Sygn. akt: KIO 2758/23

WYROK

z dnia 4 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 2 października 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 września 2023 r.** przez wykonawcę **Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6A, 05501 Piaseczno** w postępowaniu prowadzonym przez: **Skarb Państwa -Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57, 05430 Celestynów**
przy udziale wykonawcy **Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów 51, 58-250 Pieszyce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie częściowo zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów 51, 58-250 Pieszycejako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów 51, 58-250 Pieszyce jako niezgodnej z warunkami zamówienia i nakazuje Zamawiającemu: Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej I Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57, 05430 Celestynów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 07.09.2023 r. w zakresie zadania 1, 2 i 3 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje wezwanie Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów 51, 58-250 Pieszycedo uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w zakresie poz. 32 formularza cenowego (załącznika nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia) wobec potwierdzenia się wskazanych wyżej zarzutów odwołania. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacjii Techniki Medycznej Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57, 05430 Celestynów** i:

3.1zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6A, 05501 Piaseczno** tytułem wpisu od odwołania,

3.2zasądza od **Skarbu Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57, 05430 Celestynów**na rzecz **Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6A, 05501 Piasecznd**kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2758/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „DOSTAWA PLECAKÓW RATOWNIKA MEDYCZNEGO WRAZ Z WYPOSAŻENIEM" (znak sprawy: WOFiTM/47/2023/PN), zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.06.2023 r. pod nr 2023/S 115-358325 przez Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów,ul. Wojska Polskiego 57, 05430 Celestynów: *„Zamawiającym"*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: *„NPzp*" albo *„PZP"* albo *„ustawy Pzp"albo „Pzp"*.

W dniu 07.09.2023 r. (na platformie zakupowej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Zadania 1, 2 i 3 - Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów 51,58-250 Pieszyce zwanego dalej: *„Boxmet Medical Sp. z o.o."* albo *„Boxmet"* albo *„Boxmet Medical"* albo *„Przystępującym"*. Nadto, odrzucił ofertę Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6A, 05501 Piaseczno zwana dalej: *„Neomed Polska Sp. z o.o."* albo *„Neomed"* albo *„Odwołującym"*.

Dnia 18.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za

pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)odwołanie względem czynności z 07.09.2023 r. dla Zadania 1, 2 i 3 złożyło Neomed Polska Sp. z o.o. Zarzucił naruszenie:

a) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji w której oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego;

b) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Boxmet Medical jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Boxmet Medical jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Boxmet Medical, tj. zaniechanie czynności wezwania Boxmet Medical do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie pozycji nr 74 - Plecak Ratownika Medycznego PRM, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Boxmet Medical jako najkorzystniejszej, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości;

d) zarzut ewentualny stawiany z ostrożności procesowej, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu w zakresie pakietów nr 1, 2, 3:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Boxmet Medical jako najkorzystniejszej,

b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego dla pozycji asortymentowych 50, 51 oraz 52,

d) wezwania Boxmet Medical do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie pozycji nr 74 - Plecak Ratownika Medycznego PRM,

e) odrzucenia oferty złożonej przez Boxmet Medical,

f) dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzut 1:

Przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 1, 2 i 3, pozycje 50, 51 i 52 (Opis Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 6 do SWZ po modyfikacji z dnia 17.07.2023 r.) są odpowiednio :

- pozycja 50. Kaniula (wenflon) 14 G, sztuk: 2,
- pozycja 51. Kaniula (wenflon) 16 G, sztuk: 2,
- pozycja 52. Kaniula (wenflon) 18 G, sztuk: 2.

W załączniku 6.3 Załącznika do SWZ, poz. 39, Zamawiający wskazał na następujące wymagania w zakresie wyposażenia Plecaka Ratownika Medycznego (PRM):

Kaniula (wenflon):

1.Rozmiary:

•14 G – 2 szt.

•16 G – 2 szt.

•18 G – 2 szt.

2.Jednorazowa, sterylna, oznaczona kolorami.

3.Wykonana z poliuretanu.

4.Gładka powierzchnia.

5.Specjalny kształt końcówki poliuretanowej kaniuli i igły z tylnym szlifem w celu łatwego wprowadzenia kaniuli do naczynia.

6.Samozamykający się port lub port z możliwością blokady przed przypadkowym otwarciem.

7.Uchwyt zaprojektowany dla techniki punkcji jedną ręką.

8.Zatyczka z filtrem hydrofobowym, hamująca wypływ krwi.

9.Zakończenie LOCK.

Odwołujący w złożonej ofercie, w pakietach nr 1, 2 oraz 3, zaoferował następujący asortyment:

- pozycja 50. Kaniula (wenflon) 14 G, nazwa produktu: KD- FIX 14 G, producent: KD Medical,
- pozycja 51. Kaniula (wenflon) 16 G, nazwa produktu: KD- FIX 16 G, producent: KD Medical,
- pozycja 52. Kaniula (wenflon) 18 G, nazwa produktu: KD- FIX 18 G, producent: KD Medical.

Odwołujący do oferty załączył również ulotkę produktową (o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia

odwołania).

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego przedstawiając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne: *„Zgodnie z wymaganiami Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 6.3 do SWZ, Wykonawca zobowiązany był do zaoferowania w zakresie pozycji nr 50, 51 oraz 52 w pakiecie nr 1, 2 i 3 kaniul wykonanych z poliuretanu. Wykonawca zaoferował kaniule, które są niezgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia w zakresie zaproponowanego materiału, z którego ma być wykonana kaniula. Mając na uwadze powyższe Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp".*

W pierwszej kolejności wskazał, że jeżeli Zamawiający dokonuje czynności odrzucenia oferty, to zobowiązany jest wskazać szczegółowe, wyczerpujące uzasadnienie faktyczne, ze wskazaniem na konkretne postanowienia SWZ oraz oferty bądź dokumentów złożonych przez Odwołującego, co umożliwiłoby kompleksowe odniesienie się do stanowiska Zamawiającego.

Uzasadnienie decyzji zamawiającego winno być tak sformułowane, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny (KIO 351/17). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby *„nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia czy to tak skrótowego, iż nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcie decyzji czy też lakonicznego, niewskazującego sedna problemu"* (zob. wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r. sygn. KIO 329/17).

Odwołujący podkreśla, że o ile w zaprezentowanym powyżej uzasadnieniu Zamawiający wskazał na wymagania i postanowienia SWZ, o tyle nie uzasadnił, na jakiej podstawie uznał zaoferowane przez Odwołującego kaniule za niezgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej „*OPZ*") w zakresie zaproponowanego materiału. Odwołujący może jedynie domyślać się, że przyczyną odrzucenia oferty stała się treść ulotki produktowej załączonej do oferty Odwołującego. W tym zakresie zatem Odwołujący podejmie dalszą polemikę z odrzuceniem jego oferty.

Następnie wskazał, że stosownie do postanowień Rozdziału VIII ust. 1 SWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

„a) W zakresie wszystkich pozycji: karty katalogowe; (…)"

Podkreślenia wymaga, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli Wykonawca nie złożył tych środków wraz z ofertą lub są one niekompletne Zamawiający wezwie do ich uzupełnienia (Rozdział XVII ust. 3 SWZ).

Odnosząc się do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, po dokonaniu analizy uzasadnienia faktycznego i skonfrontowaniu go z postanowieniami SWZ oraz ofertą Odwołującego, Odwołujący podnosi, że nie zgadza się z czynnościami i stanowiskiem

Zamawiającego, które w ocenie Odwołującego są niezasadne i stanowią przejaw wręcz skrajnego formalizmu.

Odwołujący wskazał, że podstawowym, zasadniczym elementem oferty złożonej przez Odwołującego jest Załącznik nr 5 do SWZ (po modyfikacji z dn. 17.07.2023 r.), stanowiący szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jednocześnie Formularz cenowy. W załączniku tym, w pakietach 1, 2, 3, Odwołujący zaoferował: w pozycji 50 Kaniulę (wenflon) 14 G, nazwa produktu: KD- FIX 14 G, producent: KD Medical, w pozycji 51 Kaniulę (wenflon) 16 G, nazwa produktu: KD-

FIX 16 G, producent: KD Medical, zaś w pozycji 52 Kaniulę (wenflon) 18 G, nazwa produktu: KD- FIX 18 G, producent: KD Medical. Dla zaoferowanego asortymentu Odwołujący oświadczył także, że oferuje 60 miesięczny termin ważności produktu oraz że oferuje asortyment zgodnie z OPZ zał. 6, 6.1, 6.2, 6.3 (ostatnia kolumna Załącznika nr 5 do SWZ). Nie powinno zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że w Formularzu Cenowym Odwołujący zaoferował i wycenił produkty w pełni zgodne z wymaganiami OPZ, a zatem także w zakresie zaproponowanego materiału, z którego ma być wykonana kaniula. Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z SWZ. Jak słusznie wskazała Izba m.in. w wyroku z 31.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1792/15: *„(…) zakładać należy, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działa z zamiarem uzyskania zamówienia, nie zaś odrzucenia jego oferty*".

Jeśli chodzi zaś o kartę katalogową kaniuli załączoną do oferty, to już tylko pobieżna lektura karty wskazuje, że nie dotyczy ona produktu zaoferowanego przez Odwołującego. Jak już wyżej wskazano, przedmiotem oferty Odwołującego są kaniule KD- FIX 14 G, KD- FIX 16 G oraz KD- FIX 18 G zgodne z OPZ zał. 6, 6.1, 6.2, 6.3 nie zaś asortyment nie spełniający wymagań określonych przez Zamawiającego. Powyższe powinno skutkować uznaniem, iż dla asortymentu oferowanego przez Odwołującego nie złożono przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty katalogowej, co z kolei powinno skutkować wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia zgodnie z zasadami określonymi w Rozdziale XVII ust. 3 SWZ. Brak takiego wezwania, a także fakt zaoferowania w Formularzu Cenowym (Załącznik nr 5 do SWZ)

przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami OPZ, świadczy o bezzasadności decyzji Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastosował przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego, przechodząc do porządku dziennego nad tym, że **zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny**. Tymczasem w przedstawionych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego jest niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą.

Odwołujący wskazał, że wartość zaoferowanych przez Odwołującego kaniuli w Zadaniu nr 1 wynosi 1841,40 zł, w Zadaniu nr 2 – 3628,30 zł oraz w Zadaniu nr 3 - 3628,30 zł. Łącznie wartość asortymentu, który stał się powodem odrzucenia oferty Odwołującego, opiewa jedynie na kwotę **9099 zł** (zamówienie gwarantowane + opcja). Tymczasem wartość oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 1 wynosi 2 800 380,36 zł, w zakresie Zadania nr 2 - 5 600 760,72 zł oraz w zakresie Zadania nr 3 - 5 600 760,72 zł, co daje łączną kwotę **14 001 901,80 zł** (zamówienie gwarantowane + opcja).

