

**POSTANOWENIE**

Warszawa, dnia 8 marca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 8 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2024 r. przez **wykonawcę SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego SAMODZIELNE PUBLICZNE POGOTOWIE RATUNKOWE W KROŚNIE z siedzibą w Krośnie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Skamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi**

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 663/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – SAMODZIELNE PUBLICZNE POGOTOWIE RATUNKOWE W KROŚNIE z siedzibą w Krośnie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa materiałów opatrunkowych i sprzętu medycznego jednorazowego użytku”, nr postępowania: SPPR-ZP/7/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 grudnia 2023 r., za numerem 2023/BZP 00528440.

W dniu 28 lutego 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach – dalej Odwołujący lub SINMED. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi – dalej Przystępujący lub SKAMEX oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ramach pakietu nr 1 z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie liczby asortymentu zaofiarowanego w pozycji nr 13 formularza asortymentowo cenowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp — poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia polegającą na zaofiarowaniu w pozycji nr 13 formularza asortymentowo cenowego niewłaściwej liczby rękawic diagnostycznych oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy treść tej oferty odpowiada warunkom zamówienia, bowiem zaofiarował on wymaganą przez Zamawiającego liczbę rękawic diagnostycznych;

2. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego w pozycji nr 13 formularza asortymentowo - cenowego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 1;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w pakiecie nr 1, a w tym poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia poprzez:

a) zastąpienie w formularzu asortymentowo — cenowym w pozycji nr 13 w kolumnie „Ilość zamawiana” wartości „2000” wartością „4000” oraz

b) zastąpienie w formularzu asortymentowo — cenowym w pozycji nr 13 w kolumnie „Nazwa (opis) pakietu” domyślnego opisu asortymentu opisem asortymentu dopuszczonym w ramach wyjaśnień treści SWZ z dnia 7.12.2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 4 — z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;

4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 1.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uścił wpis w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Skamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 21 grudnia 2023 r. Zamawiający w zakresie pakietu nr 1 dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach (obecnie Odwołujący).

Wobec powyższej czynności w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 w dniu 27 grudnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Skamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (obecnie Przystępujący). Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygnaturą akt KIO 3884/23. Odwołujący w odwołaniu zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 104 – 107 ustawy pzp – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach w zakresie pakietu nr 1.

2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp – poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy SINMED.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania czynności unieważnienia wyniku postępowania w zakresie pakietu nr 1,
- 2) dokonania czynności ponownej oceny oraz odrzucenia ofert spółki SINMED w zakresie pakietu nr 1,
- 3) dokonania ponownej czynności oceny ofert w zakresie pakietu nr 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł w odwołaniu m.in., że: „*Pakiet 1, Pozycja 13. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania 2000 opakowań o następujących parametrach:*

*„Rękawice diagnostyczne nitylowe produkowane bez zawartości chloru i akceleratorów w wewnętrznej dodatkowa powłoką - potwierdzone informacją na opakowaniu. Testowane dermatologicznie na ludziach potwierdzone certyfikatem niezależnej jednostki badawczej. Zielone, grubość na palcach min. 0,1 +/-0,01 mm, mikroteksturowane z dodatkową teksturą na palcach, AQL ≤1,5. Otwór dozujący zabezpieczony dodatkową folią chroniącą zawartość przed kontaminacją. Zarejestrowane jako wyrób medyczny w klasie I, reguła V zgodnie z Rozporządzeniem EU 2017/475 oraz środek ochrony indywidualnej w kategorii III, Typ B wg EN ISO 374-1. Wszystkie substancje użyte do oznakowania typu na opakowaniu na poziomie ochrony min. 4. Odporne na działanie min. 12 cytostatyków przez co najmniej 240 minut wg ASTM D 6978. Odporne na przenikalność wirusów zgodnie z normą ASTM F 1671 oraz EN ISO 374-5. Przydatne do kontaktu z żywnością zgodnie z REG. 1935/2004. Rozmiary XS-XL, oznaczone kolorystycznie minimum na 5-ciu ściankach dyspensera, pakowane po 200 sztuk (XL po 180 szt.)”.*

*Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił następujące parametry: „Pytanie 4: Pakiet nr 1, pozycja nr 13 Czy zamawiający dopuści jako równoważne rękawice nitylowe, bezpudrowe, jednorazowe, niesterylne, długość 235 - 240 mm, o grubości: na palcu 0,09 +/-0,02mm, na dłoni 0,07 +/- 0,02mm, mikroteksturowane na zewnątrz (co najmniej na palcach), wyrób medyczny klasy I, zgodne z EN 4551,2,3,4 potwierdzone certyfikatem jednostki notyfikowanej, przebadane na przenikanie substancji chemicznych zgodnie z normą EN 16523 oraz EN 374-1 lub równoważną, środek ochrony indywidualnej kat. III, odporne dopuszczone do kontaktu z żywnością, odporne na przenikanie wirusów, baterii i grzybów potwierdzone certyfikatem jednostki notyfikowanej, AQL max 1,5, rozm. XS — XL do wyboru przez Zamawiającego, op. 100 szt? W razie niedopuszczenia ww. prosimy o wskazanie merytorycznych, uzasadnionych medycznie argumentów wyjaśniających stanowisko Zamawiającego Odpowiedź Zamawiającego Zamawiający dopuszcza.”*

Zamawiający oczekiwał zaofiarowania rękawic pakowanych po 200 sztuk (XL po 180 sztuk) w ilości 2000 opakowań. Na etapie zadawania pytań firma Sinmed dopuściła rękawice pakowane po 100 sztuk. W formularzu cenowym firmy Sinmed podano cenę jednostkową 8,30 zł za opakowanie 100 sztuk. Zaofiarowano 2000 opakowań po 100 sztuk. Oznacza to, że złożono ofertę na zdecydowanie mniejszą ilość rękawic niż pierwotne zapotrzebowanie Zamawiającego. Firma Sinmed oferując rękawice pakowane po 100 sztuk winna zaofiarować 4000 opakowań w celu pokrycia zapotrzebowania Szpitala.

Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę – firmę Sinmed odnośnie do pakietu 1 nie odpowiada treści SIWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu nr 1, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy Ustawy PZP zawarte odpowiednio w art. 16 pkt 1 i 2 oraz 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 107 ust. 2, gdzie Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał także Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach Ustawy PZP oraz odpowiednio zapisach SWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie.”

Izba ustaliła następnie, że pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. Zamawiający oświadczył, że: „uwzględni odwołanie Odwołującego się z dnia 27 grudnia 2023 r. w niniejszej sprawie (KIO 3884/23) co do całości zarzutów.”

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 15 stycznia 2024 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 3884/23 na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy pzp. W postanowieniu stwierdzono, że: „W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2024 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W dniu 8 stycznia 2024 roku wykonawca Sinmed został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Wykonawca Sinmed w wyznaczonym terminie nie złożył oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. (...) Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i niezłożenia przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 522 ust. 2 in fine ustawy P.z.p., w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

Pismem z dnia 2 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1 oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności oceny ofert.

W dniu 23 lutego 2024 r. Zamawiający powiadomił Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1 oraz o odrzuceniu ofert wskazując m.in.

„Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy - Sinmed Sp. z o. o., ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice — z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy) tj. Zamawiający wymagał zaofiarowania 2000 opakowań rękawic diagnostycznych nitrylowych produkowanych bez zawartości chloru i akceleratorów z wewnętrzną dodatkową powłoką pakowanych po 200 sztuk czyli łącznie 400 000 sztuk, podczas gdy Wykonawca ten w swojej ofercie faktycznie zaofiarował 2000 opakowań rękawic diagnostycznych nitrylowych produkowanych bez zawartości chloru i akceleratorów z wewnętrzną dodatkową powłoką, pakowanych po 100 sztuk, czyli łączną liczbę 200 000 sztuk. Wykonawca zaproponował zatem faktycznie o 200 000 sztuk rękawic mniej niż wymagał tego Zamawiający.

Uzasadnienie faktyczne:

Informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 grudnia 2023 r. w postępowaniu pn. „Dostawa materiałów opatrunkowych i sprzętu medycznego jednorazowego użytku” — Pakiet 1 jako najkorzystniejsza wskazana została oferta Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach.

Od decyzji Zamawiającego odwołanie wniósł Wykonawca — SKAMEX S.A. w Łodzi, zarzucając Zamawiającemu, w odwołaniu z dnia 27 grudnia 2023 r., że dokonując wyboru oferty Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach, jako najkorzystniejszej, naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 104 — 107 ustawy Prawo zamówień publicznych — poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach w zakresie pakietu nr 1 oraz naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy — poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z

nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach.

