Sygn. akt: KIO 1432/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Adriana Urbanik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 24 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Barbarę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B.S. z siedzibą w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego w Piasecznie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu lit. a i lit. c odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie (lit. b odwołania);
3. kosztami postępowania obciąża stosunkowo co do poszczególnych zarzutów, odwołującego Barbarę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B.S., zamawiającego Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego w Piasecznie, i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Barbarę Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B.S. z siedzibą w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego w Piasecznie (ul. Fabryczna 1, 05-500 Piaseczno) na rzecz wykonawcy Barbary Stańczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.S. z siedzibą w Piasecznie (ul. Kajki 18, 05-501 Piaseczno) kwotę 7 400 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.3. zasądza od wykonawcy Barbary Stańczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.S. z siedzibą w Piasecznie (ul. Kajki 18, 05-501 Piaseczno) na rzecz zamawiającego Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego w Piasecznie (ul. Fabryczna 1, 05-500 Piaseczno) kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 1432/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie podstawowym pn. „Zakup i sukcesywna dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku i materiałów medycznych”, nr referencyjny: 1/D/2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.01.2024 r. pod nr 2024/BZP 00040758 przez **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego w Piasecznie, ul. Fabryczna 1, 05-500 Piaseczno**, zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 24.04.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca **B.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B.S.**, **ul. Kajki 18, 05-501 Piaseczno**, zwany dalej także „Odwołującym”,
od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych
w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany
na podstawie ustawy Pzp, tj. od:
a)czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Sinmed Sp z o.o.
z siedzibą w Przyszowicach (dalej „SINMED”),
b) zaniechania czynności odrzucenia oferty SINMED,
c) zaniechania wezwania wykonawcy SINMED do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:
a) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SINMED pomimo,
że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia,
b) art. 16 pkt 1-3 w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy SINMED wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
c) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy SINMED jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem nakazania odrzucenia oferty złożonej przez SINMED z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz nakazania wezwania wykonawcy SINMED do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
c) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 25.04.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej
za pośrednictwem poczty e-mail) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania
do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego
w dniu 29.04.2024 r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)**wykonawca Sinmed Sp. z o.o., ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice,**zwany dalej „Przystępującym”. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 14.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) pismo procesowe złożył Przystępujący, w którym przedstawił stanowisko w sprawie i wniósł
o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W dniu 14.05.2024 r. odpowiedź na odwołanie wniósł środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której przedstawił stanowisko w sprawie i:
I.wniósł o odrzucenie odwołania na zasadzie art. 528 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 527
oraz 523 i 524 ustawy Pzp,
II.ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt. I petitum) - wniósł
o oddalenie odwołania w całości,
III. wniósł o dołączenie do akt niniejszego postępowania akt sprawy o sygn. akt: KIO 825/24 oraz dopuszczenie dokumentacji tegoż postępowania w charakterze dowodu
na okoliczność jego przebiegu oraz sposobu zakończenia,
IV.przedłożył w charakterze dowodu pismo Odwołującego z dnia 01.02.2024 r.,
na okoliczność wiedzy po stornie Odwołującego co do okoliczności objętych odwołaniem jeszcze przed wszczęciem postępowania o sygn. akt: KIO 825/24,
V. przedłożył w charakterze dowodu kartę zgodności serwet stomatologicznych oferowanych w obrocie pod nazwą „BOXER” przez producenta APS MARCIN WALASEK (NIP 6451681577),
VI. wniósł o obciążenie kosztami postępowania Odwołującego, w tym o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według faktury VAT (poinformował,
że faktura VAT zostanie przedłożona na rozprawie wyznaczonej na dzień 16.05.2024 r.).

Odnośnie wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający podał: „Zamawiający wskazuje w pierwszym rzędzie, iż wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego toczyło się już przed

Izbą postępowanie odwoławcze pod sygn. akt: KIO 825/24, a to na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę SINMED Sp. z o.o. w dniu 13.03.2024 r.; Odwołanie to dotyczyło podjętych przez Zamawiającego czynności polegających na odrzuceniu oferty SINMED Sp. z o.o.
oraz wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty NEOMED B.S. (Odwołującego
w postępowaniu niniejszym), a więc czynności Zamawiającego zupełnie tożsamych
z żądaniem odwołania z dnia 24.04.2024 r.. Postępowanie o sygn. akt: KIO 825/24 zakończone zostało postanowieniem Izby z dnia 21.03.2024 r., umarzającym postępowanie wskutek uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w całości. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż pismem z dnia 14.03.b.r. zamawiający przekazał wykonawcy NEOMED B.S. odwołanie Wykonawcy „SINMED" Sp. z o.o., wzywając do przystąpienia
do postępowania, jednakże podmiot ten nie skorzystał z tego uprawnienia i nie brał udziału
w postępowaniu (dowód: dokumentacja zgromadzona w aktach o sygn. akt: KIO 825/24).
Co równie istotne, w skierowanym do zamawiającego piśmie z dnia 01.02.2024 r. Odwołujący podnosił twierdzenia mające skłonić Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy SINMED Sp. z o.o. identyczne (tożsame) w stosunku do argumentów podnoszonych
w odwołaniu w postępowaniu niniejszym, tj. wskazujących na to, iż cena zaoferowana przez SINMED Sp. z o.o. w stosunku do asortymentu ujętego w pozycjach 40 i 41 Załącznika Nr 1 do SWZ w postępowaniu znak 1/D/2024 jest odmienna od ceny urzędowej w rozumieniu
art. 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, jak również dotyczących tego,
iż w pozycji 78 tegoż załącznika SWZ zaoferowano asortyment producenta, który w roku 2022 zakończył swą działalność gospodarczą, wobec czego asortyment ten nie mógłby być zgody z wymogami ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (dowód: pismo Odwołującego z dnia 01.02.2024 r.). W świetle powyższego należy podnieść, iż odwołanie winno podlegać odrzuceniu na zasadzie art. 528 pkt. 5 u.p.z.p. w zw. z art. 527 u.p.z.p.; Odwołujący bowiem - mimo tego, że został prawidłowo wezwany do przystąpienia
do postępowania o sygn. akt: KIO 825/24 - nie wziął w nim udziału (nie przystąpił do postępowania w terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 u.p.z.p.), ani też nie zgłosił swego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania SINMED Sp. z o.o.. Godzi się przy tym zauważyć, iż twierdzenia i argumentacja, mające w ocenie Odwołującego skutkować odrzuceniem oferty drugiego z Wykonawców w postępowaniu znak 1/D/2024, ponoszone w odwołaniu z dnia 24.04.2024 r., były już znane na dzień 02.01.b.r. (vide w/w pismo Odwołującego), a zatem winny one zostać przedstawione w ramach przystąpienia do postępowania i rozpoznane przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 825/24, a to na poparcie prawidłowości czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy SINMED Sp. z. o.o.. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „(…) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub,
w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie
z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 527 ustawy Pzp,
na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo,
w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie
z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie
z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, Czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu zamówień publicznych bądź też – jeśli samodzielnie uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu – którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. (…) Ustawodawca, mając na uwadze zarówno zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, jak i moc wiążącą orzeczeń KIO, wychodzi z założenia, że każdy podmiot, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim
udział i dochodzić jego ochrony. W przeciwnym wypadku pozostaje związany tak orzeczeniem KIO, jak i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego. W praktyce, poza samym odwołującym, przesłanka ta dotyczy innych wykonawców, którzy mogli wziąć udział
w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących – w tym mogli wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. (Prawo zamówień Publicznych. Komentarz Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2022 Wydanie 3) (…) Nie ulegało zatem wątpliwości, że obecne odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie
z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 868/22. Jeżeli obecny odwołujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wniesionym
w sprawie o sygn. akt KIO 868/22, to– jako uczestnik tamtego postępowania – stosownie do art. 523 ust. 1 ustawy Pzp – miał prawo do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w

odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22, czego nie uczynił." (vide postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.04.2022 r., sygn. akt: KIO 1049/22). W stanie faktycznym sprawy niniejszej odwołanie dotyczy właśnie tych czynności Zamawiającego, które zostały wykonane zgodnie
z uwzględnionym w toku postępowania o sygn. akt: KIO 825/24 odwołaniem (unieważnienie wyboru oferty „NEOMED" i odrzucenia oferty „SINMED", a następnie ponowa ocena ofert
i wybór oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przyjętym SWZ kryterium cenowym), a zatem czynności objętych dyspozycją art. 527 u.p.z.p.. Nadto, uwzględnienie odwołania prowadziłoby w istocie do stanu, który objęty był odwołaniem SINMED Sp. z o.o. z dnia 13.03.2024 r.
(tj. odrzucenie oferty „SINMED" i wybór oferty „NEOMED"). Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosi jak w pkt. petitum.".

W dniu 16.05.2024 r. podczas rozprawy w szczególności:

1)Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania i fakturę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2)Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania wraz z fakturą z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, złożył dowód w postaci wydruku ze strony internetowej na potwierdzenie faktu, iż produkt wskazany na stronie internetowej posiada oznaczenie kod produktu i nie jest to kod podany w ofercie Przystępującego, a więc nie jest to produkt oferowany przez Przystępującego w jego ofercie;

3)Przystępujący podtrzymał stanowisko jak w piśmie procesowym, wniósł o oddalenie odwołania, poparł stanowisko Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania wniesiony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z tego powodu, że w sprawie nie mają zastosowania art. 528 pkt 5 w zw. z art. 527 oraz 523 i 524 ustawy Pzp, gdyż wykonawca B.S.prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B.S., dalej także „B.S. NEOMED", nie miał interesu w zaskarżeniu czynności (zaniechań) Zamawiającego w postępowaniu sygn. akt KIO 825/24 z powodu wyboru oferty wykonawcy Barbary Stańczyk NEOMED jako najkorzystniejszej (nie miał interesu
w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego). W postępowaniu sygn. akt KIO 825/24 odwołujący wykonawca SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach podniósł zarzuty naruszenia:
1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia polegającą na niepodaniu w pozycjach nr 40 oraz 41 formularza asortymentowo-cenowego numerów katalogowych zaoferowanych opatrunków, bez uprzedniego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie treści oferty oraz podczas gdy w pozycjach nr 40 i 41 formularza asortymentowo - cenowego zawarto informacje umożliwiające zweryfikowanie zgodności zaoferowanych opatrunków z warunkami zamówienia (oznaczenie producenta, rozmiary),
zaś wymóg podania numerów katalogowych nie miał charakteru bezwzględnego,

2. ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania - art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Neomed z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, mimo że wykonawca Neomed nie podał w pozycjach nr 44, 87 oraz 88 formularza asortymentowo-cenowego numerów katalogowych zaoferowanego asortymentu.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 825/24 zostało umorzone postanowieniem
Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.03.2024 r. na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp wskutek uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym przedstawiono inne niż w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 825/24 zarzuty, a więc odnoszące się do cen w pozycjach 40 i 41 formularza asortymentowo-cenowego, a także wskazanego producenta w pozycji
78 formularza asortymentowo-cenowego, zaniechania do wezwania do wyjaśnień w zakresie jaki produkt jest oferowany w pozycji 78 formularza asortymentowo-cenowego.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił
w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a

także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi
na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, złożone na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy,
że odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymagał:

1)w pkt 10. Opis sposobu przygotowania ofert w ppkt 3 i 6:
„3. Treść ofery musi być zgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w niniejszej SWZ", „6. Wraz z ofertą Wykonawca składa: Załącznik Nr 1 – Formularz asortymentowo-cenowy (załączyć do oferty), Załącznik nr 2 – Formularz ofertowy (załączyć do oferty), Załącznik nr 3 – Oświadczenie Wykonawcy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (załączyć
do oferty).";

