Sygn. akt KIO 140/23
KIO 144/23

WYROK
z dnia 31 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r. przez:

1.wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o., ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok (sygn. akt KIO 140/23),**
2.wykonawcę **Telemedycyna Polska S.A., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (sygn. akt KIO 144/23),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ośrodek Pomocy Społecznej w Sokółce, ul. Dąbrowskiego 12, 16-100 Sokółka**

przy udziale:

1.wykonawcy **SIDLY Sp. z o.o., ul. Chmielna 2/31, 00-020 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 140/23 i KIO 144/23 po stronie zamawiającego,
2.wykonawcy **MDT Medical Sp. z o.o., ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 144/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołania.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o., ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok (sygn. akt KIO 140/23)**i wykonawcę **Telemedycyna Polska S.A., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (sygn. akt KIO 144/23)** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o., ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok (sygn. akt KIO 140/23)** i kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Telemedycyna Polska S.A., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (sygn. akt KIO 144/23)** tytułem wpisu od odwołań.
2.2.zasądza od wykonawcy **MDT Medical Sp. z o.o., ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok(sygn. akt KIO 140/23)**na rzecz zamawiającego **Ośrodka Pomocy Społecznej w Sokółce, ul. Dąbrowskiego 12, 16-100 Sokółka**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i od wykonawcy **Telemedycyna Polska S.A., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (sygn. akt KIO 144/23)** na rzecz zamawiającego **Ośrodka Pomocy Społecznej w Sokółce, ul. Dąbrowskiego 12, 16-100 Sokółka**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 140/23
KIO 144/23

Uzasadnienie

Ośrodek Pomocy Społecznej w Sokółce, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług teleopieki”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 grudnia 1022 r. pod nr 2022/BZP 00442620/01.

Zamawiający w dniu 9 stycznia 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy SIDLY Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą SIDLY", jako najkorzystniejszej.

KIO 140/23

W dniu 16 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MDT Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „Odwołującym MDT", wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SIDLY oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY, podczas gdy treść oferty nie odpowiada wymogom SWZ,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez pozytywną ocenę i wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący MDT wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 stycznia 2023 r. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SIDLY, zgodnie z postawionymi zarzutami,
4. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący MDT podniósł m.in., że zgodnie z treścią formularza ofertowego każdy z wykonawców zobowiązany był podać informacje identyfikujące oferowaną opaskę bezpieczeństwa: „Deklarujemy dostawę opasek bezpieczeństwa: … (podać markę i model)". Tym samym Zamawiający w sposób ewidentny nie zamierzał poprzestać na ogólnych deklaracjach wykonawców co do spełniania wymogów opisu przedmiotu zamówienia, lecz zażądał podania konkretnego oznaczenia oferowanego modelu w celu identyfikacji oferowanego przedmiotu dostawy oraz jego weryfikacji.

Oferta wykonawcy SIDLY została uzupełniona w następujący sposób: „Deklarujemy dostawę opasek bezpieczeństwa: model Sidly CARE Pro producenta SiDLY Sp. z o.o.". Tym samym wykonawca ten jednoznacznie wskazał, iż oferuje dostawę opaski w postaci modelu Sidly Care Pro własnej produkcji.

W ofercie wykonawcy SIDLY występują liczne niezgodności pomiędzy wymogami postawionymi przez Zamawiającego a specyfikacją techniczną modelu wskazanego w ofercie Sidly. Niezgodności te zostały częściowo potwierdzone w wyjaśnieniach wykonawcy SIDLY z 29 grudnia 2022 r. Wyjaśnienia te ewidentnie zmierzają jedynie do zaciemnienia obrazu sytuacji i wykonawca SIDLY skupia się w nich na oferowaniu Zamawiającemu ogólnych deklaracji oraz utrzymywaniu, że na obecnym etapie zgodność oferowanego przedmiotu dostawy nie powinna być weryfikowana w imię tak rozumianej przez tego wykonawcę zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Treść oferty tego wykonawcy przewiduje realizację zamówienia przy pomocy opasek bezpieczeństwa Sidly CARE Pro. Treść ta jest jednoznaczna i nadaje się do weryfikacji w zakresie zgodności oferty tego wykonawcy z wymogami Zamawiającego. Wykonawca SIDLY wskazał istniejący na rynku model urządzenia. Nie powoływał się przy tym na to, iż model ten zostanie przygotowany w nowej, specjalnej wersji. Tymczasem wymóg jednoznaczności pociąga za sobą konsekwencję w postaci braku możliwości powoływania się na inne rozwiązania, inną konfigurację, czy inne zmiany w oferowanym modelu. Co więcej, brak jednoznacznej identyfikacji przedmiotu oferty stanowi merytoryczny brak w ofercie – brak, który nie podlega uzupełnieniu. Nie ma tu zastosowania instytucja wyjaśnienia treści oferty, gdyż prowadziłoby to de facto do uzupełnienia jej treści o informacje wcześniej w niej nie wskazane. Tym samym nie ma możliwości, by teraz wykonawca SILDY wskazywał na inne rozwiązania, inną konfigurację, czy inne zmiany w oferowanym modelu, tak by nadać mu cechy zgodności z wymogami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Odmienna sytuacja powodowałaby, iż to wykonawca, już po terminie składania ofert miałby dowolność w precyzowaniu treści swojej oferty, tym samym wpływając na jej istotną treść. Taka sytuacja jest niedopuszczalna, a przedmiot oferty musi zostać jednoznacznie określony i możliwy do weryfikacji.

II. Sposób weryfikowania złożonych ofert

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie poprzestał na ogólnych deklaracjach wykonawców o woli zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ". Nie żądał jednak podania danych identyfikujących wszystkie urządzenia wchodzące w skład systemu, ani złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Oznacza to jednak jedynie węższy zakres informacji, którymi Zamawiający dysponuje przy ocenie zgodności oferty z wymogami SWZ.W niniejszym postępowaniu nikt nie zamierza odrzucać oferty wykonawcy SIDLY z powodu braku złożenia dokumentów, lecz niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia - podstawy odrzucenia określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wykonawca SIDLY potwierdził fakt, iż przedmiotowa

instrukcja obsługi urządzenia jest prawdziwa, a jedynie zgłasza wątpliwości co do możliwości uwzględnienia jej treści podczas badania ofert oraz dodatkowo powołuje się na „odmienności" pomiędzy standardowym urządzeniem, a tym co zostało zaoferowane w niniejszym postępowaniu. Oczywiście wymogi opisu przedmiotu zamówienia powinny być badane na etapie realizacji w każdej umowie w sprawie zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak braku możliwości weryfikacji jasno określonej treści oferty z wymogami Zamawiającego na etapie badania ofert, co tak bardzo interesuje wykonawcę SIDLY. Inaczej należałoby z treści ustawy wyrzucić podstawę odrzucenia oferty odnoszącą się do niezgodności jej treści z warunkami zamówienia albo przynajmniej ograniczyć jej stosowanie (za wolą wykonawcy SIDLY) wyłącznie do przypadków, gdy Zamawiający żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wie jaka opaska bezpieczeństwa została zaoferowana, więc w tym zakresie jest w stanie (a w kontekście zasady przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji ma taki obowiązek) zweryfikować zgodność oferty wykonawcy SIDLY z określonymi przez siebie wymogami. Oferta SIDLY nie jest zgodna z wymogami warunków zamówienia, w tym również w zakresie wymogów istotnych dla bezpieczeństwa osób, które mają zostać objęte opieką.