Zatem odrzucenie oferty w sytuacji, gdy Zamawiający kwestionuje **trzy pozycje asortymentowe z 74 pozycji** wymaganych w każdym Zadaniu, **o wartości 9099 zł względem ceny oferty przetargowej Odwołującego przekraczającej 14 mln zł**, bez możliwości uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, stanowi przejaw skrajnego formalizmu oraz jest rażąco nieproporcjonalne. Przed takim właśnie działaniem wykonawcę chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp.

Zarzut 2:

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”.*

Jak już wyżej wskazano, w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego Załącznika nr 5 do SWZ (OPZ, Formularz Cenowy) a także przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych (w zakresie wszystkich pozycji asortymentowych).

Po dokonaniu analizy oferty złożonej przez Boxmet Medical stwierdzić należy szereg niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, w następującym zakresie.

Pozycja 32 Formularza nr 5 do SWZ - Worek samorozprężalny typu składanego

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 6.3 do SWZ, poz. 27, Zamawiający wymagał zaoferowania worka samorozprężalnego typu składanego wraz z przewodem tlenowym i trzema filtrami (pkt 10).

Wykonawca Boxmet Medical w Załączniku nr 5 do SWZ zaoferował resuscytator BVM z przewodem tlenowym oraz filtrami nr 19211 firmy MICRO BVM SYSTEMS LTD+TELEFLEX. Nazwa oraz numer tego produktu jednoznacznie wskazują, iż wykonawca Boxmet Medical zaoferował worek zielony, z przewodem o wysokości 7,3 cm.

Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że wymagany w SWZ przedmiotowy środek dowodowy, tj. ulotka załączona do oferty Boxmet Medical, dotyczy worka czarnego (świadczą o tym zdjęcie oraz wysokość worka wynosząca 6,3cm). Podkreślenia wymaga, że worek czarny nie zawiera wymaganego w OPZ przewodu tlenowego.

W konsekwencji, brak przewodu tlenowego powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia, względnie uznać należy, że Boxmet Medical nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego dla zaoferowanego produktu, co powinno skutkować wezwaniem tego wykonawcy do uzupełnienia karty katalogowej.

Powyższej oceny nie zmienia fakt udzielenia przez Boxmet Medical, w dniu 28.08.2023 r., wyjaśnień treści oferty, w których Boxmet Medical dokonuje modyfikacji złożonej oferty twierdząc, że worek wyposażony jest w przewód tlenowy o długości min. 2m, jak również, że posiada szereg innych wymaganych elementów.

Podkreślenia przy tym wymaga, że wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę nie mogą stanowić uzupełnienia karty katalogowej, co do której szeregu braków informacji dopatrzył się Zamawiający i wyartykułował je w wezwaniu z dnia 22.08.2023 r.

Pozycja 38 Formularza nr 5 do SWZ - Chusta trójkątna

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 6.3 do SWZ, pkt 32 ppkt 3, Zamawiający wymagał zaoferowania chusty trójkątnej w kolorze zielonym (dopuszczalny jest także kolor biały). Wykonawca Boxmet Medical w Załączniku nr 5 do SWZ zaoferował chustę trójkątną bawełnianą nr MA-124-MMMM-101 produkcji TZMO.

Odwołujący podnosi, iż na jego zlecenie laboratorium Instytutu Technologii

Bezpieczeństwa „MORATEX” wykonało badanie następujących próbek:

- chusty zaoferowanej przez Odwołującego (oznaczenie produktu: bandaż trójkątny, producent: Anji Yuandong Medical

Products Co. Ltd.) - próbka nr 1,

chusty zaoferowanej przez Boxmet Medical – próbka konkurencji nr 2,3,4

Badanie wykonano metodą wg badania barwy PN-EN ISO 105-J01:2002 obliczania różnicy barwy PN-EN ISO 105-J03:2009. /W tym miejscu odwołania znajdują się fragmenty z przeprowadzonego badania/

Reasumując, jak wynika z przeprowadzonych przez laboratorium Instytutu Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX" badań, próbka chusty zaoferowanej przez Odwołującego ma najwyższe L, czyli jest najjaśniejsza (najbardziej biała). ΔE pomiędzy próbkami, Odwołującego a Boxmet Medical, jest powyżej 5, co dowodzi, że bez specjalistycznego sprzętu można zaobserwować różnice w kolorach badanych chust. Innymi słowy, kolory chust Odwołującego oraz Boxmet Medical są różne.

W konsekwencji stwierdził, że wykonawca Boxmet Medical nie zaoferował chustyw żadnym z dopuszczonych przez Zamawiającego kolorów (tj. zielony, ewentualnie biały), a zatem oferta tego wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

Pozycja 47 Formularza nr 5 do SWZ - Małe opakowanie na zużyte igły

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 6.3 do SWZ, pkt 10. Wymagania w zakresie terminu ważności, Zamawiający wymagał zaoferowania opakowania na zużyte igły z terminem ważności/gwarancji minimum 24 miesiące. Jednocześnie, w treści Załącznika nr 5 do SWZ Zamawiający wymagał w jednej z kolumn wypełnienia przez wykonawcę oferowanego terminu ważności (w przypadku zamówienia podstawowego liczonego na dzień 01.09.2023 r.).

Wykonawca Boxmet Medical w Załączniku nr 5 do SWZ zaoferował osobisty pojemnik na zużyte igły SANBOX (producent Sanmed), jednak w Formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą nie wskazał oferowanego terminu ważności pojemnika, ani też nie poinformował, że tego typu asortyment nie ma określonego terminu ważności. Tymczasem według najlepszej wiedzy posiadanej przez Odwołującego, pojemniki firmy Sanmed obecnie posiadają datę ważności, podawaną na opakowaniu zbiorczym.

Brak podania w Formularzu cenowym wymaganej w SWZ informacji o oferowanym terminie ważności oznacza niezgodność oferty Boxmet Medical z warunkami zamówienia.

Pozycja 60 Formularza nr 5 do SWZ - Koc izotermiczny jednorazowy trójwarstwowy

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 6.3 do SWZ, pkt 47, Zamawiający wymagał zaoferowania koca izotermicznego jednorazowego trójwarstwowego, m.in. o określonym rozmiarze, tj. rozmiar koca rozłożonego: 120-190 x 200-240 cm, ewentualnie produkt równoważny, o rozmiarze koca 200 x 120 cm.

Wykonawca Boxmet Medical w Załączniku nr 5 do SWZ zaoferował koc izotermiczny trójwarstwowy BPS-01, firmy Blizzard Protection Systems Ltd. W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż koc BPS-01 jest większą wersją koca zaoferowanego przez Odwołującego (oznaczenie produktowe BPS-01S) i posiada wymiary większe względem wymogów określonych w OPZ. Koc ten posiada bowiem wymiary 2.3 x 2.0 m, podczas gdy wymagania OPZ wskazują na wymiary 120-190 x 200-240 cm (1,2-1,9 x 2-2,4 m).

Bezsporną pozostaje okoliczność, iż na rynku dostępne są dwa produkty (koce) oferowane przez Blizzard Protection Systems Ltd., jeden – spełniający wymagania określone w SWZ (oznaczenie BPS-01S), drugi – nie spełniający wymagań Zamawiającego (BPS-01).

Powyższe oznacza zaoferowanie produktu nie spełniającego wymagań OPZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Boxmet Medical jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Powyższej oceny nie zmienia fakt udzielenia przez Boxmet Medical, w dniu 28.08.2023 r., wyjaśnień treści oferty, w których Boxmet Medical dokonuje modyfikacji złożonej oferty twierdząc, że faktycznie oferuje Koc izotermiczny trójwarstwowy BPS-01 w wersji Slimo numerze katalogowym „BPS-01S". Podkreślenia wymaga, że takie oznaczenie produktowe nie wynika w jakikolwiek sposób z Formularza cenowego Boxmet Medical, a wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę są nieuprawnioną próbą dostosowania jego oferty do stanu zgodności z wymaganiami SWZ.

Pozycja 63 Formularza nr 5 do SWZ - Nożyczki ratownicze

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 6.3 do SWZ, pkt 50, Zamawiający wymagał zaoferowania nożyczek ratowniczych m.in. o określonej długości, tj. długości powierzchni tnącej minimum 4 cm oraz długości całkowitej 16-20 cm.

Wykonawca Boxmet Medical w Załączniku nr 5 do SWZ zaoferował produkt o nazwie *„Nożyczki ratownicze 16cm nr A-942*" produkcji Athle Surgico. Odwołujący podnosi, iż według jego najlepszej wiedzy przedmiotowy produkt nie spełnia wymogu minimalnej długości całkowitej i nie osiąga 16 cm. Dowodem na tę okoliczność jest choćby oficjalna ulotka producenta tego produktu oraz tłumaczenie tego dokumentu dokonane przez samego wykonawcę, w których jako długość całkowitą podano wymiar „*około 16 cm*". Samo użycie pojęcia *„około"* oznacza, że długość 16 cm jest jedynie przybliżona i nie osiąga wymaganego postanowieniami SWZ wymiaru tj. co najmniej 16 cm. Powyższe oznacza zaoferowanie produktu nie spełniającego wymagań OPZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Boxmet Medical jako niezgodnej z warunkami zamówienia

Pozycja 71 i 74 Formularza nr 5 do SWZ - Zestaw do ewakuacji i Plecak Ratownika Medycznego

Na wstępie Odwołujący wskazał, że Zamawiający, zgodnie z Rozdziałem XI, pkt. 1, ust. 8 SWZ wymaga: *„W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktu, który został dopuszczony przez Zamawiającego udzielonymi*

*odpowiedziami, w kolumnie „Uwagi" Załącznik nr 5 do SWZ**należy wpisać parametry dopuszczonego (oferowanego przez Wykonawcę) produktu**, z zaznaczeniem „dopuszczono odpowiedziami z dnia**…".*** **Pogrubienie i podkreślenie w przytoczonym fragmencie jest zaczerpnięte z oryginału, *ergo* Zamawiający dodatkowo uwydatnia obowiązek wpisania przez wykonawców na jakiej podstawie dopuszczany jest w przedmiotowym postępowaniu dany produkt.**

Wg najlepszej wiedzy posiadanej przez Odwołującego, technicznie niewykonalne są poniższe elementy składowe plecaków PRM w zakresie pierwotnie wymaganym przez
Zamawiającego:
-taśmy rzep – reemisja podczerwieni w barwie khaki NO-84-A203:2020
-taśma nośna – barwa khaki plus IRR NO-84-A203:2020
-taśma elastyczna – barwa khaki NO-84-A203:2020
-nici – barwa khaki plus IRR NO-84-A203:2020
-elementy z tworzyw sztucznych – barwa khaki NO-84-A203:2020
-zamki – barwa khaki NO-84-A203:2020
-trójwymiarowa tkanina dystansowa khaki – barwa khaki plus IRR NO-84-A203:2020
-linka rdzeniowa – barwa khaki NO-84-A203:2020
-siatka techniczna – barwa khaki NO-84-A203:2020
-taśma lamownicza – barwa khaki NO-84-A203:2020
-rzep welurowy – barwa khaki NO-84-A203:2020

Dodatkowo nadmienił, iż wykonawca Boxmet Medical Sp. z o.o. w ulotce załączonej do oferty dla pozycji 74 zawarł stwierdzenie: „*Materiały, z których wykonano opakowanie spełniają wymagania Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Plecaka Ratownika*
Medycznego PRM z późniejszymi odpowiedziami na pytania i dopuszczeniami."