2)w załączniku nr 1 Formularz asortymentowo-cenowy do SWZ w tabeli w wierszu:
a) w Lp. 40 nazwa towaru „Opatrunek elastyczny,, nieokluzyjny , stanowiący warstwę kontaktową, wykonany w technologii TLC (lipido-koloidowej). Opatrunek wykonany jest z siatki poliestrowej z zastosowaniem technologii lipidowo-koloidowej (TLC), która zapewnia wilgotne środowisko w ranie. Dzięki TLC opatrunek nie przylega do rany, co pozwala na bezurazową i bezbolesną wymianę. Technologia TLC zawiera cząsteczki hydrokoloidu w matrycy z wazeliny, olej parafinowy, wazelinę i polimery nośnikowe. W kontakcie z wysiękiem rany opatrunek ulega żelowaniu, tworząc wilgotne środowisko, sprzyjające gojeniu. Stymuluje proliferacje fibroblastów. Wskazany do stosowania do ran z małym wysiękiem.10 x 12 cm, opakowanie
a 10 szt" w kolumnie cena netto: „105,56 zł", w kolumnie cena brutto: „114,00 zł", wartość brutto: „1140,05 zł",
b) w Lp. 41 nazwa towaru „Opatrunek wykonany w technologii TLC (lipido-koloidowej) zbudowany z włókninowej wkładki wykonanej z włókien charakteryzujących się wysoką chłonnością, kohezyjnością i właściwościami hydro-oczyszczającymi (poliakrylan). Opatrunek zatrzymuje gromadzące się w ranie bakterie oraz zapewnia właściwości hemostatyczne.10 x 10 cm, opakowanie a 10szt" w kolumnie cena netto: „91,02 zł", w kolumnie cena brutto: „98,30 zł", wartość brutto: „983,02 zł",
c) w Lp. 78 nazwa towaru „serweta stomatologiczna 38cmx48 cm a 40 szt- rolka"
wymagał wskazania określonych danych w kolumnie „producent nr katalogowy".

Przystępujący załączył do oferty załącznik nr 1 Formularz asortymentowo-cenowy
do SWZ, w którym w tabeli w wierszu:

a)w Lp. 40 nazwa towaru „Opatrunek elastyczny,, nieokluzyjny , stanowiący warstwę kontaktową, wykonany w technologii TLC (lipido-koloidowej). Opatrunek wykonany jest
z siatki poliestrowej z zastosowaniem technologii lipidowo-koloidowej (TLC), która zapewnia wilgotne środowisko w ranie. Dzięki TLC opatrunek nie przylega do rany,
co pozwala na bezurazową i bezbolesną wymianę. Technologia TLC zawiera cząsteczki hydrokoloidu w matrycy z wazeliny, olej parafinowy, wazelinę i polimery nośnikowe.
W kontakcie z wysiękiem rany opatrunek ulega żelowaniu, tworząc wilgotne środowisko, sprzyjające gojeniu. Stymuluje proliferacje fibroblastów. Wskazany do stosowania do ran
z małym wysiękiem.10 x 12 cm, opakowanie a 10 szt" w kolumnie cena netto podał: „210,00 zł", w kolumnie cena brutto podał: „226,80 zł", wartość brutto podał: „2268,00 zł",

b)w Lp. 41 nazwa towaru „Opatrunek wykonany w technologii TLC (lipido-koloidowej) zbudowany z włókninowej wkładki wykonanej z włókien charakteryzujących się wysoką chłonnością, kohezyjnością i właściwościami hydro-oczyszczającymi (poliakrylan). Opatrunek zatrzymuje gromadzące się w ranie bakterie oraz zapewnia właściwości hemostatyczne.10 x 10 cm, opakowanie a 10szt" w kolumnie cena netto podał:
„320,00 zł", w kolumnie cena brutto podał: „3456,00 zł",

c)w Lp. 78 nazwa towaru „serweta stomatologiczna 38cmx48 cm a 40 szt- rolka"
w kolumnie „producent nr katalogowy" podał: „BOXER NR NIESTOSOWANY".

W dniu 19.04.2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w uzasadnieniu wyżej wskazanych czynności podał:

„(…) działając na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 253 ust. 1 i 2 w zw. z art. 266 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U, z 2023 r. poz. 1605
z późn. zm.) niniejszym zawiadamia, iż w wyniku przeprowadzenia w/w postępowania,
po spełnieniu wymagań oraz przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert określonych w treści SWZ z dnia 16 stycznia 2024 r., za najkorzystniejszą została uznana oferta Wykonawcy:
SINMED" Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Granicznej 32B, 44-178 Przyszowice, która otrzymała 100 pkt
Uzasadnienie faktyczne i prawne
Zgodnie z art. 239 ust. 1 u.p.z.p., Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta
to oferta z najniższą ceną lub kosztem. W niniejszym postępowaniu zastosowano kryterium oceny ofert w zakresie ceny o wadze 100%. Punktację przyznawano w oparciu o reguły określone w Dziale 14 SWZ.
Pozostałe oferty złożone w niniejszym postępowaniu:
oferta Wykonawcy NEOMED B.S., ul. M Kajki 18. 05-501 Piaseczno, która uzyskała 99 pkt
Zamawiający zawiadamia nadto, iż żadna ze złożonych ofert nie została odrzucona, a żaden z Wykonawców nie został.wykluczony z udziału w postępowaniu.
Zamawiający informuje również, że zgodnie z art. 527 u.p.z.p., od czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z żądaniem odwołania wniesionego w trybie art. 513 i nasi. u.p.z.p.,
a po jego uwzględnieniu, nie przysługują środki ochrony prawnej.
Zamawiający zawiadamia jednocześnie, iż umowa w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia zostanie zawarta z Wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą,
w terminach o jakich mowa w art. 308 ust. 2 u.p.z.p..".

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2)przejrzysty;
3)proporcjonalny.";

2)art. 223 ust. 1: „1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz,
z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.";

3) art. 226 ust. 1 pkt 5: „1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;";

3) art. 239 ust. 1: „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.".