Odnosząc się do niezgodności oferty wykonawcy SIDLY w zakresie wymaganej funkcjonalności zapewnienia alternatywnej formy łączenia się z Centrum Alarmowym Odwołujący MDT podniósł m.in., że zgodnie z wymogami Zamawiającego: „Moduł komunikacyjny musi zapewniać alternatywne formy łączenia się z Centrum Alarmowym poza GSM w rejonach i złym zasięgu telefonii komórkowej. Dopuszczalna jest telefonia analogowa, połączenie IP lub inne alternatywne rozwiązania". Jak wnika z instrukcji użycia opaski SIDLY Care Pro, zaoferowanej przez wykonawcę SIDLY, urządzenie to nie posiada funkcji użytkowania telefonii analogowej, połączenia IP lub jakiegokolwiek alternatywnego rozwiązania na wykonywanie połączeń poza GSM. W instrukcji nie ma żadnej wzmianki odnośnie możliwości użytkowania telefonii analogowej, połączenia IP lub jakiegokolwiek alternatywnego rozwiązania. W wyjaśnieniach z dnia 29 grudnia 2022 r. wykonawca SIDLY wskazuje, że oferowany moduł komunikacyjny (dodatkowe urządzenie) zapewnia możliwość nawiązywania komunikacji poprzez sieć WiFi. Jednak zgodnie z opisem produktu sieć WiFi wykorzystywana jest tylko do dodatkowej lokalizacji i nie zapewnia to możliwości zgłoszenia alarmowego bez aktywnej karty SIM GSM. Z samego lokalnego charakteru sieci WiFi (małego zasięgu sieci) wynika, iż nie może ona zapewnić łączności z centrum teleopieki, a tym samym nie stanowi alternatywnego rozwiązania do telefonii analogowej lub połączenia IP wymaganego w opisie przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do niezgodności oferty wykonawcy SIDLY w zakresie wymogu co najmniej dwóch alternatywnych form uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego Odwołujący MDT podniósł m.in., że w OPZ Zamawiający wskazał: „System musi zapewniać co najmniej dwie alternatywne formy uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego poza alarmami automatycznymi generowanymi przez czujniki oraz co najmniej jeden sposób anulowania alarmu i dodatkowo:

1. osobny mechanizm zgłoszeń w przypadku sytuacji alarmowych i nie alarmowych oraz możliwość komunikacji głosowej z Centrum Alarmowym poza procedurą zgłoszeń Alarmowych.
2. automatyczną identyfikację użytkownika usług teleopiekuńczych".

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy SIDLY o wyjaśnienie, czy oferowany system umożliwia alternatywną formę uruchomienie procedury alarmowej. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wykonawca ten wskazał: „Oferowany przez nas system zapewnia alternatywne formy uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego, poza alarmami automatycznymi generowanymi przez czujniki. Opaska posiada detektor upadku, który uruchamia procedurę alarmową. Ponadto procedura alarmowa będzie uruchomiona w przypadku próby opuszczenia zdefiniowanej uprzednio „strefy alarmowej". Istnieje także możliwość wywołania alarmu przyciskiem SOS. Dodatkowo System pozwala na uruchomienie procedury alarmowej przez podopiecznego poprzez wywołanie – w inny sposób niż poprzez przycisk SOS połączenia z Telecentrum. Automatycznie po połączeniu otwiera się po stronie Telecentrum kartoteka medyczna pacjenta oraz informacja o użytkowniku w ramach procedury
alarmowej. Wreszcie każdy użytkowników otrzymuje także informację o dwóch osobnych numerach: alarmowym i nie-alarmowym (możliwość nawiązania połączenia z użyciem dowolnego środka łączności – telefonia stacjonarna, telefonia komórkowa)". Jednak uruchomienie procedury alarmowej wskutek upadku bądź próby opuszczenia „strefy alarmowej" są alarmami z czujników, a nie uruchamianymi przez podopiecznego. Oferowany przez wykonawcę SIDLY system nie spełnia więc wymogów Zamawiającego, który wprost wskazał, że „system musi zapewniać co najmniej dwie alternatywne formy uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego poza alarmami automatycznymi generowanymi przez czujniki". Wskazana przez wykonawcę możliwość nawiązania połączenia z użyciem dowolnego środka łączności - telefonia stacjonarna, telefonia komórkowa także nie zapewnia spełniania ww. wymogów zamawiającego, są to bowiem możliwości funkcjonujące poza systemem i nie stanowi części ani funkcji oferowanego urządzenia Sidly Care Pro. Zamawiający wskazał natomiast, że to oferowany system musi zapewniać co najmniej dwie alternatywne formy uruchomienia procedury alarmowej. A ponadto załączona instrukcja obsługi nie podaje żadnej z

wymaganych przez zamawiającego opcji, za wyjątkiem identyfikacji użytkownika. Potwierdza to, że przez urządzenie zaoferowane przez wykonawcę SIDLY użytkownik może uruchomić procedurę alarmową tylko w jeden sposób. Jak sam zamawiający wskazał w Opisie Przedmiotu Zamówienia, wezwanie pomocy jest bazową funkcją systemu i dla bezpieczeństwa ta funkcja musi być zdublowana. Jest to więc jedna z kluczowych funkcji wymaganych przez zamawiającego, której wykonawca SIDLY nie spełnia. Nie można więc tu mówić, że oferta wykonawcy SILDY jest zgodna z SWZ w zakresie wymogu co najmniej dwóch alternatywnych form uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego. Odnośnie wymogu „1. osobny mechanizm zgłoszeń w przypadku sytuacji alarmowych i nie alarmowych oraz możliwość komunikacji głosowej z Centrum Alarmowym poza procedurą zgłoszeń Alarmowych" to oferowany przez wykonawcę SILDY system Sidly Care Pro nie posiada żadnego innego sposobu komunikacji głosowej z Centrum Alarmowym. Posiada tylko jedną formę zgłoszeń alarmowych. Urządzenie zaoferowane przez wykonawcę SILDY wymaga użycia telefonu podopiecznego, który, nawet jeśli jest w posiadaniu podopiecznego, nie stanowi części oferowanego przez wykonawcę systemu. Nie można więc tu mówić, że oferta wykonawcy SIDNY jest zgodna z SWZ w zakresie wymogu: „osobny mechanizm zgłoszeń w przypadku sytuacji alarmowych i nie alarmowych oraz możliwość komunikacji głosowej z Centrum Alarmowym poza procedurą zgłoszeń Alarmowych." Wykonawca SILDY nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do podnoszonej kwestii konieczności funkcjonowania co najmniej jednego sposobu anulowania alarmu, co wskazuje na brak wymagalnej funkcjonalności również w tym obszarze.

Odnosząc się do niespełniania przez wykonawcę SIDLY wymogu zapewnienia możliwości rozmowy z opiekunem z odległości co najmniej 5 m bez jakiekolwiek aparatury dodatkowej i niezgodna z wymogami zamawiającego możliwość przerwania połączenia po stronie użytkownika Odwołujący MDT podniósł m.in., że w OPZ Zamawiający wskazał: „system powinien pozwalać na przekazywanie dźwięku i rozmowę.

1. rozmowa z opiekunem musi byś możliwa z odległości co najmniej 5 m bez jakiekolwiek aparatury dodatkowej.
2. system musi dawać możliwość nasłuchu w pomieszczeniu w przypadku sytuacji alarmowej oraz możliwość przerwania połączenia tylko po stronie Centrum Alarmowego."

Zgodnie z instrukcją SIDLY CARE Pro nie dysponuje zestawem głośnomówiącym, pozwalającym na rozmowę; poza rozmową bezpośrednio do opaski, w jakimkolwiek zakresie odległości jako funkcji zestawu głośnomówiącego. Urządzenie nie posiada odpowiednio czułego mikrofonu w opasce. Jest to brak sprzętowy, nie ma możliwości zmiany tego np. poprzez zainstalowanie innego oprogramowania. Możliwa jest jedynie rozmowa bezpośrednio do urządzenia z bliskiej odległości. Jakakolwiek rozmowa prowadzona w inny sposób niż z bliskiej odległości jest w przypadku Sidly Care Pro niewykonalna. Podobnie wygląda kwestia brak możliwości nasłuchu pomieszczenia. Zgodnie z instrukcją obsługi system nie ma możliwości nasłuchu w sytuacji alarmowej. W przypadku braku kontaktu wysyłane są smsy co jest opisane w instrukcji obsługi Sidly Care Pro.