Jak zatem wynika z przytoczonego fragmentu ulotki, firma Boxmet Medical Sp. z o.o. nie wykona plecaka PRM zgodnie z wyjściowymi wymaganiami Zamawiającego, co jest koherentne z tezą o niemożliwości technicznego wykonania tego produktu w pierwotnie opisanych w OPZ ramach.

Co istotne – taka forma poinformowania o skorzystaniu przez firmę Boxmet Medical Sp. z o.o. z rozwiązań dopuszczonych przez Zamawiającego udzielonymi odpowiedziami na pytania, jest absolutnie niedopuszczalna w świetle wymagań SWZ przedmiotowego postępowania oraz przepisów ustawy Pzp, gdyż w żaden sposób nie wskazuje jakie rozwiązania mają zostać wykorzystane w produkcie docelowo dostarczonym Zamawiającemu. Obecnie, tj. po upływie terminu składania ofert, ani Zamawiający, ani konkurencyjni wykonawcy nie mają wiedzy jaki produkt został zaoferowany, tj. jakie konkretnie są jego parametry, w tym które są inne od parametrów pierwotnie opisanych w OPZ a które nie. Zamawiający nie jest również uprawniony do doprecyzowania treści tej oferty w drodze wyjaśnień czy uzupełnień. Stanowi o tym art. 223 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp.

Ponownie podkreślił, że wykonawca Boxmet Medical w złożonej wraz z ofertą ulotce dotyczącej Plecaka Ratownika Medycznego lakonicznie odsyła do późniejszych odpowiedzi na pytania i dopuszczeń, jednak w żaden sposób ich nie konkretyzuje. Nie wiadomym zatem pozostaje w jaki sposób wykonawca rzekomo spełnia wymagania określone w SWZ. Należy przyjąć zatem, że wykonawca Boxmet Medical celowo i świadomie zignorował wymagania Zamawiającego opisane i podkreślone w Rozdziale XI, pkt. 1, ust. 8 SWZ i złożył ofertę niezgodną wymaganiami w tym zakresie, a zatem podlegającą odrzuceniu.

Stosownym przykładem z orzecznictwa KIO, w którym Izba dokonała wykładni art. 223 ust. 1 zd. drugie, jest m.in. wyrok z dnia 18.03.2022 sygn. akt KIO 510/22, w którym Izba orzekła:*"Tym samym omawianym dokument miał szczególnych charakter, gdyż informacje w nim zawarte konkretyzowały przedmiot dostawy, tj. oferowane jednostki wytwórcze, w tym model zastosowanego w nich generatora. Tego rodzaju informacje stanowiły istotną treść oferty, która po upływie terminu składania ofert nie mogła ulec zmianie. Skoro oferta Przystępującego nie zawierała danych dotyczących modelu oferowanego generatora, to nie była ona zgodna z wynikającymi z SWZ wymaganiami, jako że Zamawiający w pkt 9.1 SWZ wprost wymagał wskazania modelu tego generatora.*
Uzupełnienie specyfikacji technicznej o wskazanie modelu generatora dopiero na wezwanie Zamawiającego prowadziło do doprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne na gruncie art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i wynikającej z niego zasady niezmienności treści oferty (zgodnie z ww. przepisem niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści). Brak podania modelu generatora w chwili składania oferty nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym ofertę Przystępującego uznać należy za niezgodną z warunkami zamówienia. Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał, aby na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą było możliwe ustalenie modelu zaoferowanego generatora pomimo nie wskazania nazwy tego modelu ani, że wskazany poziom napięcia wyjścia definiował wyłącznie jeden konkretny model generatora firmy Stamford. Podnoszone przez Przystępującego w tym zakresie twierdzenia były lakonicznei nie zostały niczym poparte,

podczas gdy Odwołujący wskazywał na możliwe różne konfiguracje tych urządzeń oraz złożył na tę okoliczność dowód w postaci wydruku z katalogu producenta Stamford. Mając na uwadze kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego Izba uznała, że Przystępującego nie odparł twierdzeń Odwołującego, iż brak wskazania modelu generatora powodował niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia."

Wobec powyższego, stwierdził, że przepis art. 223 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp oraz dobitnie wyartykułowane żądanie SWZw zakresie określenia jakie parametry dopuszczone odstępstwem ma zaoferowany produkt, potwierdzają stanowisko Odwołującego, iż z uwagi na niepowołanie się przez Boxmet Medical w Załączniku nr 5 na konkretne, dopuszczone odstępstwami parametry, przy jednoczesnym zaoferowaniu produktu o innych parametrach niż wyjściowo opisane w OPZ, wykonawca Boxmet Medical Sp. z o.o. zaoferował produkt niezgodny z warunkami zamówienia, względnie złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia, co determinuje konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut 3:

Zgodnie z 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. Zastosowanie ww. procedury jest obowiązkiem zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż wskazane poniżej elementy (pozycje) formularza cenowego, jako samodzielne podstawy rozliczenia, są istotnym elementem składowym ceny.

Zwrócił uwagę na zmianę brzmienia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w poprzednio obowiązującej ustawie PZp.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. przewidywał bowiem:

„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego (…)" wobec tego, spójnik „i" wskazywał, że musiały zaistnieć jednocześnie obiektywne okoliczności budzące podejrzenia rażąco niskiej ceny i wątpliwości zamawiającego.

Obecne brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje:

„jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego".

Zastąpienie spójnika „i" wyrazem „lub" w sposób oczywisty wskazuje, że nawet jeżeli zamawiający nie ma wątpliwości co do realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny lub istotnych części składowych ceny, a z obiektywnych okoliczności niezbicie wynika, że ceny te są w sposób zdecydowany, rażący zaniżone w stosunku do cen rynkowych, Zamawiający ma obowiązek (a nie uprawnienie) wezwać wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał również, w ślad za KIO (KIO 2258/17)*„(…) nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień".*

Treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że zaistnienie obiektywnie rozumianego podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych generuje obowiązek przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (co odzwierciedla zwrot: „zamawiający żąda"). W stanie faktycznym niniejszej sprawy, istnieją poważne i uzasadnione wątpliwości co do sposobu skalkulowania cen istotnych części składowych tego zamówienia przez Boxmet Medical tj. ceny za Plecak Ratownika Medycznego PRM (pozycja 74), co rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek (nie uprawnienie) wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przemawiają za tym następujące względy.

Jak już podniesiono wyżej, zastosowany przez Boxmet Medical wybieg (polegający na odesłaniu w ulotce produktowej dotyczącej Plecaka Ratownika Medycznego do późniejszych odpowiedzi na pytania i dopuszczeń, bez ich konkretyzacji), stanowi próbę ukrycia przed pozostałymi Wykonawcami faktycznie zaoferowanego produktu i uniemożliwienia jego weryfikacji zarówno przez Zamawiającego, jak i Odwołującego.

Patrząc przez pryzmat rażąco niskiej ceny uzasadnione wątpliwości budzi wycena pozycji 74 (Plecak Ratownika Medycznego) dokonana przez wykonawcę Boxmet Medical. Zdaniem Odwołującego wykonawca ten celowo zaniżył wartość oferowanego w przedmiotowym postępowaniu plecaka PRM. We wszystkich trzech zadaniach (pakietach) cena netto za sztukę oferowanego plecaka wynosi 1250,00 zł netto + 23% VAT (względem ceny oferty Odwołującego 1950,00 zł netto za sztukę + 23% VAT – różnica cen poziomie przekraczającym 30%). W tym miejscu nadmienił, iż w zeszłorocznym postępowaniu (oznaczenie WOFiTM 30/2022/PN) na ten sam asortyment firma Boxmet Medical Sp. z o.o. zaoferowała przedmiotowy plecak w cenie 2700,00 zł netto + 23% VAT za sztukę. Biorąc pod uwagę wskaźnik inflacji sięgający 18,4% (dane GUS dot. inflacji CPI – rok do roku luty 2022 r. i luty 2023 r.) oraz podwójną podwyżkę płacy minimalnej, niewiarygodna jest możliwość zaoferowania przez Boxmet Medical produktu z zyskiem przy tak znacznej obniżonej cenie oferowanych rok do roku plecaków PRM. Zatem, Zamawiający powinien wezwać Boxmet Medical do

wyjaśnień ceny, z uwagi na domniemanie jej rażąco niskiego poziomu.

Zaoferowana przez Boxmet Medical rażąco niska cena prawdopodobnie wynikaz kilku przesłanek – firma Boxmet Medical celowo rażąco zaniżając wartość pozycji 74 we wszystkich zadaniach, równocześnie rażąco zaniżyła całą wartość brutto każdego z zadań, tak aby wygrać postępowanie z konkurencyjnymi wykonawcami lub też zaniżyć należy Skarbowi Państwa podatek VAT celem utrzymania marżowości.

Zaistniała sytuacja najbardziej jaskrawo widoczna jest w przypadku Zadania nr 1, gdzie oferta firmy Boxmet Medical była, w zakresie wartości netto, droższa od oferty Odwołującego o blisko 10 000 zł (kwota 1 269 970,00 zł do kwoty 1 259 996,00 zł), lecz w zakresie brutto była tańsza o blisko 5 500 zł (kwota 1 394 622,60 zł do kwoty 1 400 190,18 zł), co potwierdza tylko celowość zaniżenia wartości plecaka PRM jako pozycji objętej 23% stawką podatku VAT.

Zachowując całkowitą wartość netto obydwu ofert, przy jednoczesnym przeniesieniu różnicy (wynoszącej 700,00 zł) pomiędzy ceną netto za szt. zaoferowaną przez firmę Boxmet Medical a ceną netto za szt. zaoferowaną przez Odwołującego, w zakresie poz. 74, na inną pozycję obejmującą taką samą ilość produktu (100 szt.) przy zastosowaniu 8% VAT wykaże, iż w takim wypadku to oferta naszej firmy byłaby najkorzystniejsza cenowo w przytoczonym Zadaniu:
Oferta Boxmet Medical sp. z o.o. na Zadanie (pakiet) 1:
1 269 970,00 zł netto, 1 394 622,60 zł brutto
Oferta Wykonawcy na Zadanie (pakiet) 1 przy przeniesieniu różnicy netto w poz. 74 (700,00 zł) na produkt o stawce VAT 8% oraz przy zachowaniu tej samej ilości szt. (100 sztuk np.: poz. 58 stetoskop):
1 259 996,00 zł netto, 1 389 690,18 zł brutto

Jak widać na powyższym przykładzie, zaniżenie ceny produktu o wysokiej wartości objętego stawką 23% VAT w realny sposób wpływa na wypaczenie kolejności najkorzystniejszych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W innym wypadku ponownie należy poddać w wątpliwość jakość oferowanego plecaka PRM przez firmę Boxmet Medical – przesłanką do tego jest rażąco niska cena produktu oraz chęć, za wszelką cenę, ukrycia jaki de facto wyrób został zaoferowany Zamawiającemu (o czym mowa w odrębnym zarzucie powyżej). Konkludując, wykonawca Boxmet Medical winien zostać wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej.