Spór dotyczył tego, czy Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego
w sytuacji gdy w treści załączonego do oferty Przystępującego załącznika w Formularzu asortymentowo-cenowym w Lp. 40 i 41 Przystępujący dopuścił się uchybienia, polegającego na wykreśleniu kwot wskazanych tam przez Zamawiającego i wpisaniu w to miejsce wyższych kwot. Sporne było także między stronami czy Przystępujący prawidłowo wskazał producenta w Formularzu asortymentowo-cenowym w Lp. 78.
Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Na wstępie Izba podnosi, że na podstawie art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący w ocenie Izby wykazał skutecznie zasadność zarzutu a i c odwołania,
#x200enie wykazał skutecznie zarzutu c odwołania.
Odnośnie zarzutu a – naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem
art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (podany wyżej) w ocenie Izby zarzut potwierdził się.
Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał: „3. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustalił wzór Formularza asortymentowo-cenowego (Załącznik nr 1 do SWZ),
w formie pliku Excel, obejmującego 98 pozycji asortymentowych. Odwołujący wskazuje,
że dodatkowo, w odniesieniu do pozycji nr 40 (Opatrunek elastyczny, nieokluzyjny , stanowiący warstwę kontaktową, wykonany w technologii TLC (lipidokoloidowej) (…))
oraz pozycji nr 41 (Opatrunek wykonany w technologii TLC (lipido-koloidowej) zbudowany

z włókninowej wkładki (…)), Zamawiający narzucił wykonawcom w Formularzu asortymentowo-cenowym cenę netto każdego z opatrunków, stawkę podatku VAT (8%), cenę brutto oraz wartość brutto tych pozycji. Powołane dwie pozycje asortymentowe są jedynymi, w odniesieniu do których Zamawiający „odgórnie" narzucił ich cenę, nie pozostawiając wykonawcy miejsca ani możliwości zmiany Formularza asortymentowo-cenowego. Okoliczność ta jest podyktowana obowiązującymi przepisami prawa, tj. brzmieniem art. 9 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, zgodnie z którym „Świadczeniodawca w celu realizacji świadczeń gwarantowanych jest obowiązany nabywać leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu powiększona o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa, a w przypadku nabywania od podmiotu innego niż przedsiębiorca prowadzący obrót hurtowy w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne - po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu." Zgodnie natomiast z załącznikiem do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 11.12.2023 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, dla opatrunków wskazanych w pozycjach nr 40
i 41 Formularza asortymentowo-cenowego określono właściwe urzędowe ceny zbytu, tj.: (…) *[podaje tabelę]* Mimo, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 30.01.2024 r., Odwołujący z ostrożności informuje, że podane w powyższej tabeli ceny nie uległy zmianie wraz z nowym obwieszczeniem z dnia 18.03.2024 r.
4. Jak wynika z treści oferty złożonej przez SINMED, wykonawca ten zaingerował w treść Formularza asortymentowo-cenowego narzuconą przez Zamawiającego i dokonał zmiany cen opatrunków w pozycjach nr 40 i 41, tj. w pozycji 40 zaoferował cenę 210,00 zł netto / op., zaś w pozycji 41 zaoferował cenę 320,00 zł netto / op. Nie ulega najmniejszej wątpliwości,
że zaoferowane przez SINMED ceny ww. opatrunków są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, jak również z obowiązującym wykazem refundowanych wyrobów medycznych.
5. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
02 grudnia 2019 r., KIO 2320/19, wskazać należy, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ma miejsce
w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SIWZ bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy.".
W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r., KIO 1929/19, podkreślono zaś, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania
o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty
z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącym, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może
na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ,
z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania
i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy.".
6. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ.
W niniejszej sprawie taka sytuacja ma właśnie miejsce. Zamawiający w dokumentach zamówienia ustalił w sposób jednoznaczny ceny opatrunków dla pozycji 40 i 41, wprowadził je do Formularza asortymentowo-cenowego i na żadnym etapie postępowania przetargowego nie wyraził zgody na ich modyfikację. Takie działanie Zamawiającego miało przy tym pełne oparcie w obowiązujących przepisach prawa, wskazanych i przytoczonych powyżej. Jednocześnie, Wykonawca SINMED nie wnosił żadnych zastrzeżeń do SWZ i jej załączników, w szczególności nie kwestionował wymagania