Odnosząc się do niespełniania przez wykonawcę SIDLY wymogu komunikowania się z Centrum Alarmowym aż do momentu uzyskania realnego połączenia głosowego Odwołujący MDT podniósł m.in., że Zamawiający wskazał, że „System musi komunikować się z Centrum Alarmowym aż do momentu uzyskania realnego połączenia głosowego. Automatyczne wybieranie co najmniej 4 numerów alarmowych w ustalonej kolejności aż do uzyskania połączenia oraz do momentu odebrania połączenia przez Centrum Alarmowe. Połączenie nie może być uznane jako zrealizowane w przypadku np. włączeniu się skrzynki lub przed automatycznym rozłączeniem połączenia przez operatora". W wyjaśnieniach wykonawcy SIDLY wskazano, że „system zapewnia komunikowanie się z Centrum Alarmowym aż do momentu uzyskania realnego połączenia głosowego (automatyczne wybieranie co najmniej 4 numerów alarmowych w ustalonej kolejności aż do uzyskania połączenia oraz do momentu odebrania połączenia przez Centrum Alarmowe. Połączenie nie będzie uznane jako zrealizowane w przypadku np. włączenia się skrzynki lub przed automatycznym rozłączeniem połączenia przez operatora). Ponadto stosowana jest funkcjonalność polegająca na tym iż jeśli opaska nie nawiązała połączenia z żadnym z numerów alarmowych, opaska pobiera lokalizację z wykorzystaniem dostępnych technologii: GPS, LBS, WiFi, aGPS". Jednak zaoferowane urządzenie SIDLY CARE Pro nie posiada powyższej opcji – przypadku braku połączenia wysyłane są SMSy co nie gwarantuje minimalnego poziomu bezpieczeństwa. Zgodnie z informacją na stronie 12 instrukcji: „Wywołanie alarmu SOS odbywa się poprzez przytrzymanie przycisku SOS na założonej właściwie na nadgarstek opasce. Rozpoczęcie procedury alarmowej sygnalizuje włączenie czerwonej diody LED oraz wygenerowanie przez urządzenie komunikatu głosowego: „Wysyłanie wiadomości SOS". W pierwszej kolejności opaska wysyła wiadomość SMS na wszystkie numery alarmowe zarejestrowane na platformie o treści „Uwaga – SOS!", następnie dzwoni na numery alarmowe. Po zakończeniu rozmowy, bądź gdy opaska nie dodzwoniła się na żaden z numerów alarmowych, opaska pobiera lokalizację z wykorzystaniem dostępnych technologii: GPS, LBS, WiFi, aGPS w zależności od możliwości technologicznych na wybranym obszarze. Po poprawnym wysłaniu SMS-a uruchamiany jest pomiar tętna. Zakończenie pomiaru tętna podczas procedury SOS sygnalizowane jest niebieską diodą, która oznacza wysyłanie wyników oraz informacji na platformę". Funkcjonalność zaoferowanego przez wykonawcę SIDLY urządzenia dopuszcza więc możliwość nie dodzwonienia się, co jest sprzeczne z wymogami SWZ. Zamawiający

wskazał bowiem, że zgłoszenie alarmowe muszą doprowadzać do realnej komunikacji. Jest to niezbędny element bezpieczeństwa. Taką funkcjonalność w istocie mogłaby zapewnić możliwość konfiguracji kilku numerów alarmowych oraz nadawania kolejności dzwonienia. Sekwencja taka powtarzana do momentu realnego odbioru przez personel Centrum Alarmowego oraz potwierdzenia odbioru przez ten personel, zapewniłaby skuteczne komunikowanie się z Centrum Alarmowym. Jednak wykonawca SIDLY zaoferował model SIDLY CARE Pro, który nie posiada tych funkcji, a nie jego nowszą wersję.

Odnosząc się do zaoferowania przez wykonawcę SIDLY opasek, które wymagają zdejmowania na czas kąpieli Odwołujący MDT podniósł m.in., że jak wskazał Zamawiający opaski do teleopieki nie mogą wymagać zdejmowania na czas kąpieli. Urządzenie zaoferowane przez wykonawcę SIDLY nie spełnia tego wymogu. Zgodnie ze stroną 6 Instrukcji: „Należy zdejmować urządzenie do kąpieli lub pływania w basenie, zanurzania się w wodzie". „Niedopuszczalne jest użytkowanie urządzenia zamoczonego bądź oszronionego".

Strona 18: „Wyrób nie może być:

− Wystawiany na działanie warunków atmosferycznych;

− Wystawiany na działanie wilgoci i substancji płynnych.

Urządzenie SiDLY Care PRO zostało zaprojektowane z myślą o pracy i przechowywaniu w warunkach normalnych w temperaturze otoczenia -5ºC – +45ºC. Jeśli SiDLY Care PRO jest używane lub przechowywane w temperaturze spoza tego zakresu, może ulec uszkodzeniu. Nie należy narażać urządzenia na gwałtowne zmiany temperatury lub wilgotności".

W wyjaśnieniach wykonawca zapewnia, że opaska nie wymaga zdejmowania na czas kąpieli. Jak wskazał: „Zamieszczana przez nas w instrukcjach informacja o zdejmowaniu urządzenia do kąpieli lub pływania ma charakter jedynie zalecenia wynikającego z aspektów bezpieczeństwa. Opaska posiada klasę szczelności IP67 pozwalającą na jej używanie także w czasie kąpieli. Jest to informacja ogólnodostępna." Zamawiający nie wymagał konkretnej szczelności, jak np. wskazanej przez wykonawcę SIDLY szczelności IP67, a funkcjonalności braku wymogu zdejmowania na czas kąpieli, której, zgodnie z instrukcją, oferowana opaska nie posiada. Ponadto, zgodnie z instrukcją: „Nie należy narażać urządzenia na gwałtowne zmiany temperatury lub wilgotności" - co jest nieuniknione podczas kąpieli. Te ograniczenie mogą wynikać z innych uwarunkowań niż przywołany przez wykonawcę poziom szczelności urządzenia. Opaska ma zapewnić bezpieczeństwo podczas kąpieli, a nie być zdejmowana podczas kąpieli z powodów bezpieczeństwa. Zaoferowane opaski powinny być móc zapewnić bezpieczeństwo w czasie kąpieli, gdyż znaczny odsetek wypadków ma miejsce w łazience. Trudno zrozumieć, co ma na myśli wykonawca wskazując, że informacja o konieczności zdejmowania opaski do kąpieli "ma charakter jedynie zalecenia wynikającego z aspektów bezpieczeństwa". Czy na potrzeby przedmiotowego postępowania można zignorować te zalecenia bezpieczeństwa z instrukcji i użytkować opaski również w czasie kąpieli? Wyjaśnienia te są niespójne i niekonsekwentne.

Odnosząc się do zaoferowania przez wykonawcę SIDLY opasek, które nie pozwalają na wykrycie opuszczenia lokalu przez podopiecznego Odwołujący MDT podniósł m.in., że Zamawiający wymagał w postępowaniu: „Opaska do teleopieki pozwalająca na wykrycie opuszczenia lokalu przez podopiecznego". Zaoferowana przez wykonawcę SIDLY opaska SIDLY Care Pro nie wykrywa opuszczenia lokalu – za lokalizację odpowiada moduł GPS, którego dokładność nie pozwala na zidentyfikowanie czy ktoś jest w mieszkaniu, czy np. już wyszedł na klatkę schodową lub jest poza lokalem na innym piętrze tego samego budynku. Tym samym zaoferowane przez wykonawcę SIDLY rozwiązanie nie pozwala na wykrycie opuszczenia lokalu przez podopiecznego, a jedynie pozwala na wykrycie znacznego oddalenia się od lokalu. Nie chroni tym samym użytkownika w stopniu wymaganym przez zamawiającego.

