłaty PROH dla dostaw medycznych w pozycji 10.

Wykonawca zaoferował cenę w zadaniu/Pakiecie nr 2 w wysokości 140 314,03 zł brutto. Wartość szacunkowa Zamawiającego dla Pakietu wynosiła 290 654,35 zł brutto.(...).

W następstwie tego wezwania wykonawca Medgaz pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. wyjaśnił, co następuje: „(...)Zaproponowane przez nas ceny gazów są cenami realnymi i zawierają koszty produkcji, surowców, marży i transportu.

Firma Medgaz Sp. z o. o. jest hurtownią farmaceutyczną z ponad 5-letnim doświadczeniem i w czasach pandemii Covi 19 wspomagała szpitale w województwie łódzkim i okolicznych województwach, dostarczając tlen medyczny i inne gaz medyczne. Posiadamy rekomendacje i podziękowania od szpitali (w tym również Państwa szpitala) oraz od koordynatora wojewódzkiego.

Podana przez nas cena została skalkulowana na podstawie takich składowych jak cena surowca, proces napełniania butli z gazem oraz zoptymalizowana logistyka i stanowi dla nas cenę rynkową gazów wymienionych w pakiecie 2 postępowania.

Proces dystrybucji jest oparty o starannie dobraną, doświadczoną kadrę pracowniczą, dzięki czemu mogliśmy wypracować optymalną procedurę magazynowania surowca oraz dostarczania go w odpowiednich warunkach do Klienta, skutkiem czego minimalizujemy straty surowca oraz koszty transportu.

Firma Medgaz Sp. z o. o. obsługuje podmioty w województwie łódzkim oraz w województwach sąsiednich. Są to między innymi: Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im M. Pirogowa w Łodzi, Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi, Szpital w Tomaszowie Mazowieckim, szpitale w Częstochowie, Opolu, Toszku, podmioty medyczne w Łasku, Sieradzu i Rawiczu. Podmiotów współpracujących z firmą Medgaz Sp. z o.o. jest o wiele więcej, a liczba zamówień i dostaw w ciągu tygodnia pracy pozwala zminimalizować koszty. Koszty transportu i obsługi zostały zatem przeanalizowane i skalkulowane dla dostaw do wielu Klientów w ciągu tygodnia.

Nie są to dostawy dedykowane tylko i wyłącznie do jednego Zamawiającego.

Nasza hurtownia jest zlokalizowana przy ul. Łęczyckiej w Łodzi pod numerem 11/13.

Dysponujemy własną flotą pojazdów, którą powiększamy wraz z rozwojem firmy.

Kolejnym ważnym czynnikiem mającym wpływ na decyzję o zaproponowanej cenie realizowanych zamówień jest fakt, że wszystkie posiadane butle są naszą własnością, którą możemy dowolnie dysponować.

Chcemy również wspomnieć o tym, że Zamawiający nie przesłał, przed ogłoszeniem postępowania, do nas prośby o oszacowanie cen gazów. Dzięki temu mógłby mieć bardziej obiektywne spojrzenie na ceny gazów medycznych oraz obsługi zamówienia żeby móc określić zakres wartości dla danych pakietów. Możemy poinformować, że ceny zaproponowane w pozycji 2 i 6 pakietu 2, tj. za tlen medyczny w butlach 5l i tlen medyczny 2l, nie odbiegają od cen proponowanych przez inne firmy w postępowaniach w ramach zamówień publicznych, w których firma Medgaz Sp. z o.o. brała udział. Taka sama sytuacja dotyczy pozycji 7, 12 i 13 pakietu 2, czyli dzierżaw butli i palet.

Odnosnie pozycji 10, tj. „Opłata PROH dla dostaw medycznych”, firma Medgaz Sp. z o.o. nie pobiera i nie ma takiej opłaty w swoim katalogu. Jest to jedyne postępowanie, w którym spotkaliśmy się z taką opłatą. W innych postępowaniach,

żaden szpital, żaden podmiot ochrony zdrowia nie tworzył takiej pozycji. Wszystkie koszty obsługi zamówienia podaliśmy w pozycjach od 7 do 9 i od 11 do 13.

Reasumując, zaproponowana cena jest przemyślana, uwzględnia zasoby własne, koszty transportu, realizacji, obsługi zamówień i pozwala nam na dostawy gazów medycznych z zyskiem.”.

Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, co następuje: „W związku z wyjaśnieniami z dnia 02.04.2024r. Zamawiający wzywa do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do czynników cenotwórczych składających się na cenę oferty. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca nie wskazał kosztów składowych ceny oraz dowodów na sprzedaż produktów po zaoferowanych cenach w w/w postępowaniu.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do dodatkowych wyjaśnień i przesłanie dowodów na ich potwierdzenie. (...).

Izba stwierdziła, że wykonawca Medgaz w następstwie powyższego wezwania pismem z dnia 9 kwietnia 2024 r. poinformował Zamawiającego w ten sposób, że: „Zaproponowane przez nas ceny gazów są cenami realnymi i zawierają koszty produkcji, surowców, marży i transportu.