zaoferowania opatrunków w pozycjach nr 40
i 41 po cenach określonych przez Zamawiającego i wynikających z przepisów prawa.
Odwołujący pragnie dostrzec, że udostępnienie SWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania Wykonawcy wymienionych w SWZ. Co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny
i jasny.
Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r., KIO 1636/23, Legalis).
Odwołujący pragnie również dodać, że ewentualne sanowanie niezgodności oferty SINMED z warunkami zamówienia, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest niemożliwe.
Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie przetargowej uzależnione jest bowiem od spełnienia dwóch przesłanek, po pierwsze, niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie
celowego działania Wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli,
a po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r., KIO 1629/23, Legalis). Tymczasem wykonawca SINMED miał pełną świadomość i wolę zaoferowania innych cen opatrunków niż ceny wskazane przez Zamawiającego i wynikające z przepisów prawa. Nie jest to zatem nieświadoma omyłka, lecz zamierzone działanie wykonawcy dotyczące wprowadzenia nieaprobowanych w SWZ i przepisach prawa cen opatrunków. Wykonawca SINMED działał
w tym zakresie z premedytacją, bowiem składając ofertę i wypełniając Formularz asortymentowo-cenowy, w pierwszej kolejności celowo usunął z Formularza ceny ustalone przez Zamawiającego, a następnie wprowadził własne ceny, w efekcie czego osiągnął marżę około 100% dla pozycji 40 i około 350% dla pozycji 41.
Jego działania były zatem celowe i przemyślane, nie mają więc one charakteru omyłki
(por. wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2014 r., KIO 2653/14).
Podsumowując, wykonawca SINMED świadomie (a nie omyłkowo) zastosował inną cenę opatrunków w pozycjach nr 40 i 41, niż wskazana przez Zamawiającego i wynikająca
z przepisów prawa. Oferta SINMED pozostaje zatem jasna, jednoznaczna, ale niezgodna
z warunkami SWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w szczególności podał: „Odnosząc się merytorycznie do argumentacji prezentowanej w odwołaniu należy w pierwszym rzędzie wskazać, iż ustanowione na zasadzie art. 8 i 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych ceny urzędowe niektórych leków czy wyrobów medycznych wiążą świadczeniodawców udzielających świadczeń gwarantowanych o tyle, że winni oni nabywać przedmiotowe środki po cenie nie wyższej niż urzędowa. Natomiast właściwe przepisy przywołanej ustawy w istocie adresowane są do podmiotów, które trudnią się sprzedażą tego rodzaju wyrobów, na co wyraźnie wskazuje ustanowienie w Rozdziale 7 tejże ustawy odpowiednich kar pieniężnych, jakimi zagrożone jest stosowanie w obrocie innych marż lub cen zbytu aniżeli urzędowe. Co do zasady zatem objęte przedmiotowa regulacją wyroby nie powinny być oferowane, również w ramach postępowań prowadzonych w trybie udzielenia zamówienia publicznego, po cenach wyższych aniżeli urzędowe. Jednakowoż w praktyce, przede wszystkim z uwagi na dostrzeganą przez Odwołującego zmienność właściwych obwieszczeń dotyczących cen maksymalnych (a zatem - i samych cen), zastosowanie znajduje art. 538 k.c., natomiast w razie sprzedaży określonego wyrobu po cenie wyższej, sprzedawca zobowiązany będzie do wystawienia odpowiedniej faktury korygującej oraz zwrotu różnicy pomiędzy faktyczną ceną a ceną urzędową (vide J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska-Friberg [w:] J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska-Friberg, Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz, Warszawa 2014, art. 9, LEX 2014). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż wskazanie przez „SINMED” Sp. z o.o. w pozycjach 40 i 41 stanowiącego załącznik oferty formularza asortymentowo - cenowego ceny wyższej aniżeli urzędowa stanowi uchybienie, które jest „regulowane” w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa, a których zastosowanie każdorazowo sanuje przedmiotowy błąd, prowadząc do zastosowania – na etapie rozliczenia wynagrodzenia za daną partię dostarczonego asortymentu - cen zgodnych z obowiązującymi cenami urzędowymi. Jednocześnie nie było to uchybienie, które podlegałoby poprawieniu w trybie art. 223 u.p.z.p., skoro powinność uwzględnienia właściwych na czas sprzedaży danej partii produktów objętych zamówieniem cen maksymalnych aktualizuje się dopiero w chwili zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Mając powyższe na względzie Zamawiający, stosując zasadę proporcjonalności środków prawnych, doszedł do wniosku, iż przedmiotowe uchybienie nie powinno skutkować zastosowaniem środka najsurowszego w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy SINMED Sp. z o.o., albowiem - jak wskazano wyżej - jest ono sanowane przy zastosowaniu właściwych regulacji

powszechnie obowiązującego prawa. Należy przy tym podkreślić, iż skorygowanie ceny zaoferowanej przez SINMED Sp. z o.o. dla pozycji 40 i 41 formularza asortymentowo - cenowego do obowiązującej na chwilę obecną (czy też na czas oceny ofert) cen urzędowych nie wpłynęłoby na dokonaną przez Zamawiającego ocenę ofert oraz wynik postępowania, albowiem skutkowałoby to wyłącznie obniżeniem ceny oferty tego Wykonawcy, która i tak w niniejszym postępowaniu była już najniższa.”.

Nie był sporny fakt uchybienia Przystępującego w wypełnieniu formularza asortymentowo-cenowego w Lp. 40 i 41 w ten sposób, że Przystępujący wykreślił ceny określone tam przez Zamawiającego i następnie w miejsca wykreślonych cen wpisał ceny wyższe. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego zaprezentował stanowisko, że nie miał podstawy prawnej aby z powodu przedmiotowego uchybienia Przystępującego odrzucić jego ofertę, bowiem wprost w SWZ nie wskazał, że w przypadku takiego uchybienia odrzuci ofertę wykonawcy.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego,

po pierwsze dlatego, że w SWZ Zamawiający jednak określił wymóg zgodności oferty z SWZ, w tym załączenia do oferty załącznika nr 1 do SWZ – formularza asortymentowo-cenowego (wypełnionego). Tak sformułowany w pkt 10. ppkt 6 SWZ wymóg stanowi warunek zamówienia.

Skoro Przystępujący w sposób dowolny zmienił treść omawianego formularza względem wymaganej treści w SWZ, niepodlegającej zmianie, to tym samym uczynił treść swojej oferty niezgodną z treścią – warunkami SWZ.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że uchybienie Przystępującego nie ma znaczenia, bowiem należy przyjąć przy realizacji zamówienia w wykonaniu umowy

na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego cenę maksymalną.

Umyka Zamawiającemu, że treść oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy

– tu Przystępującego. Nie można wykluczyć, że gdyby w pozycjach 40 i 41 Formularza asortymentowo-cenowego przyjęte zostały ceny maksymalne to Przystępujący na innych pozycjach mógłby zrekompensować sobie ustalony zysk.

Nie jest istotne w sprawie,

że wartość oferty w wyniku przyjęcia cen maksymalnych, wskazanych przez Zamawiającego w Lp. 40 i 41 Formularza asortymentowo-cenowego zamiast określonych w tych pozycjach

w ofercie Przystępującego, zmniejszy się o niewielką kwotę. Skoro Zamawiający z jakichś względów ustalił taką, a nie inną treść Formularza asortymentowo-cenowego

(z uwzględnieniem cen w Lp. 40 i 41), to nie może następnie bagatelizować tej treści,

i wskazywać, że nie jest istotna.