Odnosząc się do zaoferowania przez wykonawcę SIDLY opasek, które nie posiadają możliwości dezaktywacji guzika alarmowego dla wybranej grupy podopiecznych Odwołujący MDT podniósł m.in., że zgodnie z OPZ: „dla osób o szczególnie wysokim stopniu niesamodzielności ze schorzeniami neurodegeneracyjnymi (demencja, choroby otępienne, Alzhaimer), utworzone będą 2 miejsca. System Teleopieki rozbudowany będzie o sensory pozwalające na zdalne wykrycie zdarzenia niebezpiecznego zgodnie z poniższą tabelą". Brak lub możliwość dezaktywacji guzika alarmowego dla tej grupy podopiecznych, gdyż dla osób z istotną demencją nie jest możliwe racjonalne wezwanie pomocy. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia kwestii zapewnienia przez oferowane urządzenia możliwości wyłączenia guzika alarmowego. W wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że system posiada możliwość dezaktywacji czujnika alarmowego dla tej grupy podopiecznych. Wyjaśnienia te dotyczą jednak możliwości dezaktywacji czujnika alarmowego, co nie jest tym samym co wymagana funkcjonalność możliwości wyłączenia guzika alarmowego.

Reasumując Odwołujący MDT podniósł, że oferta złożona przez wykonawcę SIDLY jest w wielu punktach niezgodna z wymogami SWZ i na postawie art. 226 ust. 1 pkt 5 powinna zostać odrzucona. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje.

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2023 r. kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego drogą elektroniczną na adresy e-mail wykonawców.

W dniu 20 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SIDLY zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 25 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 144/23

W dniu 16 stycznia 2023 r. (pismem z dnia 13 stycznia 2023 r.) wykonawca Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „Odwołującym Telemedycyna", wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SIDLY, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na brak spełnienia przez Wykonawcę SIDLY warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu faktycznego badania i oceny oferty wykonawcy SIDLY w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. doświadczenia, o którym mowa w pkt VIII.1 ppkt 4 SWZ,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego,
4. zaniechaniu zbadania oferty wykonawcy MDT MEDICAL Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej „wykonawcą MDT", pod kątem kryterium rażąco niskiej ceny, braku weryfikacji realności ofert wykonawcy MDT w zakresie ceny,
5. zaniechania odrzucenia oferty MDT z uwagi na rażąco niską cenę,

jako zarzut alternatywny w przypadku, gdy w ocenie Izby wykonawca SIDLY spełnia kryteria udziału w postępowaniu,

6. zaniechaniu zbadania oferty wykonawcy SIDLY i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący Telemedycyna zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy SIDLY, jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu,
2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b. ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY jako Wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,
3) art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp poprzez jego pozorne zastosowanie i brak wyjaśnienia okoliczności spełniania przez wykonawcę SIDLY warunków udziału w postepowaniu,
4) art. 224 ustawy Pzp poprzez brak żądania przez Zamawiającego od wykonawców SIDLY i MDT wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,
5) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia ofert wykonawcy SIDLY i MDT zawierających rażąco niską cenę,
6) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający powinien skrupulatnie zbadać treść ofert pod kątem zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności, zweryfikować wykazane przez wykonawcy SIDLY doświadczenie w realizacji podobnych usług w przeszłości, warunkujących udział w postępowaniu oraz realność propozycji wykonawców SIDLY oraz MDT pod kątem ceny, tak by ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, iż nie ma do czynienia z sytuacją, w której treść oferty była sporządzona w oderwaniu od rzeczywistych warunków realizacyjnych, jedynie z myślą o maksymalizacji uzyskanej oceny punktowej.

Odwołujący Telemedycyna wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY jako wykonawcy niespełniającego wymogu udziału w postępowaniu, a w przypadku uznania iż spełnia kryteria udziału w postępowaniu, nakazanie odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. odrzucenia oferty MDT jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

względnie

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika w kwocie 3600 zł, w przypadku udziału pełnomocnika w sprawie.

Odwołujący Telemedycyna wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. zanonimizowanej i utajnionej w odpowiednich miejscach, potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię Umowy ramowej współpracy o świadczenie usług Teleopieki z dnia 01.02.2019 r.

2. zanonimizowanej i utajnionej w odpowiednich miejscach, potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii Zlecenia nr 3/2020 r. w przedmiocie świadczenia usług Teleopieki dla podopiecznych Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie,
3. zestawienia sprzedaży na rzecz SIDLY Sp. z o.o. w przedmiocie świadczenia usług Teleopieki dla podopiecznych Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie,
4. potwierdzenia przelewu SIDLY Sp. z o.o. tytułem przykładowych faktur z zestawienia sprzedaży.

- na okoliczność braku świadczenia usługi teleopieki, na którą powołuje się wykonawca SIDLY w ramach wykazania własnego doświadczenia oraz realizacji usługi opieki przez podwykonawcę Telemedycyna Polska S.A. w sposób wyłączny i samodzielny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Telemedycyna podniósł m.in.:

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący Telemedycyna podniósł m.in., że w dniu 30.12.2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SIDLY, jednakże w związku z pismem Odwołującego Telemedycyna, w zakresie wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę SIDLY kryteriów udziału w postępowaniu w zakresie odpowiedniego doświadczenia, Zamawiający pismem z dnia 04.01.2023 r. poinformował, że w związku z powziętymi informacjami, po raz drugi unieważnił wybór oferty złożonej przez wykonawcę SIDLY i na podstawie art. 128 ustawy Pzp, przeprowadzi procedurę wyjaśnienia spełniania warunków. Pismem z dnia 09.01.2023 r. Zamawiający powiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SIDLY oraz poinformował o podjętych czynnościach w trybie art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnień treści złożonych dokumentów i ustalił, że w złożonym na wezwanie Zamawiającego z dnia 02.12.2022 r. wykazie zrealizowanych usług, pod pozycją 1 wykonawca SIDLY wskazał usługę polegającą na dostawie opasek telemedycznych wraz ze świadczeniem usługi teleopieki na rzecz Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie. Następnie w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego z 04.01.2023 r. wykonawca SIDLY, na pytanie „czy spółka zrealizowała w okresie od 06.08.2020 r. do 31.12.2021 r. usługę teleopieki na rzecz Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie samodzielnie czy w tym celu posługiwała się podwykonawcą" oświadczył, że „w zakresie części świadczeń związanych z usługą Spółka posługiwała się podwykonawcą". Zamawiający oświadczył następnie, że nie znajduje podstaw do zakwestionowania wymaganego doświadczenia wykonawcy SIDLY. Powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 2 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 270/21, podnosząc żeto nie sama w sobie okoliczność występowania w roli wykonawcy z udziałem podwykonawcy lub konsorcjanta decyduje o uznaniu zdobytego doświadczenia, lecz to czy dany podmiot faktycznie i realnie zamówienie realizował. Doświadczenie wykonawcy realizującego zadanie przy pomocy podwykonawcy, należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań. W tym aspekcie za istotne należy uznać uczestnictwo i nadzór w zakresie realizowanych prac, a także kierowanie pracami, co bezpośrednio przekłada się na ustalenie tego, czy dany wykonawca miał istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego zadania, w tym także w wykonanie określonej części prac zleconych podwykonawcy. Wykonawca nie może polegać na doświadczeniu podwykonawcy, przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Doświadczenia nie nabywa się przez sam fakt bycia formalnie stroną umowy. Doświadczenie uzyskuje się przez konkretne czynności realizowane w ramach danej umowy. W niniejszej sprawie Odwołujący Telemedycyna złożył pismo, gdzie wskazał, że był realizatorem usługi teleopieki SOS w całości w ramach wskazanej przez wykonawcę SIDLY jako własnego doświadczenia usługi, realizowanej dla Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie. Telemedycyna Polska S.A. i SIDLY Sp. z o.o. zawarły dnia 01.02.1019 r. ramową umowę współpracy w zakresie świadczenia przez Telemedycynę Polską S.A. usług teleopieki przez ratowników medycznych zatrudnionych w Centrum Telemedycznego Telemedycyny Polskiej S.A., na rzecz podopiecznych w projektach pozyskanych przez SIDLY Sp. z o.o., która realizowała dostawę opasek. W ramach przedmiotowej umowy ramowej spółki realizowały wiele zamówień, w tym m.in. zamówienie nr 3/2020 roku z dnia 17.08.2020 r., którego przedmiotem było świadczenie usługi teleopieki SOS dla 80 podopiecznych z terenu miasta i gminy Kępno w okresie 09.2020 r. do 31.12.2021 r., kolejno aneksowane poprzez przedłużenie projektu do dnia 31.03.2022 r. Do powyższego pisma Odwołujący Telemedycyna dołączył stosowne dokumenty, w tym ramową umowę współpracy, z zakresu której wynikało, iż usługę teleopieki poprzez centrum teleopieki wykonywała w całości, samodzielnie i wyłącznie Telemedycyna Polska w ramach prowadzonego podmiotu leczniczego i zatrudnionych w tym podmiocie ratowników medycznych. Odwołujący Telemedycyna poinformował także Zamawiającego, iż posiada informację, iż wykonawca SIDLY dopiero od dnia 01.12.2021 r. realizuje samodzielnie, bez udziału podwykonawców usługi teleopieki SOS w ramach własnego Centrum Teleopieki, co m.in. poświadcza wskazany okres zatrudnienia ratowników medycznych w SIDLY SP. z o.o. Posiada także informację, iż druga z wskazanych usług również realizowana była przez podwykonawcę, a nie przez SiDLY SP. z o.o. Pomimo takich informacji oraz dokumentów, Zamawiający jedynie ograniczył się do ustalenia czy wykonawca SIDLY realizował przedmiotowe usługi