Zarzut na wybór:

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty Boxmet Medical 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 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.

W niniejszej sprawie Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Boxmet Medical. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

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 Boxmet Medical 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 Boxmet Medical nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp.

Zarzut ewentualny:

Odwołujący zaznaczył, że powyższy zarzut postawił z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona przez Zamawiającego i jednocześnie istnieją podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Boxmet Medical. Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu. W postępowaniu, w Zadaniach nr 1, 2 oraz 3, zostały złożone dwie oferty. Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający odrzucił jedną z nich, tj. ofertę Odwołującego. Jedyną ofertą aktualnie nieodrzuconą jest oferta wykonawcy Boxmet Medical. Tym samym po odrzuceniu także tej oferty wypełniona

zostanie przesłanka unieważnienia postępowania przewidziana w art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19.09.2023 r. (na platformie zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)Boxmet Medical Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Boxmet Medical Sp. z o.o.

W dniu 29.09.2023 r.(e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddalił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Na wstępie wskazał, że Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania i cechy, wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

„a) W zakresie wszystkich pozycji: karty katalogowe;

b) W przypadku zaoferowania wyrobów medycznych klasy I — wyroby sterylne, klasy I — wyroby z funkcja pomiarową, klasy I — z funkcja pomiarową sterylne, klasy lla, klasy llb oraz klasy III: karty katalogowe, dokumenty dopuszczające do obrotu: deklaracja zgodności CE, certyfikat CE, zgłoszenie do URPLWMiPB (załącznik nr 10 oświadczenie) (…)”.

Na podstawie powyższych dokumentów Zamawiający dokonywał oceny zgodności zaoferowanego asortymentu z opisem przedmiotu zamówienia w ramach poszczególnych pozycji asortymentowych z uwzględnieniem możliwości zastosowania art. 223 ust 1 Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust 1 Pzp „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 jakichkolwiek zmiany w jej treści.”

1. Odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji w której jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający podnosi, że oferta Odwołującego dotycząca pakietów 1, 2, 3 została oceniona prawidłowo i zasadnie odrzucona. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w zakresie pakietów 1, 2 i 3 w pozycjach 50, 51 i 52 (Opis przedmiotu zmówienia — załącznik nr 6 do SWZ po modyfikacji z dnia 17.07.2023r.) wskazał, że wymaga zaoferowania następującego produktu:

Kaniula (wenflon):

1. Rozmiary:

•14 G-2szt.

•16 G-2 szt.

•18 G-2 szt.

2.Jednorazowa, stetylna, oznaczona kolorami.

3.Wykonana z poliuretanu.

4.Gładka powierzchnia.

5.Specjalny kształt końcówki poliuretanowej kaniuli i igły z tylnym szlifem w celu łatwego wprowadzania kaniuli do naczynia.

6.Samozamykający się pon lub port z możliwością blokady przed przypadkowym otwarciem.

7.Uchwyt zaprojektowany dla techniki punkcjijedną ręką.

8.Zatyczka z filtrem hydrofobowym, hamująca wypływ knvi.

9.Zakończenie LOCK.

Zgodnie z treścią formularza cenowego przedmiotem oferty Odwołującego jest:

-pozycja 50: Kaniula (wenflon) 14 G, nazwa produktu: KD- FIX 14 G, producent: KD Medical, - pozycja 51: Kaniula (wenflon) 16 G, nazwa produktu: KD- FIX 16 G, producent: KD Medical, - pozycja 52: Kaniula (wenflon) 18 G, nazwa produktu: KD- FIX 18 G, producent: KD Medical.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania i cechy, Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w tym:

-kartę katalogową (załącznik nr 4 do niniejszego pisma) dotyczącą produktu: KD-FIX zawierającą rozmiary 14G, 16G, 18G, oznaczenie producenta KDM oraz opis techniczny oferowanego asortymentu;

-deklarację zgodności wystawioną przez producenta, w której znajduje się to samo oznaczenie skrótowe producenta KDM oraz jego rozwinięcie KD Medical Gmbh Hospital Products.

Zgodnie z dołączoną kartą katalogową, żaden z elementów wchodzących w skład kaniuli nie jest wykonany z poliuretanu, podczas gdy poszczególne jej elementy zostały w niej szczegółowo opisane wraz ze wskazaniem, z jakiego materiału zostały wykonane, co przedstawia załącznik nr 3 do niniejszego pisma. Zgodnie z informacjami zawartymi w karcie katalogowej kaniula wykonana jest z:

Materiały:

-Igła: stal nierdzewna

-Osłona igły: polipropylen

-Cewnik: FEP

-Uchwyt cewnika: polioksymetylen

-Korpus Cewnika : polipropylen

-Nasadka portu: polietylen liniowy o niskiej gęstości

-Kielich igły: polipropylen

-Osłona korpusu (oprawa otworu): polipropylen

-Zatyczka gwintowana (typu LUER): polipropylen wysokiej gęstości Rurka silikonowa: silikon

Żaden z wyżej opisanych materiałów nie posiada w swojej budowie chemicznej ugrupowania uretanowego — właściwego dla poliuretanu.

Co więcej, Odwołujący w odwołaniu w żaden sposób nie wykazał, poprzez wyjaśnienia lub dokumenty (karty katalogowe), że przedmiotem jego oferty jest inny produkt niż opisany w przedmiotowych środkach dowodowych oraz, że produkt ten spełnia wymagania SWZi wykonany jest z poliuretanu. Brak jest więc podstaw do uznania, że spełnia on wymagania SWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 107 ust 2 PZP, zgodnie z którym Zamawiający wzywa składającego ofertę do złożenia lub do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. W przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka warunkująca zastosowanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia środka dowodowego, albowiem przedmiotowy środek dowodowy - karta katalogowa produktu (ulotka produktowa) załączona do oferty wskazuje na niezgodność przedmiotu oferty z treścią SWZ.

Zatem, w związku z brakiem wątpliwości, co do materiału z jakiego wykonany jest oferowany przez Odwołującego produkt i wynikającą z tego niezgodnością oferty z SWZ, Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Odwołującego do składania dodatkowych przedmiotowych środków dowodowych, ponieważ przedstawione przez niego wraz z ofertą były kompletne i potwierdzające brak zgodności z SWZ.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt. KIO/KD 24/22 wyjaśniono, że w art. 107 ust. 1 PZP ustawodawca przesądził, że w przypadku żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ma obowiązek złożyć je wraz z ofertą („wykonawca składa je wraz z ofertą"). Tym samym nie jest tak, że wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe dopiero na wezwanie zamawiającego. Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. Użycie spójnika „lub" w tym przepisie należy rozumieć w ten sposób, że w zależności od sytuacji, która wystąpi w postępowaniu o zamówienie, zamawiający kieruje wezwanie do złożenia przedmiotowego środka dowodowego (w sytuacji, gdy nie został on złożony wraz z ofertą) lub kieruje wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (gdy złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny). W okolicznościach danego postępowania może być wymagane złożenie wielu przedmiotowych środków dowodowych i w zależności od tego jaka sytuacja będzie mieć miejsce wobec danego środka, treść wezwania może być zróżnicowana, tj. może w odniesieniu do niektórych środków dowodowych dotyczyć złożenia, a wobec innych ich uzupełnienia. Podobnie jak w przypadku wezwania z art. 128 PZP, również tutaj obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania.

Przepis art. 107 ust. 2 PZP nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe wprost potwierdzają, że oferta jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia, jak i nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy jego treść wprost nie potwierdza zgodności przedmiotu oferty z treścią SWZ. Tego rodzaju sytuacje nie są bowiem objęte dyspozycją omawianej regulacji. Zatem regulacja z art. 107 PZP jest bardziej restrykcyjna niż dyspozycja art. 128 PZP. Wykonawca, który nie składa wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych naraża się na ryzyko odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 PZP złoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne."

Nie zgodził się z Odwołującym, że Zamawiający nieprawidłowo uzasadnił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. W treści odrzucenia przedstawiono jasno przyczynę odrzucenia wskazując, że*„(....) Wykonawca zaoferował kaniule, które są niezgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia w zakresie zaproponowanego materiału, z którego ma być wykonana kaniula"*. Wykonawca składając ofertę i załączając do niej przedmiotowe środki dowodowe — kartę katalogową, ma pełną wiedzę jaki produkt zaoferował i z jakiego materiału jest on wykonany. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego precyzyjnie odniósł się do produktu, który okazał się niezgody z

wymaganiami SWZ i jednoznacznie podał motywy podjętej decyzji. Zatem Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania zaprezentował stanowisko stanowiące jedynie polemikę z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną oferty Odwołującego.

Ponadto ze względu na fakt, że oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia zawartymi w SWZ i podlegała odrzucaniu w niniejszym postępowaniu brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył przepis art. 16 pkt. 1-3 PZP. W treści art. 16 PZP ustawodawca zawarł dyrektywy, którymi kieruje się zamawiający przygotowując oraz przeprowadzając postępowanie, tj. dyrektywą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; dyrektyw przejrzystości oraz dyrektywą proporcjonalności. W przedmiotowym postępowaniu wszystkie te zasady zostały zastosowane. Zamawiający w żaden sposób nie naruszył zasady proporcjonalności, albowiem jasno opisał przedmiot zamówienia, nie czyniąc Wykonawcom ograniczeń udziału w postępowaniu, przez co Wykonawcy dokładnie wiedzieli jakie produkty spełniają wymagania Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że odnoszenie zasady proporcjonalności do oceny ofert, w tym badania oferty Odwołującego pod kątem wartości zaoferowanych produktów, które podlegały odrzuceniu w stosunku do wartości całości zamówienia jest całkowicie niezgodne z przepisami PZP.