Jak już wyżej podniesiono, Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia ofert

o określonej treści i w przypadku niezgodności ofert z SWZ – warunkami zamówienia powinien był odrzucić ofertę wprost na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który jasno wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dodatkowa klauzula w treści SWZ nie jest w niniejszym przypadku konieczna do dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego.

Na marginesie warto zauważyć, że Zamawiający nie postanowił w dokumentacji zamówienia, że w przypadku zaistnienia przedmiotowego uchybienia nie będzie ono miało skutku w postaci niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Przedmiotowe uchybienie Przystępującego nie stanowi omyłki Przystępującego, gdyż wynika ze świadomego działania Przystępującego.

Odnośnie zarzutu b - naruszenia art. art. 16 pkt 1-3 w zw. z naruszeniem art. 223

ust. 1 ustawy Pzp poprzez (podany wyżej) w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący

w odwołaniu w szczególności podał: „7. Zamawiający w Formularzu asortymentowo-cenowym (Załącznik nr 1 do SWZ), pozycja 78, wymagał zaoferowania serwet stomatologicznych 38cmx48 cm a 40 szt. - rolka. Wykonawca SINMED w złożonej ofercie zaoferował serwety stomatologiczne producenta „BOXER” A.C. (dalej „BOXER”). W tym miejscu Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że producent BOXER 10.03.2022 roku zawiesił prowadzoną działalność gospodarczą i nie prowadzi sprzedaży podkładów (serwet stomatologicznych), co wynika z załączonego do odwołania wydruku z CEiDG. Odwołujący przypomina, że zgodnie z wymaganiami SWZ, pkt 3.5, zaoferowany asortyment musi być dopuszczony do obrotu oraz do stosowania na terytorium RP i posiadać wszelkie wymagane obowiązującymi przepisami prawa certyfikaty, atesty, zezwolenia wymagane do legalnego

i bezpiecznego obrotu oraz stosowania, w szczególności zaś przewidziane w ustawie

z 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych, spełniać wymogi wszelkich właściwych norm,

a także posiadać właściwe oznakowanie oraz deklarację zgodności CE. Dalej Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany będzie niezwłocznie przedstawić na żądanie Zamawiającego wszelkie dokumenty potwierdzające powyższe okoliczności. Zdaniem Odwołującego, wykonawca SINMED nie miał możliwości zaoferowania w ww. pozycji asortymentowej produktu firmy BOXER, nie jest to bowiem produkt, który będzie jednocześnie

spełniał wymogi ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych i posiadał aktualne

dokumenty dopuszczające do obrotu i stosowania na terenie RP. Pomimo, że w toku badania i oceny złożonych ofert Odwołujący sygnalizował Zamawiającemu tę okoliczność, Zamawiający nie podjął żadnych czynności w tym zakresie i bezrefleksyjnie zaakceptował
oraz wybrał ofertę SINMED jako najkorzystniejszą.
8. Podkreślić trzeba, że Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Za wyrokami sygn. akt KIO 2082/17 oraz KIO 1567/18 Odwołujący wskazuje, że: „(…) z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia,
z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób
niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero
po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby
w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.”.
Wykonawca SINMED w Formularzu asortymentowo-cenowym, w pozycji 78, zaoferował serwety stomatologiczne firmy BOXER, ale jednocześnie wskazał, iż numer katalogowy tego produktu jest „niestosowany”. Zatem Zamawiający dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej nie miał żadnej pewności, co do tego jaki produkt jest mu oferowany, nie sprawdził też zgodności tego produktu z warunkami zamówienia, w szczególności
w odniesieniu do szeregu wymagań określonych w pkt 3.5 SWZ.
9. Stosownie do przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zdanie pierwsze, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Nie ulega wątpliwości, że z powołanego przepisu wynika norma uprawniająca zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zgodzić się należy jednak z tezą, że w pewnych okolicznościach skorzystanie z tego uprawnienia staje się obowiązkiem zamawiającego. Jak wskazano bowiem w wyroku Izby
z dnia 25 listopada 2022 r. KIO 2922/22, cyt.: „Przywołując dyspozycje art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający dokonując badania i oceny ofert może żądać
od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Powyższa dyspozycja prawna jednak nie oznacza, że zamawiający jest jedynym i ostatecznym autorytatywnym decydentem do skorzystania bądź nie skorzystania z przysługującego jemu prawa wyjaśnień treści oferty. Na obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do wyjaśnień co do treści złożonej oferty
wskazują dalsze regulacje tego artykułu (223), a wynikające z pkt 3) ust. 2 art. 223 Prawa zamówień publicznych, który reguluje wprost obowiązek zamawiającego. Czyli prawo zamawiającego, o którym mowa w ust. 1 art. 223 należy łączyć z obowiązkiem zamawiającego.”
10. W tym miejscu należy także zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 29 listopada 2021 r.,
sygn. akt KIO 3387/21, zgodnie z którym „W postępowaniu zamawiający weryfikował zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia ze swoimi wymaganiami zawartymi w SWZ na podstawie oświadczenia składanego przez wykonawcę. Wykonawca oprócz oświadczenia przedłożył również kartę katalogową – dodatkowo, która nie potwierdzała w swej treści wszystkich parametrów. Jak wskazała Izba: „Odnosząc się do kwestii oceny zgodności oferty
przystępującego z swz, Izba przede wszystkim ustaliła, że poza złożeniem w ofercie ogólnych i standardowych oświadczeń o zapoznaniu się z treścią swz, związaniu jej postanowieniami
i oferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z swz, przystępujący złożył wraz z ofertą kartę katalogową dla urządzenia (…) , w której wskazany został jedynie parametr powtarzalności, natomiast nie wskazano danych dotyczących parametru dokładności i odtwarzalności. Nie jest to przy tym błąd po stronie przystępującego, gdyż zamawiający nie żądał złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych, więc przystępujący nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą nawet ww. karty katalogowej. Należy się także zgodzić z zamawiającym, że treść kart katalogowych nie musi zawierać informacji ściśle odpowiadających wymogom swz, gdyż producenci nie sporządzają kart katalogowych pod kątem konkretnych wymagań konkretnych zamawiających.” Jednak w postępowaniu odwoławczym zgłaszane były wątpliwości przez odwołującego, co do tego, czy oferowane przez tego wykonawcę urządzenie spełnia wszystkie wymagania określone w swz. Odwołujący przedłożył dokumenty, które poddawały pod wątpliwość zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z swz. Izba wskazała w związku
z powyższym, że: „na obecnym etapie postępowania zamawiający nie ma podstaw
do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ale nie ma też podstaw do przyjęcia, że