przy pomocy podwykonawcy, co nie jest wystarczające.

Zamawiający nie wyjaśnił okoliczności realizacji usług, na które powołuje się wykonawca SIDLY, w tym jego roli w świadczeniu usług teleopieki, lecz niejako z automatu przyjął, iż skoro wykonawca realizował dane zadania w stosunku wykonawca-podwykonawca, a nie jako członek konsorcjum to spełnia kryterium doświadczenia. Taki automatyzm sprowadza tymczasem wymóg doświadczenia do czysto formalnych przesłanek i sprzeczny jest z celem, dla którego Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uprawniony jest do wymogu stawiania kryterium doświadczenia. Doświadczenie jest jednym z elementów gwarantujących prawidłową realizację zamówienia, a więc musi być realne. Zamawiający zaś ma prawo ale i obowiązek żądać od przyszłego realizatora zamówienia (czy to wykonawcy, czy podmiotu trzeciego realizującego w charakterze np. podwykonawcy ten zakres zamówienia do realizacji, którego się zobowiązał) odpowiedniego poziomu doświadczenia i w razie wątpliwości powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości.

Oferty wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu podlegają odrzuceniu. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest elementem badania i oceny ofert. Przepis art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której wykonawca: 1. nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu; 4. wymagają wyjaśnienia ich treści. Zamawiający pomimo przedłożonych przez Telemedycynę Polską S.A. dokumentów faktycznie nie dążył do wyjaśnienia wątpliwości i tym samym skorzystanie przez niego z art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp miało charakter pozorny, w konsekwencji powyższego postępowanie prowadzone było w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący Telemedycyna podniósł m.in., że Rażąco niska cena zaoferowana przez wykonawców MDT i SIDLY i ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Przedmiotowe zamówienie jest bardzo złożone, gdyż dotyczy szczególnie trudnej grupy docelowej, obejmuje swoim zakresem udzielanie świadczeń zdrowotnych przez lekarzy w trybie 24h każdego dnia oraz dodatkowo obejmuje wyposażenie Zamawiającego w niezbędne urządzenia, w tym wyroby medyczne i system oraz komunikację GSM. Tak złożone zamówienie wymaga ostrożnego szacowania i uwzględnienia szeregu kosztów bezpośrednich, jaki i kosztów pośrednich.

Istotna część składowa zaoferowanych przez wykonawców cen, a to stawka za monitorowanie parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem za 1 osobę przez 1 miesiąc oszacowana przez MDT na poziomie 31,90 zł/osobę na miesiąc oraz wykonawcę SIDLY na poziomie 31,99 zł/osobę na miesiąc wydaje się oczywiście nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych wykonawców. Biorąc bowiem pod uwagę średnią cenę wynagrodzenia lekarzy na poziomie 100 zł/h, ostrożnego założenia, że każda z tych 100 osób objętych telemonitoringiem będzie wymaga miesięcznie przynajmniej jednej 15-30 minutowej telekonsultacji lekarskiej i omówienie wykonanych pomiarów walizką telemedyczną, należy przy tym założyć, że wykonawca poniesie co najmniej koszt takiej telekonsultacji na poziomie 25-50 zł kosztów pracy lekarza, koszt amortyzacji walizki telemedycznej na poziomie 15 zł (uwzględniając przeglądy medyczne, koszty napraw, ubezpieczenia), koszt karty SIM w module komunikacyjnym walizki telemedycznej wynoszący około 5 zł, koszt systemu telemedycznego wynoszącego miesięcznie około 5 zł miesięcznie za transmisję danych z walizki telemedycznej. Łącznie należałoby szacować koszt miesięcznej usługi monitorowania pacjenta z wyposażeniem na poziomie 45 – 70 zł. Wykonawca MDT na swojej stronie internetowej oferuje abonament telemedyczny (bez urządzeń) za kwotę 69 zł, samą telekonsultację medyczną za kwotę 150 zł – 300 zł i wystawienie e-recepty również za kwotę 150 zł – 300 zł. Stawki te nie odbiegają znacząco od ofert innych firm telemedycznych. Usługa teleopieki jest usługą zdecydowanie mniej absorbującą zespół lekarski, aniżeli telemonitoring parametrów życiowych z walizek telemedycznych wraz z telekonsultacją i wystawieniem e-recepty, a tymczasem w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Medical oszacował stawkę netto za teleopiekę za 1 osobę przez 1 miesiąc na poziomie 154,00 zł/osobę na miesiąc a wykonawca SiDLY na poziomie 184,06 zł/osobę na miesiąc, a za monitorowanie parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem za 1 osobę przez 1 miesiąc oszacowana przez wykonawcę MDT na poziomie 31,90 zł/osobę na miesiąc oraz wykonawcę SIDLY na poziomie 31,99 zł/osobę na miesiąc. W zaoferowanej stawce za monitorowanie parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem za 1 osobę przez 1 miesiąc niemożliwe jest zrealizowanie zamówienia powyżej kosztów wytworzenia usługi, jak również, że zaoferowane ceny odbiegają od cen rynkowo przyjętych. Ceny zawarte w ofercie, są nierealistyczne, niewiarygodne w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert.

Cena wykonawcy MDT oraz wykonawcy SIDLY budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz przepisami prawa dotyczącymi minimalnej stawki godzinowej określonej w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. 2022