W tym miejscu zauważył, że *„proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania"* (wyr. KIO z 4.3.2021 r., KIO 356/21, Legalis)

2. Bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia

Zamawiający podnosił, iż czynność wyboru oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej jest w całości zgodna z warunkami zamówienia zawartymi w SWZ, wobec czego wyjaśnia, co następuje:

2.1 Niezgodność oferty z warunkami zamówienia z powodu braku przewodu tlenowego - pozycja nr 32 formularza cenowego — Worek samorozprężający typu składanego

Zarzuty Odwołującego opierają się na własnych domniemaniach, co znajduje się w worku zielonym, a co w czarnym, bez szczegółowej analizy warunków zamówienia, w której Zamawiający określił, że przewód tlenowy wraz z trzema filtrami (pkt. 10) jest dodatkowym wyposażeniem worka, który może zostać zaoferowany przez Wykonawcę poza workiem.

W tym miejscu Zamawiający wskazał, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca Boxmet Medical Sp. z o.o. w dniu 28.08.2023 r. przedstawił następujące wyjaśnienia, które w pełni potwierdziły słuszność uznania oferowanego asortymentu za zgodny z opisem przedmiotu zamówienia: *„Potwierdzamy, iż zaoferowany produkt posiada możliwość zasilania 100% tlenem. Worek jest wyposażony w zastawkę pacjenta, maskę twarzową nr 5, rezerwuar tlenu, łącznik przewodu tlenowego długości 9 cm oraz przewód tlenowy o długości 2m.*

Zaoferowany asortyment jest znakowany znakiem CE.

Zaoferowany filtr został przebadany względem skuteczności wobec WZW C, HIV,

TBC, hepatitis C."

W ten sposób Zamawiający uzyskał potwierdzenie spełnienia przez zaoferowany produkt wymagań, co do których brak było informacji w przedmiotowych środkach dowodowych złożonych wraz z ofertą tj. w karcie katalogowej.

Podkreślić w tym miejscu należy, że karta katalogowa stanowi zazwyczaj dokument opracowywany przez producenta jako uniwersalny materiał reklamowy, służący do przekazania informacji o produkcie, które są istotne z punktu widzenia producenta. W przypadku wystąpienia sytuacji braku informacji w zakresie danej cechy produktu, do wyjaśnienia kwestii poddanych pod wątpliwość służy z art. 223 ust 1 ustawy: „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"

2.2 Zaoferowanie asortymentu w kolorze innym niż wymagany - pozycja nr 38 formularza cenowego — chusta trójkątna

Zgodnie z treścią formularza cenowego Wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. przedmiotem oferty w zakresie poz. nr 38 było:

Chusta trójkątna bawełniana nr MA-124-MMMM-IOI producenta TZMO. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez

Zamawiającego wymagania i cechy, Wykonawca złożył wraz z ofertą wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w tym:

- kartę katalogową (załącznik nr 4 do niniejszego pisma), w której wskazany jest wprost kolor produktu jako: biały.

Jak wskazał Odwołujący, kolor biały stanowi kolor zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, brak jest więc jakichkolwiek podstaw do uznania oferty za inną niż zgodną z swz.

W treści odwołania Odwołujący poinformował o tym, że przeprowadził na własną rękę badania barwy produktu, lecz nie może mieć to wpływu na ocenę zgodności przedmiotu oferty z SWZ, gdyż ocena oferty opiera się wyłącznie na

dokumentach wskazanych w SWZ jako przedmiotowe środki dowodowe a Zamawiający nie wymagał przedstawiania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów czy badań ponad informacje, które wskazywane są standardowo w kartach katalogowych. Brak jest więc możliwości uznania wskazanej argumentacji za słuszną.

2.3 Niezgodność oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. z warunkami zamówienia w zakresie terminu ważności - pozycja nr 47 formularza cenowego nr 5 SWZ — małe opakowanie na zużyte igły

W ramach tej pozycji w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ po modyfikacji z dnia 17.07.2023 r. - formularz cenowy) Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania produktu posiadającego termin gwarancji 24 miesiące. Firma Boxmet Medical Sp z o.o. w złożonej przez siebie ofercie, zaoferowała produkt który nie stanowi wyrobu medycznego ani produktu leczniczego (produkt objęty jest 23% stawką podatku VAT), a w formularzu cenowym wskazała, że produkt ten posiada termin gwarancji 24 miesiące. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do uznania oferty za inną niż zgodną z SWZ.

Odpowiadając na argumentację Odwołującego wskazać należy, że sposób określania okresu przydatności asortymentu do jego używalności leży w zakresie odpowiedzialności i decyzji producenta i może on być przez niego zmieniany w zakresie poszczególnych partii produkcyjnych — z wyłączeniem sytuacji, gdy jest to unormowane odrębnymi przepisami, lecz nie ma to zastosowania w niniejszej sytuacji.

2.4 Niezgodność oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. z warunkami zamówienia w zakresie wymiaru koca - pozycja nr 60 formularza cenowego nr 5 SWZ — koc izotermiczny jednorazowy trójwarstwowy

Zgodnie z treścią formularza cenowego Wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. przedmiotem oferty w zakresie poz. nr 60 jest produkt o nazwie:

Koc izotermiczny trójwarstwowy BPS-01 producenta BLIZZARD PROTECTION SYSTEMS LTD

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania i cechy, Wykonawca złożył wraz z ofertą wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w tym:

-kartę katalogową BPS-01S (załącznik nr 5 do niniejszego pisma) w której wskazane są wymiary produktu: 1 x 2,3m zgodne z SWZ.

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca w dniu 28.08.2023r. przedstawił następujące wyjaśnienia, które w pełni potwierdziły słuszność uznania oferowanego asortymentu za zgodny z opisem przedmiotu zamówienia:

„Wyjaśniamy, iż kolor zewnętrzny koca to zielony.

Ponadto wyjaśniamy, iż w formularzu cenowym wskazano nazwę produktu zgodnie z wymaganiami SWZ. Zamawiający nie wymagał wskazania w formularzu cenowym numeru katalogowego produktu.

Wyjaśniamy, iż oferujemy koc spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego i posiadający parametry techniczne zawarte w przedstawionej karcie katalogowe/ Jest to „Koc izotermiczny trójwarstwowy BPS-01" w wersji Slim o numerze katalogowym „BPS-01S". Zaoferowany koc jest również identyfikowany numerem NSN: 8465-99 488-9557.".

Powyższe wyjaśnienia dodatkowo potwierdziły, że zaoferowany asortyment tj. koc w wersji Slim jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Ponadto, dołączone do oferty przedmiotowe środki dowodowe tj. karta katalogowa (załącznik nr 5) dotyczą właśnie produktu o numerze katalogowym BPS-01 S, czyli w wersji Slim o wymiarach wskazanych w karcie katalogowej jako 1 ,56 x 2,3m, a nie jak twierdzi Odwołujący w wersji większej o wymiarach 2.3 x 2.0 m. W ten sposób Zamawiający uzyskał potwierdzenie spełniania przez zaoferowany produkt wymagań OPZ.

2.5 Niezgodność oferty Boxmet Medical z warunkami zamówienia w zakresie wymiaru nożyczek - pozycja nr 63 formularza cenowego nr 5 SWZ — nożyczki ratownicze

Zgodnie z treścią formularza cenowego Wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. przedmiotem oferty w zakresie poz. nr 63 jest produkt o nazwie: Nożyczki ratownicze 16 cm nr A-942 producenta ATHLE SURGICO Wskazuje to wprost na zaoferowanie produktu o długości 16 cm.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania i cechy, Wykonawca złożył wraz z ofertą wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w tym:

- kartę katalogową.

W dołączonej do oferty karcie katalogowej wskazany jest rozmiar jako długość „około 16 cm" co w zestawieniu z formularzem cenowym Zamawiający uznał jako zgodne z wymaganiami. Zamawiający zinterpretował słowo „około" jako 16 cm lub powyżej.

Dodatkowym potwierdzeniem dla Zamawiającego zgodności zaoferowanego produktu z SWZ jest to, że Zamawiający dysponował tożsamym z zaoferowanym przez Boxmet Medical produktem, na którego opakowaniu znajduje się jednoznaczny opis urządzenia: Nożyczki ratownicze 16 cm czarne - co przedstawi w trakcie posiedzenia. W zawiązku z powyższym brak jest podstaw do uznania oferty za inną niż zgodną z OPZ.

Podkreślić należy również, że w toku ewentualnej realizacji dostawy asortymentu, każdorazowo przeprowadzane jest sprawdzenie asortymentu pod względem ilościowym i jakościowym zgodnie z Procedurą przyjmowania dostaw medycznych środków materiałowych do magazynów WOFiTM.

Podsumowując, powyższą argumentację należy zaznaczyć, że Odwołujący dokonał subiektywnej i w całości

jednostronnej, a w konsekwencji nieprawidłowej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, przez co zarzuty odwołującego dotyczące niezgodności oferty złożonej przez Wykonawcę Boxmet Medical Sp. z o.o. z wymaganiami SWZ należy uznać za chybione i bezpodstawne.

2.6 Niezgodność oferty Boxmet Medical z warunkami zamówienia z powodu braku określenia jakie parametry ma zaoferowany produkt pozycja nr 71 i 74 formularza cenowego nr 5 SWZ — Zestaw do ewakuacji i Plecak Ratownika Medycznego

Odwołujący w 11.15 uzasadnienia wskazuje, że Zamawiający, zgodnie z rozdziałem XI, pkt. 1. Ust. 8 SWZ wymaga: „W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktu, który został dopuszczony przez Zamawiającego udzielonymi odpowiedziami, w kolumnie „Uwagi" Załącznik nr 5 do SWZ należy wpisać parametry dopuszczonego (oferowanego przez Wykonawcę) produktu, z zaznaczeniem „dopuszczono odpowiedziami z dnia.. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że według posiadanej przez niego wiedzy technicznie niewykonalne są poniższe elementy składowe plecaków PRM w zakresie pierwotnie wymaganym przez Zamawiającego:

- taśma rzep — reemisja podczerwieni w barwie khaki NO-84-A203:2020;
- taśma nośna — barwa khaki plus IRR NO-84-A203:2020;
- taśma elastyczna — barwa khaki NO-84-A203:2020;
- nici - barwa khaki plus IRR NO-84-A203:2020;
- elementy z tworzyw sztucznych — barwa khaki NO-84-A203:2020;
- zamki — barwa khaki NO-84-A203:2020;
-trójwymiarowa tkanina dystansowa khaki — barwa khaki plus IRR NO-84A203:2020;
- linka rdzeniowa — barwa khaki NO-84-A203:2020;
- siatka techniczna — barwa khaki NO-84-A203:2020;
- taśma lamownicza — barwa khaki NO-84-A203:2020;
- rzep welurowy — bama khaki NO-84-A203:2020.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że wykonawca Boxmet Medical Sp. z o.o. w ulotce załączonej do oferty dla pozycji 74 zawarł stwierdzenie: „*Materiały, z których wykonano opakowanie spełniają wymagania Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Plecaka Ratownika Medycznego PRM z późniejszymi odpowiedziami na pytania i dopuszczeniami.*" Fakt umieszczenia takiego zapisu w ulotce ma zdaniem Odwołującego potwierdzać niemożność technicznego wykonania tego produktu zgodnie z pierwotnie opisanymi w OPZ wymaganiami. Zdaniem Odwołującego firma Boxmet Medical Sp. z o.o. zamieszczając takie informacje w Załączniku nr 5 do SWZ jak i w ulotce informacyjnej do plecaka PRM nie poinformowała Zamawiającego o produkcie jaki docelowo będzie dostarczony. Twierdzi jednocześnie, że po upływie terminu składania ofert, ani Zamawiający, ani konkurencyjni wykonawcy nie mają wiedzy jaki produkt został zaoferowany, tj. jakie konkretnie są jego parametry, w tym które są niezgodne z pierwotnie opisanymi w OPZ. Odwołujący na tej podstawie uważa, że oferta złożona przez Boxmet Miedical Sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SWZ i podlega odrzuceniu.