oferta ta jest zgodna z swz. Dlatego też Izba uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu m.in. wezwanie przystępującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia przez oferowane przez niego urządzenie parametrów dokładności i odtwarzalności. Po dokonaniu oceny treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego, zamawiający zobowiązany będzie powtórzyć czynność badania i oceny ofert.
Jedynie na marginesie należy stwierdzić, że brak żądania przez zamawiającego składania przedmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że zamawiający może ignorować kierowane do niego sygnały i dowody świadczące o niezgodności danej oferty z swz. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem dokonanie czynności badania i oceny ofert m.in. pod kątem spełnienia wymagań swz, zachowanie zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp i udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Brak żądania przedmiotowych środków dowodowych może zatem utrudnić zamawiającemu dokonanie ww. czynności, natomiast nie zwalnia go z ich dokonania."
11. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście zgodności oferty z warunkami zamówienia ma zastosowanie w przypadku, gdy zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie ustalić, czy oferta podlega odrzuceniu, czy też że jest zgodna z określonymi przez zamawiającego wymaganiami. Skierowanie wezwania do wyjaśnień jest więc narzędziem służącym rozwianiu
wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający, będąc zobowiązany
do prawidłowego i rzetelnego zbadania ofert, nie powinien pomijać tej procedury i podejmować decyzji o odrzuceniu lub nieodrzuceniu oferty, o ile ma jakiekolwiek wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia.
W kontekście powyższego, okoliczność przedstawiona wyżej przez Odwołującego powinna wzbudzić co najmniej wątpliwości co do zgodności zaoferowanego przez SINMED świadczenia (pozycja asortymentowa 78) z warunkami zamówienia. Dlatego zasadnym jest, aby Zamawiający skorzystał z procedury wyjaśnień określonej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp,
a w jej ramach zastosował dodatkowo własne postanowienia SWZ dotyczące możliwości zobowiązania wykonawcy SINMED do przedstawienia, na żądanie Zamawiającego, wszelkich dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w pkt 3.5 zdanie pierwsze SWZ.".
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w szczególności podał: „Odnośnie zarzutu odwołania dotyczącego ewentualnej niezgodność asortymentu zaoferowanego przez Wykonawcę SINMED Sp. z o.o. w pozycji 78 formularza asortymentowo - cenowego
z wymogami ustanowionymi w SWZ (a ściślej - niespełniania wymogów ustawy z dnia
7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. poz. 974 z późn. zm.), Zamawiający wskazuje, iż wskutek w/w pisma Odwołującego z dnia 01.02.2024 r. weryfikował powyższą okoliczność na etapie oceny ofert. I tak, należy w pierwszym rzędzie wskazać, iż w ofercie SINMED Sp. z o.o. nie wskazano, iż przedmiotowe serwery stomatologiczne pochodzić mają od producenta Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "BOXER" A.C. (NIP 5731231596), jak twierdzi to Odwołujący. Natomiast na rynku czynnie działa producent serwet stomatologicznych APS MARCIN WALASEK (NI 6451681577), oferujący takowe serwety pod nazwą „BOXER", m.in. w ramach sprzedaży prowadzonej online: https://boxer-med.pl/. Produkty oferowane przez ten podmiot posiadają możliwe do pobrania online certyfikaty potwierdzające ich zgodność z wymogami powszechnie obowiązującego prawa (tytułem przykładu: https://boxer-med.pl/pl/p/Jednorazoweserwety-w-rolce-MINI-MED/120); (dowód: deklaracja zgodność w załączeniu). Tymczasem Odwołujący nie wykazał,
iż przedmiotowy asortyment zaoferowany przez Wykonawcę SINMED Sp. z o.o. miałby pochodzić właśnie do dostawcy nieprowadzącego już swej działalności, tj. "BOXER" A.C., wobec czego twierdzenia i zarzuty w tym zakresie zawarte w odwołaniu należy uznać za dowolne i gołosłowne dywagacje.
Niezależnie do powyższego Zamawiający wskazuje, iż w ramach formularza ofertowego (Załącznik nr 2 do SWZ postępowania znak 1/D/2024) wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia co do tego, iż zaoferowany asortyment spełniać będzie wszelkie wymogi wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa (a zatem również ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych).".
W Formularzu asortymentowo-cenowym w Lp. 78 Przystępujący wskazał w kolumnie „producent numer katalogowy" producenta BOXER (potwierdzając również na rozprawie)
i że numer katalogowy do oferowanego produktu nie jest stosowany. W związku z powyższym twierdzenie odwołania w przedmiocie, że producentem oferowanego produktu jest niefunkcjonujący już na rynku producent Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "BOXER" A.C. nie jest trafione. Odwołujący nie wykazał, iż przedmiotowy asortyment zaoferowany przez Przystępującego miałby pochodzić od dostawcy nieprowadzącego już swej działalności wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "BOXER" A.C., gdyż nie wynika to wprost z oferty Przystępującego,
a twierdzenia Odwołującego w tym zakresie stanowią jedynie domysły Odwołującego.
W toku postępowania odwoławczego Zamawiający zwrócił uwagę na to,