poz. 1952) oraz Ustawie z dnia 26 maja 2022 r. o zmianie ustawy o sposobie ustalania najniższego wynagrodzenia zasadniczego niektórych pracowników zatrudnionych w podmiotach leczniczych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2022 poz. 1352), nie uwzględniają podwyżki wynagrodzeń personelu zatrudnionego w podmiocie leczniczym w 2023 r., nie uwzględniają kosztów zorganizowania centrum teleopieki zgodnego z zamówieniem tj. wraz z dyżurem 24h lekarzy, ryzyka niedoboru personelu medycznego lekarskiego, ryzyka zmian cen usług i towarów na rynku. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że wykonawca SiDLY dotychczas nie realizował podobnych zamówień, a to z wykorzystaniem centralek domowych, walizek telemedycznych oraz z udziałem lekarzy, powinna więc uwzględnić koszty zorganizowania centrum telemedycznego o takich kompetencjach i przeprowadzenia rekrutacji lekarzy, koszt dostosowania obecnie posiadanego systemu teleopieki i urządzeń do wymagań postępowania. Wykonawca SIDLY nie jest zatem w stanie w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia polegać na swoim doświadczeniu, wieloletniej współpracy z dostawcami wyrobów medycznych, co mogłoby przyczynić się do wynegocjowania niższych cen zakupowych, synergii kosztowych z innymi zamówieniami. Wykonawca MDT realizował co najmniej dwa znane Odwołującemu Telemedycyna zamówienia o podobnej specyfice, w których podał wyższe ceny ofertowe. I tak, w postępowaniu nr 6/ZP/2019 realizowanym przez Ośrodek Pomocy Społecznej w Sokółce pn. „Zakup usług teleopieki oraz usługi monitorowania parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem w ramach projektu „Wsparcie opieki nad osobami niesamodzielnymi poprzez wykorzystanie nowoczesnych technologii w formie teleopieki na terenie Gminy Sokółka" współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014 – 2020". Zapytanie dotyczyło teleopieki dla 90 osób przez okres 35 miesięcy (centralka wraz z opaską) wraz z nielimitowanymi telekonsultacjami lekarskimi 24/h, e-recepty, a dodatkowo wyposażenie w 5 walizek telemedycznych. Wykonawca MDT złożył ofertę na 774.725,00 zł brutto, co daje 245,94 zł/miesiąc/osobę. Zamówienie to wyceniane było w 2019 roku przy zdecydowanie korzystniejszych warunkach gospodarczych, zarówno w kontekście dostępu i cen wyrobów medycznych, urządzeń teleopieki jak i kadry medycznej. Obecnie szacowane ceny powinny uwzględniać wskaźniki inflacji od 2019 roku, czyli wahać się w granicach co najmniej 305,75 zł//miesiąc/osobę. Kolejne znane Odwołującemu Telemedycyna zapytanie z dnia 16-08-2022 r. pn. „Zapytanie ofertowe na zakup i dostawę Systemu Teleopieki oraz usługę Teleopieki dla 50 uczestników projektu pn.: „GMINA PIASKI DLA SENIORÓW" NR 2022-6500-122447" dotyczyło teleopieki dla 50 osó przez okres 12 miesięcy (centralka wraz z opaską) wraz z nielimitowanymi telekonsultacjami lekarskimi 24/h, e-recepty. Wykonawca MDT złożył ofertę na 164.500,00 zł brutto, co daje 274,16 zł/miesiąc/osobę. Przedmiotowe zamówienie nie zawierało walizek telemedycznych ani monitorowania pacjentów przez lekarzy ani też systemu teleopieki nad osobami o szczególnie wysokim stopniu niesamodzielności.

Niniejsze zamówienie charakteryzuje się dużo większą złożonością, a mimo to wykonawca Medical złożyło ofertę na kwotę łączną 277.560,00 zł, a wyłączając wycenę tytułem ubezpieczenia i teleopiekę za 2 osoby ze schorzeniami neurodegeneracyjnymi (których nie było w ww. dwóch zamówieniach), da łączną kwotę w wysokości 219.384,00 zł. Kwota taka w przeliczeniu na liczbę 100 osób objętych przedmiotowym zamówieniem i szacowanym na dzień składania oferty 12 miesięcznym okresem realizacji zamówienia, daje 182,82 zł/ miesiąc/osobę. Zaoferowana cena za całe zamówienie jest o 91,34 zł/miesiąc/osobę niższa, aniżeli cena zaoferowana kilka miesięcy wcześniej na zdecydowanie mniej wymagającym zamówieniu oraz o 63,12 zł/miesiąc/osobę niższa, aniżeli cena zaoferowana w 2019 roku, a przy uwzględnieniu wskaźników wzrostu cen o 122,93zł/miesiąc/osobę. W efekcie zaoferowana w przedmiotowym zamówieniu cena jest zaniżona w stosunku do cen rynkowych o co najmniej 109.608 zł – 147.516 zł.

Odwołujący Telemedycyna dla porównania oszacował łączną cenę za teleopiekę oraz za monitorowanie parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem za 1 osobę przez 1 miesiąc na poziomie 343,60 zł, mimo, że prowadzi od 17 lat telemedyczny podmiot leczniczy zorganizowanym na 24h dyżurze lekarzy i ratowników medycznych, i na co dzień obsługuje kilka tysięcy pacjentów monitorując ich parametry życiowe.

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2023 r. kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego drogą elektroniczną na adresy e-mail wykonawców.

W dniu 20 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MDT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu

W dniu 20 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SIDLY zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 25 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co

następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego MDT i Odwołującego Telemedycyna w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy SIDLY do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 140/23 i KIO 144/23 po stronie Zamawiającego orazwykonawcy MDT do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 144/23 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępujących (wykonawcy SIDLY i wykonawcy MDT) wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępujących (wykonawcy SIDLY i wykonawcy MDT) do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Odwołującego MDT i załączony do odwołania dowód, tj.: instrukcję użycia opaski SIDLY Care Pro, pobraną ze strony .

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego Telemedycyna i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. pismo Odwołującego się Telemedycyna Polska S.A. z dnia 02.01.2022 r.,
2. kopię Umowy ramowej współpracy o świadczenie usług Teleopieki z dnia 01.02.2019 r.,
3. kopię Zlecenia nr 3/2020 r. w przedmiocie świadczenia usług Teleopieki dla podopiecznych Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie,
4. zestawienie sprzedaży na rzecz SIDLY Sp. z o.o. w przedmiocie świadczenia usług Teleopieki dla podopiecznych Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie,
5. potwierdzenie przelewu SIDLY Sp. z o.o. tytułem przykładowych faktur z zestawienia sprzedaży,
6. rozstrzygnięcie zapytania ofertowego nr 2022-6500-122447 – gmina Piaski,
7. treść zapytania ofertowego nr 2022-6500-122447 – gmina Piaski,
8. rozstrzygnięcie zapytania ofertowego nr 2022-6500-122447 – OPS Sokółka,
9. treść zamówienia nr 6/ZP/2019 –OPS Sokółka.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego MDT i złożone na rozprawie dowody, tj.: wprowadzenie wyrobów medycznych do obrotu i do używania - wyciąg pobrany ze strony oraz plik dokumentów dotyczących działania smartwatcha TOUCH oraz NEMO2, tj. artykuły„Dokładność lokalizacji dziecka przez smartwatche – od czego zależy”, „problemy pozycjonowania satelitarnego w aglomeracjach miejskich”.

Izba nie dopuściła natomiast zawnioskowanych przez Odwołującego MDT i złożonych na rozprawie dowodów, tj.: plików dokumentów w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Strona lub uczestnik postępowania odwoławczego, który się na takie dokumenty powołuje ma bowiem obowiązek załączyć ich tłumaczenie na język polski. Skro Odwołujący MDT takiego tłumaczenia nie dołączył nie mogą być one wzięte pod uwagę z uwagi na to, że zostały złożone w sposób nieprawidłowy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez wykonawcę SIDLY i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. kartę katalogową MDT GPS Tracker watch,
2. sprawozdanie z badań dotyczące testu wodoodporności IP67 z tłumaczeniem.

Izba nie dopuściła zawnioskowanego przez Odwołującego Telemedycyna i złożonego na rozprawie dowodu w postaci oświadczenia B.K. z dnia 25 stycznia 2023 r. popisanego podpisem zaufanym, gdyż podpis zaufany nie zastępuje podpisu własnoręcznego lub kwalifikowanego podpisu elektronicznego w ogóle, a tym samym nie zapewnia zachowania formy pisemnej.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 140/23

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY, podczas gdy treść oferty nie odpowiada wymogom SWZ (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi teleopieki na terenie gminy Sokółka, dla 100 osób, opartej na ocenie stopnia niesamodzielności i dopasowania do stopnia

niesamodzielności oraz wyposażenie podopiecznych w opaski bezpieczeństwa", którego szczegółowy opis zawarty jest w Załączniku nr 1 do SWZ.

Zamawiający w rozdziale XVII SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty", pkt 3 podał, że do oferty należy dołączyć „Formularz ofertowy, sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym".

W „Formularzu ofertowym", stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał podania marki i modelu oferowanej opaski bezpieczeństwa.