Podana przez nas cena w postępowaniu zawiera wszystkie koszty jakie uwzględniliśmy przy przystąpieniu do postępowania. Została skalkulowana na podstawie takich składowych jak cena surowca, proces napełniania butli z gazem oraz zoptymalizowana logistyka i stanowi dla nas cenę rynkową gazów wymienionych w pakiecie 2 postępowania.

Firma Medgaz Sp. z o.o. jest właścicielem butli, o różnej pojemności, do gazów medycznych, dzięki czemu może swobodnie nimi dysponować. Nie są to butle w jakikolwiek sposób obciążone zobowiązaniami. Możemy zatem swobodnie nimi dysponować. Posiadamy własną flotę pojazdów dopasowaną do rodzaju i wielkości dostawy.

Reasumując, zaproponowana cena jest przemyślana, uwzględnia zasoby własne, koszty transportu, realizacji, obsługi zamówień i pozwala nam na dostawy gazów medycznych z zyskiem.

Załączamy arkusz asortymentowo-cenowy postępowania, które wygraliśmy i zmieściliśmy się w kwocie zakładanej przez szpital w Bielsku-Białej (Szpital Pediatryczny, ul. Sobieskiego 83, 43-300 Bielsko-Biała). Ceny te są zbliżone do cen jakie podaliśmy w postępowaniu na dostawy gazów do Państwa Szpitala.”.

Według zapatrywania Izby – powyższe wezwania Zamawiającego były bardzo ogólne i nie nawiązywały do istotnej części składowej ceny głównej.

Wymaga podkreślenia, że **Zamawiający pytał wykonawcę Medgaz jedynie o dowody na sprzedaż produktów**, a ten załączył do drugich wyjaśnień dowód w postaci załącznika nr 2 z formularza asortymentowo-cenowego z postępowania SP.TZP.250.TP2.24.2023 prowadzonego na rzecz Szpitala Pediatrycznego w Bielsko-Białej potwierdzający dokonywanie takich transakcji w publicznym obrocie zamówień publicznych.

Zdaniem Izby – ceny jednostkowe wskazane w załączonym do wyjaśnień formularzu były na porównywalnym poziomie do tych z kwestionowanego przez Odwołującego formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Medgaz.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że powyższy dowód jest niedopuszczalny z uwagi na brak jego aktualności.

W ocenie Izby – zaoferowana cena w bieżącym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być również dowiedziona poprzez wykazywanie cen z innych podobnych, wcześniejszych przetargów.

Jednocześnie Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek polemiki ze wskazanymi w powyższym formularzu cenami oferowanymi przez Medgaz.

Dodatkowo, na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający żądał jedynie od wykonawcy Medgaz wyjaśnienia cen jednostkowych z pozycji 2, 6, 7, 12, 13.

Przy czym treść wezwań Zamawiającego nie została zaskarżona przedmiotowym odwołaniem, a zatem ocena faktyczno-prawna w przedmiotowej sprawie mogła ogniskować się jedynie w granicach żądania Zamawiającego wynikających z treści wezwania odnoszącego się do tych pozycji cenowych.

Jeżeli zatem Odwołujący nie zaskarżył odwołaniem treści ogólnikowych wezwań Zamawiającego, to w chwili obecnej nie można oceniać negatywnie wyjaśnień wykonawcy Medgaz, który nie został przez Zamawiającego szczegółowo wezwany, chociażby jak chce Odwołujący do wskazania elementów cenotwórczych kosztów nabycia gazu medycznego od producenta.

Omawiając, przedmiotową sprawę nie mogło ująć uwadze Izby, że Zamawiający dokonał szacowania wartości przedmiotu zamówienia jedynie w oparciu o informację cenową Odwołującego z pominięciem innych wykonawców konkurencyjnych, w tym wykonawcy Medgaz, co mogło z pewnością wpłynąć na obniżenie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ten stan rzeczy mógł w ogóle spowodować brak możliwości uruchomienia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie powołanego wyżej art.224 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Ponadto, należy zauważyć, że w doktrynie i judykaturze zgodnie przyjmuje się, że cena rażąco niska, to cena nierealna, niewiarygodna, poniżej kosztów dostawy.

W związku z tym - jeżeli zatem wykonawca Medgaz w obrocie zamówień publicznych oferuje dostawy gazów medycznych po cenach rynkowych odpowiadających obecnej zaproponowanej cenie, to trudno jest zaakceptować pogląd Odwołującego, że oferta konkurenta zawiera rażąco niską cenę.

W przekonaniu Izby - Zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy Medgaz zgodnie z treścią przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Mając powyższe na uwadze – Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty wykonawcy Medgaz na zasadzie art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem wykonawca ten składając swoje wyjaśnienia wraz dowodem z cen jednostkowych (vide: powołany wyżej formularz cenowy) wykazał, że oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....