W odpowiedzi na zarzuty Odwołującego zauważył, że jego wnioski są błędne co do zarzutu, iż Zamawiający nie miał wiedzy jaki produkt został zaoferowany przez wykonawcę tj. firmę Boxmet Medical Sp. z o.o.. Firma Boxmet Medical Sp. z o.o. złożyła pełną dokumentację potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz wynikających z dopuszczeń innych parametrów technicznych zawartych w odpowiedziach na pytania zadane w trakcie trwania postępowania przetargowego. Złożona dokumentacja zawiera wykaz materiałów użytych do wykonania plecaka PRM, jak również karty katalogowe potwierdzające spełnienie wymagań technicznych zawartych w OPZ.

Firma Boxmet Medical Sp. z o.o. skorzystała z prawa do ochrony informacji zawierających dane techniczne materiałów wykorzystanych do produkcji opakowania Plecak Ratownika Medycznego PRM uznając je za tajemnicę przedsiębiorstwa i zastrzegła, że nie mogą one być ujawnione do informacji publicznej. Zamawiający dokonał oceny zgodności produktu z wymaganiami zawartymi w dokumentacji przetargowej na podstawie dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy jednocześnie zauważyć, że Odwołujący również skorzystał z prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązkiem Zamawiającego jest przestrzeganie prawa przedsiębiorców do ochrony informacji stanowiących istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa.

3. Zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Boxmet Medical.

Ponadto, odnosząc się do zarzutu zaniechania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazać należy, że obiektywne przesłanki wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zostały opisane w art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia przynajmniej jednej z nich, powstaje ustawowe domniemanie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji obowiązek wezwania wykonawcy do obalenia tego domniemania.

Jeżeli zatem cena oferty Wykonawcy będzie niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług lub całkowita cena oferty będzie niższa, o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 1 i 10, Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W przypadku badania rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia: Wartość zamówienia dla zadania nr 1 wynosi 1 708 537,00 zł. Wartość oferty wybranego Wykonawcy tj. Boxmet Medical Sp. z o.o. to zadanie nr 1 - 1 394 622,60 zł. (rażąco niska cena to każda kwota poniżej 1 195 975,90 zł.);

Wartość zamówienia dla zadania nr 2 wynosi 3417 074,00 zł. Wartość oferty wybranego Wykonawcy tj. Boxmet Medical Sp. z o.o. zadanie nr 2 — 2 444 725,20 zł. (rażąco niska cena to każda kwota poniżej 2 391 951 zł.)

Wartość zamówienia dla zadania nr 3 wynosi 3417 074,00 zł. Wartość oferty wybranego Wykonawcy tj. Boxmet Medical Sp. z o.o. zadanie nr 3 — 2 646 469,20 zł. (rażąco niska cena to każda kwota poniżej 2 391 951 ,80 zł.)

W przypadku badania rażąco niskiej ceny od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wartość oferty odwołującego zadanie nr 1 — 1 400 190, 18 zł, wartość oferty wybranego Wykonawcy tj. Boxmet Medical Sp. z o.o. to zadanie nr 1 - 1 394 622,60 zł. (rażąco niska cena to każda kwota poniżej 978 184,47 zł.)

Wartość oferty odwołującego zadanie nr 2 - 2 800 380,36 zł, wartość oferty wybranego Wykonawcy tj. Boxmet Medical Sp. z o.o. to zadanie nr 2 - 2 444 725,20 zł. (rażąco niska cena to każda kwota poniżej 1 835 786,95 zł.);

Wartość oferty odwołującego zadanie nr 3 - 2 800 380,36 zł, wartość oferty wybranego Wykonawcy tj. Boxmet Medical Sp. z o.o. to zadanie nr 2 - 2 646 469,20 zł. (rażąco niska cena to każda kwota poniżej 1 906 397,35 zł.);

Cena jest rażąco niska, jeżeli jest nierealistyczna, niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych lub jeżeli nie jest możliwe wykonanie za zaoferowaną cenę zamówienia w sposób należyty.

Jak wskazano powyżej różnica cenowa pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą Wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. nie dość, że nie zawiera rażąco niskiej ceny, to również nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości jej wykonania.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia jakoby cena lub koszt istotnych części składowych wskazywały na obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o, wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 519/17) o tym czy składowa ceny lub kosztu jest istotna decyduje jej wpływ cenotwórczy. Istotne w takim przypadku są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których ze względu na ich merytoryczne znaczenie zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Są to elementy istotne pod względem ilościowym lub wartościowym.

W podniesionym przez Odwołującego aspekcie skalkulowania przez Boxmet Medical Sp. z o.o. ceny Plecaka Ratownika Medycznego PRM (pozycja 74) nie ma mowy o istotnej jego części w realizacji zamówienia gdyż w przypadku zadania nr 1 stanowi ok 11 całości zamówienia (wartość zadania 74 w pakiecie nr 1- 153 750,00 zł), w przypadku zadania nr 2 stanowi ok 12,58% całości zamówienia (wartość zadania 74 w pakiecie nr 2— 307 500,00 zł), natomiast w przypadku zadania nr 3 stanowi ok 11 ,62% (wartość zadania 74 w pakiecie nr 3— 307 500,00 zł).

Rażąco niska cena lub koszt, ich elementy składowe występuje wtedy, gdy 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.

Dlatego też może się wydawać, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Jest to cena, która odbiega w sposób znaczący od przyjętych cen, przez co wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Oferta z rażąco niską ceną jest ofertą z ceną nierealną zob. Opinia UZP "Rażąco niska cena", https://www.uzp.gov.pl/bazawiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/razaco-niska-cena.

W orzecznictwie wskazuje się, że przy kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej powinna być brana pod uwagę przede wszystkim ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia, ceny innych wykonawców oraz ceny rynkowe przedmiotu zamówienia (wyr. KIO z 10.5.2016 r., KIO 616/16, Legalis). Rażąco niska cena zawarta w ofercie może być świadomym działaniem wykonawcy bądź też stanowi przykład jego nierzetelności przy kalkulacji kosztów, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości (wyr. z 7.4.2017 r., KIO 545/17, Legalis). Oferta konkurencyjna, zawierająca najniższą cenę, nie może oznaczać wyboru oferty nierealnej, czyli odbiegającej od rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia publicznego. Zatem, z jednej strony, zamawiający jest zobligowany do wyboru oferty najkorzystniejszej, a z drugiej natomiast, niezbędna jest eliminacja ofert nierealnych. Oferty zawierające rażąco niską cenę nie tylko bowiem naruszają zasadę uczciwej konkurencji, ale przede wszystkim uniemożliwiają należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Słowo "rażący" jest definiowane jako "dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny". Wydaje się, że rażąco niską ceną będzie cena oferty, która jest nierealna, niemożliwa do spełnienia, tym samym w sposób oczywisty zawiera cenę zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego. Potwierdzenie powyższej definicji znajduje się w orzecznictwie KIO, która akcentuje bezsporny i wyraźnie oczywisty charakter zaniżonej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i jego ustalonej wartości (wyr. KIO z 6.6.2011 r., KIO 1131/11, Legalis; wyr. KIO z 24.3.2009 r., KIO/UZP 297/09, Legalis). Podkreśla się też konieczność odniesienia ceny oferty do aktualnych cen rynkowych. Bowiem pomiędzy datą sporządzenia kosztorysu inwestorskiego a terminem, kiedy były sporządzane oferty, może upłynąć długi okres. Wówczas to pojawia się konieczność odniesienia do aktualnych cen rynkowych.

W tym miejscu Zamawiający wskazał, że Odwołujący dokonał własnego szacowania wartości zamówienia, porównując wartość zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu plecaków ratownika medycznego z wartością oferowaną przez wykonawców w zeszłorocznym postępowaniu na ten sam asortyment. Jednak Odwołujący nie dostrzega, że w aktualnych cenach rynkowych wstępują znaczne różnice w stosunku do cen oferowanych produktów w postępowaniach prowadzonych w poprzednim roku, tj. w okresie gdy łańcuch dostaw poszczególnych materiałów lub produktów był znacznie zaburzony przez występującą na całym świecie epidemię COVID -19. W obecnym czasie zwiększyła się produkcja zarówno produktów leczniczych jak i wyrobów medycznych, co ma wpływ na obniżenie cen nabywanego przez Zamawiającego asortymentu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz 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 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona w wypadku potwierdzenie się zarzutów, tak co do niezasadnego odrzucenia, jak i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ma szanse na uzyskanie zamówienia. Ewentualnie po unieważnieniu w nowym postępowaniu.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ”*, wraz z odpowiedziami na pytania (zwłaszcza odpowiedzią na pytanie 17 - pismo z 17.07.2023 r.) oraz modyfikacjami SWZ, załącznika nr 5 (po modyfikacji z 17.07.2023 r.), 6 (Opis Przedmiotu Zamówienia po modyfikacji z 17.07.2023 r.), 6.1 (zadanie nr 1), 6.2 (zadanie nr 2) i 6.3 (zadanie nr 3) do SWZ, oferty Odwołującego oraz Przystępującego wraz formularzem cenowym Odwołującego i Przystępującego dla wszystkich trzech zadań, karty katalogowej Odwołującego oraz kart katalogowych Przystępującego, w tym złożone deklaracje dopuszczające do obrotu, jak i dokumentów tajnych (tajemnica przedsiębiorstwa) Przystępującego załączone do jego oferty, wezwania do wyjaśnień z 22.08.2023 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, wyjaśnień treści oferty Przystępującego z 28.08.2023 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z 07.09.2023 r.