Wykonawca SIDLY w treści „Formularza ofertowego" podał „Deklarujemy dostawę opasek bezpieczeństwa: model Sidly CARE Pro producenta SiDLY Sp. z o.o. (podać markę i model). Jednocześnie w tabeli dotyczącej posiadania przez zaoferowany produkt funkcjonalności wymienionych a tabeli zawartej w tym formularzu, tj.:

- System teleopieki musi być bezobsługowy dla podopiecznego, czyli: nie wymagać jakiejkolwiek konfiguracji, passwordów czy integracji po stronie podopiecznego tak przy pierwszym uruchomieniu jak i po wyłączeniu i powtórnym włączeniu. Zamawiający dopuszcza konieczność ładowania indukcyjnego lub magnetycznego baterii zasilających urządzenia.
- Moduł komunikacyjny musi zapewniać alternatywne formy łączenia się z Centrum Alarmowym poza GSM w rejonach i złym zasięgu telefonii komórkowej. Dopuszczalna jest telefonia analogowa, połączenie IP lub inne alternatywne rozwiązania.
- System musi zapewniać co najmniej dwie alternatywne formy uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego poza alarmami automatycznymi generowanymi przez czujniki oraz co najmniej jeden sposób anulowania alarmu i dodatkowo:
  1. osobny mechanizm zgłoszeń w przypadku sytuacji alarmowych i nie alarmowych oraz możliwość komunikacji głosowej z Centrum Alarmowym poza procedurą zgłoszeń Alarmowych.
  2. automatyczną identyfikację użytkownika usług teleopiekuńczych
- System powinien pozwalać na przekazywanie dźwięku i rozmowę.
  1. rozmowa z opiekunem musi byś możliwa z odległości co najmniej 5 m bez jakiekolwiek aparatura dodatkowej.
  2. system musi dawać możliwość nasłuchu w pomieszczeniu w przypadku sytuacji alarmowej oraz możliwość przerwania połączenia tylko po stronie Centrum Alarmowego.
- System musi komunikować się z Centrum Alarmowym aż do momentu uzyskania realnego połączenia głosowego. Automatyczne wybieranie co najmniej 4 numerów alarmowych w ustalonej kolejności aż do uzyskania połączenia oraz do momentu odebrania połączenia przez Centrum Alarmowe. Połączenie nie może być uznane jako zrealizowane w przypadku np. włączeniu się skrzynki lub przed automatycznym rozłączeniem połączenia przez operatora.
- System musi posiadać automatyczna weryfikację stanu technicznego urządzenia i połączenia.
- Opaska do teleopieki muszą być dostępne w wersji z czujnikiem upadku i bez czujnika upadku.
- Opaska do teleopieki nie mogą wymagać zdejmowania na czas kąpieli.
- Guzik alarmowy na opasce powinien być jednoznacznie wyczuwalny tak w ciemności, jak przez osoby niewidome (średnica przycisku min. 12 mm).

Wykonawca SIDLY w odniesieniu do wyspecyfikowanych funkcjonalności zaznaczył „TAK", zapewniając że oferowany produkt te funkcjonalności posiada.

Zamawiający, pismem z dnia 19 grudnia 2022 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy SIDLY jako najkorzystniejszej.

Wykonawca MDT, pismem z dnia 22 grudnia 2022 r., skierował do Zamawiającego pismo, w którym podniósł, m.in., że wybierając ofertę wykonawcy SIDLY wybrał ofertę niezgodną z wymogami SWZ. Niespełnianie wymogów stawianych przez Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem takiej oferty jako niezgodnej z SWZ. Zgodnie z prawem zamówień publicznych, obowiązkiem, a nie możliwością zamawiającego jest odrzucenie oferty nie spełniającej wymagań SWZ. Wskazane w piśmie parametry, a w szczególności te zawarte w formularzu ofertowym, co do których wykonawca SIDLY zadeklarował nieprawdę powinny zostać zweryfikowane przez zamawiającego nie tylko w trakcie analizy oferty, ale też podczas przekazania opisanego sprzętu.

Zamawiający, pismem z dnia 27 grudnia 2023 r., unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy SIDLY jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 27 grudnia 2023 r., wezwał wykonawcę SIDLY do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj. podanie czy zaoferowany produkt Sidly Care Pro spełnia wskazane w OPZ wymagania Zamawiającego i czy wskazane w piśmie funkcjonalności spełnia oferowany

system Teleopieki.

Zamawiający, pismem z dnia 4 stycznia 2023 r., wezwał wykonawcę SIDLY do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczących wątpliwości podniesionych w piśmie od MDT Sp. z o.o. w dniu 04.01.2023 r. w punktach od I do IX.

Wykonawca SIDLY, pismem z dnia 9 stycznia 2023 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2023 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty wskazał m.in., że kwestionuje zasadność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i wezwania do złożenia wyjaśnień, wskazując że to nie wątpliwości konkurencyjnego wykonawcy mogą być podstawą do składania wyjaśnień, a wątpliwości Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający poza podaniem w SWZ wymogu wskazania marki i modelu oferowanej opaski bezpieczeństwa i zadeklarowania spełnienia wyspecyfikowanych w tabeli funkcjonalności nie sformułował nigdzie obowiązku złożenia jakichkolwiek dokumentów okoliczność tę potwierdzających. W takiej sytuacji a więc wtedy, gdy Zamawiający nie wymagał złożenia takich dokumentów ustalenie przez innego wykonawcę przedmiotu kwestionowanej oferty będzie zawsze narażone na ryzyko niewłaściwej identyfikacji przedmiotu oferty.

Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia, w tym stanie faktycznym produktu (opaski bezpieczeństwa) posiadającej wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności. Świadczenie wykonawcy ma bowiem odpowiadać opisanym w SWZ potrzebom Zamawiającego. Zatem to oświadczenie, podlega ocenie przez pryzmat zgodności z SWZ. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań Zamawiającego wyartykułowanym w SWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności i nie może opierać się na przypuszczeniach, domysłach, czy też szczątkowych informacjach internetowych, mających charakter uniwersalny i odnoszących się do standardowego produktu, niekoniecznie uwzględniającego dokonane na potrzeby danego postępowania modyfikacje czy indywidualne konfiguracje produktu, który być może odpowiada temu, który zostanie następnie dostarczony.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dla stwierdzenia zgodności oferty
z warunkami zamówienia wymagał oświadczenia wykonawcy, w którym wykonawca potwierdzi, że dostarczony na etapie wykonania umowy przedmiot będzie posiadał określone funkcjonalności. Skutkiem tego jest potwierdzenie przedmiotu i zakresu oferty zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, co znalazło odzwierciedlenie w treści zaciągniętego przez wykonawcę SILDY zobowiązania do świadczenia zgodnego ze złożonym w ofercie oświadczeniem woli – ale także rozeznania wykonawcy co do złożonego oświadczenia oraz jego skutków. Nie budzi więc wątpliwości, że wykonawca SIDLY ze wszystkimi konsekwencjami, jakie wiążą się ze złożeniem oświadczenia woli, przyjął na siebie zobowiązanie do dostarczenia Zamawiającemu produktu i rozwiązania spełniającego stawiane w SWZ, a kwestionowane przez Odwołującego Telemedycyna, co do ich spełnienia wymagania.

Tym samym, zakwestionowana w odwołaniu oferta wykonawcy SIDLY rozumiana jako zobowiązanie się do dostarczenia produktu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego
w pełni odpowiada treści SWZ - oświadczenie wykonawcy odpowiada na postawione przez Zamawiającego wymagania i potwierdza je. Także złożone w ramach procedury wyjaśnienia treści oferty potwierdzają ich spełnienie.

Okoliczność, że wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność nie wynika z dostępnej internetowo instrukcji obsługi danego produktu nie oznacza, że produkt ten takiej funkcjonalności nie posiada. Instrukcja obsługi jest to bowiem opis postępowania w danej sytuacji lub podczas obsługi danego urządzenia. Nie musi przy tym opisywać wszystkich właściwości oferowanego produktu. Może mieć miejsce bowiem sytuacja, w której wprowadzone zostaną pewne modyfikacje i zaoferowany zostanie sprzęt dostosowany w stosunku do standardowych urządzeń, niejako „szyty na miarę". To rzeczą wykonawcy oraz producenta jest takie lub inne oznaczanie produktu oraz nadanie mu określonych znaków symbolizujących markę i model a także odstępstwa od standardowego przedmiotu, jak np. rezygnacja z określonych funkcjonalności i parametrów na rzecz innych.