że sformułowanie „producent numer katalogowy” rozumieć należało także jako nazwę pod którą asortyment, tu serwety, się sprzedaje. Izba zauważa, że sformułowanie „producent numer katalogowy” z uwagi na brak przecinka po wyrazie „producent” mogło być rozumiane
w dwojaki sposób, zarówno jako wymóg wskazania producenta i numeru katalogowego asortymentu, jak również jako wymóg wskazania numeru katalogowego producenta. Ugruntowany już w orzecznictwie jest pogląd, że w przypadku niejednoznacznych postanowień SWZ poczytuje się je na korzyść wykonawców.
Izba zauważa, że Przystępujący załączył do pisma procesowego wydruk ze strony internetowej https://boxer-med.pl, na której wskazano jako producenta: „BOXER”
na potwierdzenie, że prawidłowo w ofercie wskazał producenta: BOXER. Przystępujący
na rozprawie oświadczył, że jest w posiadaniu serwet spełniających warunki zamówienia i nie musi pozyskiwać ich na bieżąco, można je składować i zostały dopuszczone do obrotu, więc są zgodne z odpowiednimi przepisami prawa.
Jak z kolei podniósł na rozprawie Zamawiający, zweryfikował pochodzenie oferowanego asortymentu i nie miał wątpliwości, że dostawcą jest APS MARCIN WALASEK, bowiem wyszukując pod nazwą „serwety stomatologiczne BOXER” pojawiła się strona internetowa tego dostawcy (wydruk strony Zamawiający załączył do odpowiedzi
na odwołanie), z dostępnymi tam odpowiednimi certyfikatami, i nie miał podstaw aby żądać
od Przystępującego wyjaśnień treści oferty. W powyższym zakresie jednak Odwołujący nie stawiał zarzutów Zamawiającemu, a zatem Izba nie orzeka w tym zakresie (art. 555 ustawy Pzp).
Odwołujący powołał się na rozprawie na wydruk ze strony /pl/p/Jednorazowe-serwety-w-rolce-MINI-MED/120, wskazując na Kod produktu, wymiary 33x48 jako niezgodność z warunkami zamówienia opisanymi w formularzu asortymentowo-cenowym pod Lp. 78. Izba zauważa, że powyższe twierdzenia pozostają poza zakresem zarzutów odwołania i jako takie nie mogą być przedmiotem orzekania Izby (art. 555 ustawy Pzp). Wobec powyższego powołany dowód jest nieprzydatny do wykazania zarzutów odwołania, choć warto zauważyć również, że wskazuje on na producenta: BOXER.
Odwołujący w odwołaniu zarzucał: „Zdaniem Odwołującego, wykonawca SINMED nie miał możliwości zaoferowania w ww. pozycji asortymentowej produktu firmy BOXER, nie jest to bowiem produkt, który będzie jednocześnie spełniał wymogi ustawy z dnia 7 kwietnia
2022 r. o wyrobach medycznych i posiadał aktualne dokumenty dopuszczające do obrotu
i stosowania na terenie RP.”. Odwołujący powoływał się na pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia ppkt 5 SWZ i twierdził, że oferowany produkt ma być zidentyfikowany przez Zamawiającego na podstawie oferty co pozwala na weryfikację pod względem spełniania warunków zamówienia, bowiem Zamawiający wskazał tam w szczególności, że: „Wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia zobowiązany będzie niezwłocznie przedstawić na żądanie Zamawiającego wszelkie dokumenty potwierdzające powyższe okoliczności.”.
Zamawiający wyjaśnił w toku postępowania odwoławczego, że nie żądał dokumentów potwierdzających zgodność asortymentu z warunkami zamówienia, jak certyfikatów, na etapie składania ofert, a wymagał jedynie oświadczenia w przedmiocie zgodności oferowanego asortymentu z warunkami zamówienia.
Izba podnosi, że warunki zamówienia określa zamawiający, także to, kiedy i w jaki sposób będzie je weryfikował. Skoro Zamawiający żądał jedynie oświadczenia co do zgodności oferowanego asortymentu z warunkami zamówienia, w tym co do tego,
iż zaoferowany asortyment spełniać będzie wymogi wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a zatem również ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (w Formularzu ofertowym – Załącznik nr 2 do SWZ, w pkt II), nadto nie określił
w dokumentacji zamówienia dalszych wymagań względem wykonawców w przypadku braku numeru katalogowego produktu, a przywołana przez Odwołującego treść pkt 3 ppkt 5 SWZ stanowi o zobowiązaniu wykonawcy do przedstawienia dokumentów na żądanie Zamawiającego, nie zaś zobowiązaniu Zamawiającego do żądania danych dokumentów,
to zdaniem Izby wystarczające dla Zamawiającego do oceny oferty Przystępującego były złożone oświadczenie o zgodności z warunkami zamówienia w Formularzu ofertowym w pkt II oraz informacja o producencie i braku numeru katalogowego asortymentu producenta.
Odnośnie zarzutu c - naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (podany wyżej) w ocenie Izby zarzut potwierdził się w odniesieniu
do potwierdzonego zarzutu a odwołania. Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał:
„12. Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty SINMED jako najkorzystniejszej, przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie

wskazują żadnych odrębnych okoliczności" (wyrok z dnia
07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika
z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.
13. Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty SINMED, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Reasumując, jak dowodzi niniejsze odwołanie, oferta SINMED nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp.".
W związku z tym, że zarzut c odwołania stanowi konsekwencję potwierdzonego zarzutu a odwołania, rozstrzygnięcie w zakresie zarzutu c odwołania w ocenie Izby nie wymaga szerszego uzasadnienia. Skoro zatem Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia gdy taka niezgodność zaistniała, a nadto dokonał wyboru oferty Przystępującego, to tym samym nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty.

Zamawiający zatem naruszył wskazane w zarzucie a i c odwołania przepisy ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu a i c, a także oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu b, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy
ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 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 (Dz.U.).
W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący
i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo części. Izba rozdziela w takim przypadku wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła,
do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 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, rozdziela Izba w sposób określony w ust. 3 pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym
albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. Wobec uwzględnienia dwóch z trzech zarzutów odwołania Izba rozdzieliła wpis stosunkowo, zasądzając
od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione
z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 5 000,00 zł oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 2 400,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie, a także zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 1 200,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..…