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na potwierdzenie okoliczności w niej wskazanych:

1)Karta katalogowa Kaniule,
2)Karta katalogowa Chusta trójkątna bawełniana,
3)Karta katalogowa Koc izotermiczny.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożone na posiedzeniu przez Odwołującego:

1)Oświadczenie KD Medical Polska sp. z o.o. z dnia 27.09.2023 r., korespondencja mailowa z dnia 29.09.2023 r. z przedstawicielem KD Medical Polska sp. z o.o. oraz prawidłowa ulotka produktowa dla zaoferowanych przez Odwołującego kaniul KD- FIX 14 G, KD- FIX 16 G oraz KD - FIX 18 G na okoliczność zgodności zaoferowanych przez Odwołującego produktów z warunkami SWZ;
2)Wydruk ze strony internetowej firmy Micro BVM opisujący resuscytator BVM z workiemw kolorze zielonym, wraz z ulotką produktową, na okoliczność, iż produkt ten, posiadający wysokość 73 mm, zawiera w OPZ wymagany przewód tlenowy;
3)Wydruk ze strony internetowej firmy Micro BVM opisujący resuscytator BVM z workiemw kolorze czarnym, wraz z ulotką produktową, na okoliczność, iż produkt ten, posiadający wysokość 63 mm, nie jest wyposażony w przewód tlenowy;
4)Świadectwo z badań Nr NCH 190.307.2023.A z dnia 17.08.2023 r. przeprowadzonych przez Laboratorium Badań Chemicznych Instytutu Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” w Łodzi (wraz z umową o przeprowadzenie badania oraz fakturą), na okoliczność istnienia istotnej różnicy w kolorystyce chust zaoferowanych przez Odwołującego a Boxmet Medical, a w konsekwencji na okoliczność, iż zaoferowana przez Boxmet Medical chusta trójkątna nie jest koloru białego;
5)Zdjęcia etykiety oraz osobistego pojemnika na zużyte igły SANBOX produkcji Sanmed, na okoliczność posiadania przez pojemniki firmy Sanmed daty ważności, umieszczanej na opakowaniu zbiorczym;
6)Oświadczenie Zakładu Produkcyjno-Handlowego SANMED z dnia 28.09.2023 r., na okoliczność posiadania przez pojemniki firmy Sanmed daty ważności i miejsca jej umieszczenia;
7)Wydruk ze strony internetowej firmy Blizzard zawierający opis i parametry koca izotermicznego trójwarstwowego BPS-01 firmy Blizzard Protection Systems Ltd., na okoliczność, iż zaoferowany przez Boxmet Medical koc o oznaczeniu BPS-01 posiada wymiary niezgodne z wymaganiami SWZ;
8)Wydruk ze strony internetowej firmy Blizzard zawierający opis i parametry koca izotermicznego trójwarstwowego BPS-O1S firmy Blizzard Protection Systems Ltd., na okoliczność, iż koc o oznaczeniu produktowym BPS-OIS posiada wymiary zgodne z wymaganiami SWZ;

9)Specyfikacja Warunków Zamówienia dla postępowania pn. „DOSTAWA PLECAKÓW RATOWNIKA MEDYCZNEGO WRAZ Z WYPOSAŻENIEM" oznaczenie sprawy: WOFiTM/30/2022/PN, Formularz ceny złożony w tym postępowaniu w ofercie Boxmet Medical oraz zestawienie wykonawców i cen z otwarcia ofert, na okoliczność, iż:
-Boxmet Medical zaoferował Plecak Ratownika Medycznego korzystając z tzw. dopuszczeń (czyli wykonawca ten nie był pierwotnie w stanie wykonać go zgodnie z OPZ, który jest identyczny z OPZ dla niniejszego postępowania),
-cena zaoferowanego przez Boxmet Medical w poprzednim postępowaniu Plecaka Ratownika Medycznego wynosiła aż 2700 netto i odzwierciedla realną wartość tego asortymentu oferowanego przez Boxmet Medical.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na posiedzeniu przez Przystępującego wraz z pismem procesowym:
1)Informacja z otwarcia ofert z dnia 26 lipca 2023 r. wraz z ich zestawieniem (załącznik nr 1) - na okoliczność tego, że oferta BOXMET była ofertą najkorzystniejszą cenowo, zatem nawet ewentualne bezzasadne odrzucenie oferty NEOEMED (gdyby uznać, że spełniała wymogi SWZ) nie miała wpływu na wynik postępowania.
2)wezwanie do wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego do Boxmet z dnia 22.08.2023 r. - załącznik nr 2 - o udzielenie wyjaśnień oraz
3)wyjaśnienia Boxmet z dnia 28.08.2023 r. - załącznik nr 3
na okoliczność tego, że kwestie wskazane przez Neomed dotyczące worka samorozprężalnego (pozycja nr 32 Formularza do SWZ oraz koca termicznego (pozycja nr 60), będące podstawą jego zarzutów, były szczegółowo wyjaśniane w korespondencji między Zamawiającym i Boxmet, a oferowane produkty (koc termiczny oraz worek samorozprężalny) spełniają wszystkie wymagania SWZ
4)załącznika nr 6 do SWZ zawierającego szczegółowo rozpisane wymagania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia w tym poszczególnych elementów plecaka ratownika medycznego - załącznik nr 4 - na okoliczność wymagań Zamawiającego do co przedmiotu zamówienia
5)oświadczenia producenta chusty - firmy T ZMO z dnia 27.09.2023 r. (załącznik nr 5) na okoliczność tego, że oferowana przez Boxmet chusta trójkątna (pozycja nr 38formularz do SWZ) jest koloru białego i spełnia wymagania SWZ
6)dwóch oświadczeń producenta nożyczek - firmy Athle Surgico wraz ze zdjęciem nożyczek przyłożonych do linku (załączniki nr 6, 7) - na okoliczność tego, że nożyczki oferowane przez BOXMET mają długość 16 cm i spełniają wymagania SWZ
7)pisma NEOMED do Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2023 r. informującego o rzekomych niezgodnościach oferty BOXMET w zakresie plecaka PRM oraz o rzekomo rażąco niskiej cenie - załącznik nr 8 - na okoliczność tego, że zarzuty Odwołującego będące przedmiotem odwołania w zakresie plecaka PRM oraz rażąco niskiej ceny były już przedmiotem analizy przez Zamawiającego.
8)informacji Zamawiającego o budżecie przeznaczonym na finansowanie zamówienia (załącznik nr 9) - na okoliczność budżetu przeznaczonego na zamówienie i braku rażąco niskiej ceny
9)Fragment Formularza Cenowego NEOMED- załącznik nr 10
Karta katalogowa wenflonów KD-FIX oferowanych przez NEOMED - załącznik nr 11 Odpowiedź firmy KDM dotycząca kaniul (wenflonów) KD-FIX oferowanych przez Neomedz dnia 26 września 2023 r. - załącznik nr 12 na okoliczność niezgodności oferty NEOMED z SWZ w zakresie oferowanych wenflonów i tego, że nie są one wykonywane z poliuteranu.
- Odpowiedź firmy KDM dotycząca kaniul (wenflonów) KD-FIX oferowanych przez Neomed z dnia 26 września 2023 r. - na okoliczność tego, że zaoferowane przez Neomed kaniule (wenflony) nie spełniają wymogu Zamawiającego, SWZ - Załącznik nr 6.3 (Opis Przedmiotu Zamówienia), pozycja 39 pkt 3 - to jest nie są wykonane z wymaganego materiału (poliuretan) i nie spełniają wymagań WET w innych punktach.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
a) art. 16 pkt 1-3 w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z naruszeniem art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji w której oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego;
b) art. 16 pkt 1-3 w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Boxmet Medical jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Boxmet Medical jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Boxmet Medical, tj. zaniechanie czynności wezwania Boxmet Medical do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie pozycji nr 74 - Plecak Ratownika Medycznego PRM, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Boxmet Medical jako najkorzystniejszej, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości;
d) zarzut ewentualny stawiany z ostrożności procesowej, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Przystępującego. Izba przywołuje wskazane w pismach postanowienia SWZ, treść odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji SWZ, załącznika nr 5 (po modyfikacji z 17.07.2023 r.), 6 (Opis Przedmiotu Zamówienia po modyfikacji z 17.07.2023 r.), 6.1 (zadanie nr 1), 6.2 (zadanie nr 2) i 6.3 (zadanie nr 3) do SWZ, formularza cenowego, tj. wypełnionego w ofercie załącznika nr 5 do SWZ po modyfikacjiz 17.07.2023 r. Odwołującego oraz Przystępującego dla wszystkich trzech zadań, treść karty katalogowej Odwołującego oraz kart katalogowych Przystępującego, jak i treść wyjaśnień treści oferty Przystępującego z 28.08.2023 r.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Dotyczy pozycji 50: Kaniula (wenflon) 14 G, nazwa produktu: KD- FIX 14 G, producent: KD Medical, pozycji 51: Kaniula (wenflon) 16 G, nazwa produktu: KD- FIX 16 G, producent: KD Medical oraz pozycja 52: Kaniula (wenflon) 18 G, nazwa produktu: KD- FIX 18 G, producent: KD Medical. W zakresie zadania 1, 2 i 3.

W tym zakresie, mimo, że nie został wyczerpany tryb przewidziany w art. 107 ust. 2 Pzp, a Zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w tym wypadku kart katalogowych (Rozdz. XVII ust. 3 SWZ) Izba zmuszona jest uznać zarzut za niezasadny. Zestawienie bowiem art. 107 ust. 2 Pzp z art. 128 ust. 1 Pzp (dotyczy podmiotowych środków dowodowych) wynika, że przedmiotowe środki dowodowe jeżeli będą zawierały błędy, nie będą podlegały uzupełnienie (tylko gdy wykonawca nie złożył przedmiotowych, jak i złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne). Nie będzie również podlegał uzupełnieniu taki przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe nie będą uzupełniane, jeżeli na skutek merytorycznej ich oceny Zamawiający uzna, że nie potwierdzają iż wykonawca oferuje produkt lub usługę spełniającą oczekiwania Zamawiającego (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 313-314). Podobnie w G. Mazurek: „Uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych" Monitor Zamówień Publicznych, z 01.09.2023 r., Nr 7, str. 24. W konsekwencji wobec bezsprzecznie stwierdzenia, że karta katalogowa dla poz. 50, 51, 52 dla zadania 1, 2 i 3 tj. kaniule są niezgodne w zakresie zaproponowanego materiału, gdyż Zamawiający oczekiwał ich wykonania z poliuretanu, a karta katalogowa wprost wskazywała, że mamy do czynienia z produktem wykonanym z polipropylenu, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu. Jednocześnie, Izba dopuściła dowody Odwołującegoi Przystępującego w zakresie niniejszego zarzutu uznając, jednakże brak możliwości uzupełnienia z uwagi na treść art. 107 ust. 2 Pzp oraz stanowisko doktryny wyrażone we wskazanym komentarzu, jak i artykule.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający częściowemu uwzględnieniu, co do pod. 32 formularza cenowego Przystępującego. W tym zakresie wskazując, że ma to miejsce co do przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego, jak i konieczności wezwania do uzupełnienia Przystępującego w trybie art. 107 ust.2 Pzp, co skutkuje koniecznością unieważnienia wyboru oferty Przystępującego. Natomiast, co do dalszej kwestii to dopiero jeśli takie uzupełnienie nie zostanie skutecznie przeprowadzone może nastąpić ewentualne odrzucenie oferty Przystępującego.