W odwołaniu Wykonawca — SKAMEX SA w Łodzi wskazał, na następujące kwestie dotyczące oferty Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach: Pozycja 13

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania 2000 opakowań o następujących parametrach: (...) Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił następujące parametry: (...) Zamawiający oczekiwał zaoferowania rękawic pakowanych po 200 sztuk (XL po 180 sztuk) w ilości 2000 opakowań. Na etapie zadawania pytań firma Sinmed dopuściła rękawice pakowane po 100 sztuk. W formularzu cenowym firmy Sinmed podano cenę jednostkową 8,30 zł za opakowanie 100 sztuk. Zaoferowano 2000 opakowań po 100 sztuk. Oznacza to, że złożono ofertę na zdecydowanie mniejszą ilość rękawic niż pierwotne zapotrzebowanie Zamawiającego. Firma Sinmed oferując rękawice pakowane po 100 sztuk winna zaoferować 4000 opakowań w celu pokrycia zapotrzebowania Szpitala. Pozycja 22 Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania: (...) Zamawiający nie wymagał podania w formularzu cenowym numerów katalogowych, ani producentów zaoferowanych produktów. Tym samym brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia jaki produkt został zaoferowany. Analizując portfolio firmy Sinmed należy założyć, iż oferując produkt, którego producentem jest M. lub BBraun cena podana w formularzu cenowym 0,75 zł jest rażąco niska i znacznie odbiega od aktualnych cen rynkowych. Natomiast jeśli zaoferowano produkty innych producentów są niezgodne z zapisami SWZ ponieważ nie posiadają komory kroplowej wykonanej z miękkiego elastycznego tworzywa bez PCV. Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę — firmę Sinmed odnośnie pakietu 1 nie odpowiada treści SIWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Po dokonaniu analizy zarzutów wskazanego odwołania Zamawiający uznał je za uzasadnione i pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. uwzględnił odwołanie SKAMEX SA w Łodzi z dnia 27 grudnia 2023 r. składając równocześnie wniosek o umorzenie postępowania wywołanego przez złożone odwołanie przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej.

Postanowieniem z dnia 15 stycznia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie o sygn. akt: KIO 3884/23, umorzyła postępowanie w sprawie.

Informacją z dnia 2 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców: Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach oraz SKAMEX S.A. w Łodzi o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1.

Pismem z dnia 2 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach o wyjaśnienie treści złożonej oferty, w zakresie wskazanych w odwołaniu z dnia 27 grudnia 2023 r. zarzutów.

Pismem z dnia 7 lutego 2024 r. Wykonawca — Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach złożył wyjaśnienia w których wskazał, że w pozycji nr 13 zaoferował rękawice pakowane po 100 sztuk, a podana cena jednostkowa netto w ofercie 8,30 zł za opakowanie dotyczy rękawic pakowanych po 100 sztuk, w związku z czym łączna ilość zaoferowanych opakowań wnosi 4 000. Wskazał, równocześnie, że po przeliczeniu ceny jednostkowej za 4 000 opakowań cena wzrośnie o 17 920,00 zł (brutto). Wykonawca ten wniósł ponadto o poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty), argumentując to tym, że opisana omyłka powstała w wyniku przeoczenia, jednocześnie jej poprawienie nie wpłynie na ranking ofert, a co za tym idzie wpisuje się ona w definicję innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Co do pozycji nr 22 Wykonawca ten wyjaśnił, że zaoferowano produkt zgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia, tj. przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych, komora kroplowa z miękkiego elastycznego tworzywa bez PCV o długości 60 mm w części przezroczystej, całość wolna od ftalanów i lateksu (informacja fabrycznie nadrukowana na opakowaniu jednostkowym), bez zawartości Bisfenolu A (BPA), igła biorcza stożkowa, dwukanałowa, zacisk rolkowy wyposażony w uchwyt na dren oraz możliwość zabezpieczenia igły biorczej po użyciu, nazwa producenta bezpośrednio na przyrządzie, dren o dł. 150 cm, objętość wypełnienia drenu 11 ml, dren o średnicy 3 mm, wyposażone w opaskę lub gumkę stabilizującą dren wewnątrz opakowania. Opakowanie kolorystyczne folia-papier, sterylne, opakowanie 200 szt. Zaoferowany w ramach pozycji nr 22 przyrząd producenta BQ Plus Medical o numerze katalogowym ISBFP posiada wymagane przez Zamawiającego parametry.

Wskazać należy zatem, że Wykonawca Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach w formularzu ofertowym nie zaoferował wymaganej przez Zamawiającego liczby rękawic diagnostycznych.