Niezgodność oferty z warunkami zamówienia z powodu braku przewodu tlenowego - pozycja nr 32 formularza cenowego — Worek samorozprężający typu składanego

W tym zakresie, nawiązując do wstępu powyżej Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie mógł poprzez wyjaśnienia z 28.08.2023 uzyskać informacji, co do tego, czy worek samorozprężający typu składanego zawiera przewód tlenowy. Jak sam stwierdził Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z 22.08.2023 r. brak było potwierdzenia informacji w tym zakresie w karcie katalogowym: *(„ (…) brak potwierdzenia informacji w karcie katalogowej dotyczącej:*
a. możliwości zasilania 100% tlenem;

b. wyposażenia worka w zastawkę pacjenta, maskę twarzową nr 5, rezerwuar tlenu, łącznik przewodu tlenowego o długości 9 cm, przewód tlenowy długości min. 2 m
c; czy asortyment jest znakowany znakiem CE
d. czy zaoferowany filtr został przebadany względem skuteczności wobec WZW C, HIV, TBC, C (…)").

W tym wypadku, w odróżnieniu od sytuacji Odwołującego, przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny, stąd nakazane w sentencji wezwanie i uwzględnienie zarzutu w tym zakresie, jak i całego odwołania. Izba nie rozpatrywała innych elementów zawartych w wezwaniu, gdyż nie są one objęte zarzutem. Nadto, w przedmiotowej sytuacji na zastosowanie przypadek „worek wraz z przewodem", a nie „worek + przewód osobno".

Zaoferowanie asortymentu w kolorze innym niż wymagany - pozycja nr 38 formularza cenowego — chusta trójkątna

Odnośnie tej pozycji formularza cenowego, Izba oddaliła zarzut, gdyż zgodnie z załączoną kartą katalogową chusta miała kolor biały, a to na karcie katalogowej miał Zamawiający opierać się w ocenie.

Niezgodność oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. z warunkami zamówienia w zakresie terminu ważności - pozycja nr 47 formularza cenowego nr 5 SWZ — małe opakowanie na zużyte igły

Odnośnie tej pozycji formularza cenowego, Izba oddaliła zarzut, z uwagi na następujące okoliczności. Zmodyfikowany załącznik nr 5 do SWZ dla tej pozycji wymagał tylko min. terminu gwarancji. Jeżeli chodzi o odpowiedź na pytanie nr 17 (z 17.07.2023 r.): *„Prosimy o dopuszczenie opakowań posiadających całkowity okres ważności 36 m-cy, w związku z powyższym w ofercie zaoferowany zostałby pojemnik posiadający min. 28 m-cy pozostałej daty ważności liczonej na dzień 01.09.2023r. tak jak jest to wymagane dla innych produktów z całkowitą datą ważności 36 m-cy. Dodatkowo prosimy Zmawiającego o ponowną weryfikację ilości w tej pozycji, ponieważ w spisie ilościowym produktów wchodzących w skład kompletu PRM podana ilość małych opakowań to 2 sztuki, natomiast w załączniku 6.3 do SWZ L.p. poz. 36 storna 21/27 (igły oraz pojemniki) podana ilość to jedna sztuka. W związku z powyższym prosimy o jednoznaczne określenie wymaganej ilości pojemników czyli czy Zamawiający oczekuje dostarczenia 500 sztuk czy 1000 sztuk.*

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje aktualne wymaganie SWZ w zakresie terminu ważności. Zamawiający wymaga zaoferowania 1 szt. opakowania na zużyte igły do 1 kompletu plecaka. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w tym zakresie."

Stwierdzenie - podtrzymuję aktualne wymagania SWZ w zakresie terminu ważności. Stanowi odwołanie do nazwy całej kolumny. Nadto, tego samego dnia co odpowiedź z 17.07.2023 r. Zamawiający dokonał modyfikacji Zał. nr 5 do SWZ nie dokonując zmiany na termin ważności w tej pozycji. W ocenie Izby, mamy tutaj do czynienia z co najwyżej ze sprzecznością treści załącznika nr 5 do SWZ, w pewnym zakresie z odpowiedzią na pytanie 17. Tym bardziej, że w załączniku nr 6 do SWZ jest mowa o gwarancji min. 24 miesięcy. W tej sytuacji Izba uznała, że zaistniałą sprzeczność należy rozpatrywać na korzyść Wykonawcy, tj. Przystępującego i oddaliła zarzut.

Niezgodność oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. z warunkami zamówienia w zakresie wymiaru koca - pozycja nr 60 formularza cenowego nr 5 SWZ — koc izotermiczny jednorazowy trójwarstwowy

W tym wypadku w karcie katalogowej widniał inny numer katalogowy niż w formularzu cenowym. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego z 28.08.2023 r., które niewątpliwie dotyczą treści oferty w tej pozycji, w zakresie objętym zarzutem, Zamawiający nie wymagał wskazania w formularzu cenowym numeru katalogowego produktu, lecz nazwę produktu. Z karty katalogowej wynika że BPS -01S to numer katalogowy. Izba uznała ostatecznie stanowisko, że zaoferowano koc BPS -01 w wersji Slim o numerze katalogowym BPS -01 S. Dowody Odwołującego złożone w tym zakresie nie zamieniają stanowiska Izby w tym zakresie. Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotowy środek dowodowy tzn. karta katalogowa dotyczy właśnie produktu o numerze katalogowym BPS -01 S w wersji Slim zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z załącznika nr 6.3 pkt 47, którą złożył Przystępujący na potwierdzenie oczekiwań Zamawiającego. Inaczej mówiąc wyjaśnił, że właśnie taki produkt zaoferował. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut.

Niezgodność oferty Boxmet Medical z warunkami zamówienia w zakresie wymiaru nożyczek - pozycja nr 63 formularza cenowego nr 5 SWZ — nożyczki ratownicze

W tym wypadku, Izba oddaliła zarzut, uznając, że Zamawiający mógł zweryfikować sporny wymiar, tak jak wskazywał na rozprawie („(…) dokonał sprawdzenia empirycznego nożyczek, które zakupił w poprzednim postępowaniu. Wskazał, że wraz z tymi nożyczkami znajdował się opis, który wprost stwierdzał, że mamy do czynienia z wymiarem 16 cm. Dodatkowo zmierzył powyższe nożyczki, które potwierdziły ten wymiar. (…)"), zanim rozważyłby procedurę wezwania do uzupełnienia, czy też wyjaśnień. Zweryfikował bowiem z powodzeniem że owe „ok. 16 cm" to de facto 16 cm. Potwierdzają to też dowody złożone w tym zakresie przez Przystępującego do pisma procesowego.

Niezgodność oferty Boxmet Medical z warunkami zamówienia z powodu braku określenia jakie parametry ma zaoferowany produkt pozycja nr 71 i 74 formularza cenowego nr 5 SWZ — Zestaw do ewakuacji i Plecak Ratownika Medycznego.

Odnośnie tej pozycji, Izba oddaliła zarzut. Izba zweryfikowała i potwierdziła dostarczenie przez Przystępującego wszystkich wymaganych dokumentów oczekiwanych przez Zamawiającego i wynikających z dopuszczeń innych

parametrów technicznych zawartych w odpowiedzi na pytania zadane w trakcie procedury, tym bardziej, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a Przystępujący jest producentem plecaków. Złożone dokumenty zawierają wykaz materiałów użytych do wykonania Plecaka Ratownika Medycznego, jak i karty katalogowe zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a kwestia dokonanego zastrzeżenia nie była przedmiotem zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Przystępującego dla poz. 74 formularza cenowego.

Zamawiający wyjaśnił, czemu Izba dała wiarę, że nie miał wątpliwość w zakresie ceny rażąco niskiej w poz. 74, gdyż mimo, że cena ubiegłoroczna była wyższa miało to miejsce z uwagi na wojnę na Ukrainie i generalne przeznaczenie przedmiotowego asortymentu. Wyjaśnił, że aktualnie zwiększyła się produkcja z uwagi na zwiększenie się zapotrzebowania. Podkreślił też, że z uwagi na specyfikę i przeznaczenie nie można powoływać się na inflacje konsumencką, a raczej prawa podaży i popytu w specyficznej branży, w której operuje Zamawiający. Poza tym, na pytanie przewodniczącego, czy nie budziło wątpliwości Zamawiającego niższa cena poz. 74 w tegorocznym postępowaniu niż w poprzednim postępowaniu. Odpowiedział, że nie, gdyż, szacując zamówienie, był świadomy, że cena ta jest aktualnie niższa niż w roku ubiegłym.

Podkreślił też, że zarzut dotyczy jedynie samego plecaka bez wyposażenia. Nadto, wskazywał w odpowiedzi na odwołanie, że nie było to element na tyle istotny pod względem ilościowym lub wartościowym, czego Odwołujący nie kwestionował, aby wszczynać procedurę wyjaśnień ceny rażąco niskiej tej pozycji.

Dodatkowo Przystępujący oświadczył na rozprawie, że cena plecaka jest inna niż w zeszłym roku, gdyż nie są to te same plecaki z uwagi na różne tkaniny i dodatki, które były zastosowane w plecaku w ubiegłym roku w stosunku do tegorocznego.

Nadto, Izba nie uznała argumentacji Odwołującego w zakresie manipulowania stawką podatku VAT przez Przystępującego poprzez przerzucenie pewnych wartości tam gdzie jest wartość podatku VAT 8, a nie 23 %. Odwołujący w żaden sposób to nie uwiarygodnił, przedstawił jedynie niczym nie poparte dywagacje w postaci przeliczeń, które mają charakter spekulacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Pozostały zarzut miał charakter ewentualny i jego rozpoznawanie było uzależnione od skutecznego odrzucenia oferty Przystępującego. Wobec nie wyczerpania procedury wezwania do uzupełnienia co do poz. 32 oferty Przystępującego zarzut ewentualny nie podlegał rozpatrzeniu, gdyż aktualnie są podstawy do wezwania do uzupełnienia oferty Przystępującego, nie do odrzucenia. W odróżnieniu do oferty Odwołującego.

Jednocześnie, Izba uwzględniał odwołanie, gdyż wezwanie do uzupełnienia może mieć wpływ na wynik postępowania, w wypadku, gdyby ewentualne uzupełnienie nie nastąpiło, czyli nie było skuteczne. Dopiero wtedy Zamawiający mógłby unieważnić postępowanie w trybie art. 255 ust. 2 Pzp

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Jednocześnie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionego zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim uwzględniony zarzut Odwołującemu daje szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania i przybliża go do uzyskania zamówienia, choć nie w aktualnym, ale ewentualnym przyszłym postepowaniu, w wypadku unieważnienia obecnego, gdy Przystępujący nie uzupełni skutecznie swojego przedmiotowego środka dowodowego.

Przewodniczący:

……