Zamawiający wymagał zaoferowania 2000 opakowań rękawic diagnostycznych nitylowych produkowanych bez

zawartości chloru i akceleratorów z wewnętrzną dodatkową powłoką pakowanych po 200 sztuk, czyli łącznie 400 000 sztuk, podczas gdy Wykonawca ten w swojej ofercie faktycznie zaoferował 2000 opakowań rękawic diagnostycznych nitrylowych produkowanych bez zawartości chloru i akceleratorów z wewnętrzną dodatkową powłoką pakowanych po 100 sztuk, czyli łączną liczbę 200 000 sztuk. Wykonawca zaproponował zatem faktycznie o 200 000 sztuk rękawic mniej niż wymagał tego Zamawiający.

Równocześnie Zamawiający wskazuje, że brak jest podstaw do poprawienia liczby opakowań w treści załącznika asortymentowo — cenowego, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy — Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach — w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wskazać przy tym należy, że poprawienie nieprawidłowości z aft. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, po pierwsze niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowe działania wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oświadczenia woli, a po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1629/23).

W stanie faktycznym sprawy należy wskazać, że poprawienie oferty Wykonawcy w zaproponowany przez tego Wykonawcę sposób spowoduje, że oferowana cena, jak sam wskazuje Wykonawca Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach, wzrośnie o 17 920,00 zł (brutto) co stanowi 7,5% ceny zaoferowanej przez tego Wykonawcę.

W ocenie Zamawiającego, wzrost ceny oferty o 7,5% nie może zostać zakwalifikowany jako inna omyłka, w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy, polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy — Sinmed Sp. z o. o. w Przyszowicach podlegała odrzuceniu, stosownie do przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.”

**Izba z urzędu stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 5 ustawy pzp, ponieważ dotyczy czynności, którą zamawiający uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3884/23 wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu.**

Zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy pzp „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.”

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy pzp „Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

Zdaniem Izby, mając na względzie stan faktyczny ustalony w sprawie, odwołanie jako dotyczące czynności wykonanej zgodnie z żądaniami uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania w sprawie KIO 3884/23 podlega odrzuceniu.

Na wstępie Izba zauważa, że badanie przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy pzp polega na ustaleniu czy czynność, na którą zostało wniesione odwołanie była zgodna z żądaniem sformułowanym w uwzględnionym poprzednio odwołaniu.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania w sprawie KIO 3884/23, a wykonawca SINMED (obecnie Odwołujący), który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego w ww. sprawie, nie zgłosił w wyznaczonym terminie sprzeciwu wobec uwzględnienia, pozbawiając się prawa do obrony prawidłowości wyboru swojej oferty. Zamawiający natomiast uwzględniając odwołanie zobowiązał się do unieważnienia i wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania, a więc do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert, w tym do odrzucenia oferty wykonawcy SINMED na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp m.in. z uwagi na zaoferowanie w pozycji nr 13 formularza asortymentowo cenowego niewłaściwej liczby rękawic diagnostycznych. Mając na względzie argumentację przedstawioną w uzasadnieniu odwołania w sprawie KIO 3884/23 wykonawca SKAMEX jako jedną z podstaw faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wskazał właśnie zaoferowanie mniejszej liczby rękawic w poz. 13 formularza asortymentowo cenowego dla Pakietu 1 niż wymagana przez Zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że obecnie wniesione odwołanie, jako kwestionujące czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z uwagi na zaofierowanie niewłaściwej liczby rękawic w poz. 13 formularza w Pakiecie 1, a więc czynność wykonaną zgodnie z uwzględnionym poprzednio przez Zamawiającego odwołaniem w sprawie KIO 3884/23, podlega odrzuceniu wobec wypełnienia się przesłanki z art. 528 pkt 5 ustawy pzp. Dodatkowo zaznaczyć należy, że irrelevantna dla tej oceny jest okoliczność, że Zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego wezwał go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp a Odwołujący domaga się obecnie poprawy jego oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp oraz, że odrzucenie oferty tylko co do jednej przesłanki faktycznej było zgodne z żądaniami odwołania (oferta nie została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z zarzutami dotyczącymi poz. 22 formularza). Okoliczności te nie zmieniają bowiem stanu faktycznego sprawy, w której zasadniczym pozostawało ustalenie czy czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp była zgodna z żądaniem sformułowanym w uwzględnionym odwołaniu. Ponieważ taka zgodność miała miejsce Izba zobowiązana była do odrzucenia odwołania bez jego rozpoznania, w tym oceny czy brak poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego mógł wpływać na poprawność czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, czy wybór oferty najkorzystniejszej dokonany z pominięciem oferty Odwołującego jest prawidłowy.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym wobec czynności wykonanych przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w którym zarzuty zostały w całości uwzględnione, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy pzp.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:.....**