Zamawiający oczekiwał zaoferowania rozwiązania spełniającego szereg wskazanych w OPZ funkcjonalności. Natomiast wykonawca zapewnić miał jedynie dopasowanie produktu i rozwiązania do stopnia niesamodzielności podopiecznego a więc dostarczyć rozwiązanie pozwalające na adaptację usługi do możliwości podopiecznego, jego stopniu niesamodzielności i ograniczeń i ryzyk lokalowych. Elementem niezbędnym ma być udostępnienie narzędzia cyfrowego oraz przeprowadzenie ankiety papierowej, która pozwoli wykonawcy na wybór najbardziej odpowiedniego systemu Teleopieki oraz wyposażenia podopiecznego w dodatkowe czujniki. OPZ obejmuje więc wymagania dotyczące nie tylko zaoferowanej i zidentyfikowanej za pomocą marki i modelu opaski bezpieczeństwa, ale i całego systemu

(rozwiązania) będącego przedmiotem tej usługi.

Odwołujący MDT, kwestionując treść oferty wykonawcy SILDY, odwołuje się do postawionych przez Zamawiającego wymagań dotyczących zaoferowanego systemu, modułu i opaski, mimo że wykonawcy zobowiązani byli podać wyłącznie markę i model zaoferowanej opaski bezpieczeństwa. Tymczasem na przedmiot zamówienia składa się – jak słusznie wskazał Zamawiający i wykonawca SILDY - szereg urządzeń oraz funkcjonalności pozwalających na zrealizowanie celów udzielanego zamówienia. Tak więc funkcjonalności, na brak których wskazuje Odwołujący MDT, dotyczą systemu, opaski i modułu komunikacyjnego. Te funkcjonalności rozwiązanie zaoferowane przez wykonawcę SIDLY ma posiadać. Niemniej jednak na tym etapie postępowania znana jest wyłącznie marka i model opaski. Nie jest natomiast wiadomo w jaki sposób określone wymagania dotyczące wyspecyfikowanych w SWZ funkcjonalności zostaną wprowadzone. Rozwiązanie jest bowiem „szyte na miarę". Zamawiający nie wymagał podania na tym etapie żadnych danych dotyczących modułu komunikacyjnego i oferowanego systemu. Nie można więc jednoznacznie stwierdzić, że w tym zakresie oferta wykonawcy SILDY jest niezgodna z treścią SWZ i niejako „zgadywać" co wykonawca ten zaoferował. Nie można oceniać czegoś co nie jest wskazane i wskazanie czego na tym etapie nie było wymagane.

Tak więc zarzut Odwołującego MDT dotyczący zapewnienia alternatywnej formy łączenia (pkt III odwołania) dotyczy w istocie modułu a więc tego elementu zaoferowanego rozwiązania, którego opisania SWZ w żaden sposób nie wymagano. Odnoszenie modelu do opaski w sytuacji gdy wprowadzenie określonego rozwiązania poprzedzone ma być ankietą, która dopiero pozwoli na ocenę dopasowania danego rozwiązania do stopnia niesamodzielności ruchowej podopiecznego, stopnia niesamodzielności poznawczej, trybu życia, ryzyka upadku, chorób współistniejących, mieszkania i ryzyk lokalowych jest nieuprawione.

Z kolei niezgodności z punktów IV, V i VI dotyczą odpowiednio wymogu dwóch alternatywnych form uruchomienia procedury alarmowej przez podopiecznego, możliwości rozmowy z opiekunem z odległości co najmniej 5 m (…) oraz komunikowania się z Centrum Alarmowym aż do momentu uzyskania realnego połączenia głosowego, i jak wprost wynika z pozycji tabeli, do których odwołał się Odwołujący MDT, dotyczą systemu a więc funkcjonalności, które mają być zapewnione a na tym etapie postępowania nie podlegały weryfikacji. Wykonawca SIDLY wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym zakresie ponownie oświadczył, że zaoferowane przez niego rozwiązanie spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał także, wskazując na niezgodności określone w punktach VII, VIII i IX odwołania, że produkt zaoferowany przez wykonawcę SIDLY, tj. Sidly CARE Pro jest niezgodny z warunkami zamówienia.

Niezgodność polegająca na konieczności zdejmowania opaski na czas kąpieli (pkt VII)nie ma miejsca. Wykonawca SIDLY wykazał bowiem, składając sprawozdanie z badań dotyczących testu wodoodporności IP67 z tłumaczeniem, że przeprowadził test wodoodporności produktu i z niego wynika, że nie istnieją przeciwwskazania do użytkowania produktu także w czasie kąpieli. Brak tej informacji w instrukcji obsługi – jak wykazał wykonawca SIDLY – nie oznacza, że produkt ten funkcjonalności tej nie posiada. Instrukcja nie musi bowiem opisywać wszystkich właściwości oferowanego produktu.

Niezgodność polegająca na braku możliwości wykrycia opuszczenia lokalu przez podopiecznego (pkt VIII) także nie występuje. Zaoferowany produkt posiada bowiem trzy technologie do określenia lokalizacji i jedną z nich wykonawca zastosuje. Taki system posiada w standardzie. Nie oznacza to jednak, że nie wprowadzi innego rozwiązania niż standardowe jeżeli w odniesieniu do danego pacjenta system ten się nie sprawdzi.

Niezgodność polegająca na braku możliwości dezaktywacji guzika alarmowego dla wybranej grupy podopiecznych (punkt IX) także nie występuje. Dezaktywacja – jak wskazał wykonawca SIDLY – to nie tylko „pozbawienie albo osłabienie aktywności czegoś, a także wyłączenie jakiejś usługi". Wyłączenie to synonim słowa dezaktywacja. Guzik alarmowy – jak wskazał dalej ten wykonawca – zostanie faktycznie dezaktywowany. Będzie więc nieaktywny (nie będzie możliwe uruchomienie alarmu ze względu na dezaktywację czujnika). Tym samym stwierdzić należy, że zaoferowany produkt posiada wymaganą funkcjonalność.

Reasumując stwierdzić należy, że dla uznania oferty za niezgodną z SWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany produkt nie odpowiada treści SWZ a czego w tym stanie faktycznym Odwołujący MDT nie uczynił. Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Tym samym zarzut naruszenia **art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SIDLY, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez pozytywną ocenę i wybór oferty podlegającej odrzuceniu (zarzut 2 odwołania),** wobec niepotwierdzenia się zarzutu 1 odwołania, nie potwierdził się.

KIO 144/23

Zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy SIDLY jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu (zarzut 2 odwołania)

2.art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp poprzez jego pozorne zastosowanie i brak wyjaśnienia okoliczności spełniania przez wykonawcę SIDLY warunków udziału w postepowaniu (zarzut 3 odwołania)

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale VIII SWZ „Warunki udziału w postępowaniu", wskazał, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniali określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a mianowicie Zamawiający podał, że uzna warunek za spełniony, „jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy – w tym okresie, świadczył przez okres co najmniej jednego roku, usługę teleopieki dla co najmniej 80 podopiecznych lub, w wypadku usług niezakończonych w terminie składania ofert, świadczy od co najmniej jednego roku, usługę teleopieki dla co najmniej 80 podopiecznych".

Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 2 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę SIDLY m.in. do złożenia wykazu wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII.1.4, oraz dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu usług stanowi Załącznik nr 8 do SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca SIDLY złożył załącznik nr 8 do SWZ „Wykaz usług, o których mowa w pkt VIII.1 ppkt 4 SWZ", w którym wyspecyfikował dwie usługi, tj.:

1. Dostawa opasek telemedycznych wraz ze świadczeniem usługi teleopieki (data realizacji usługi 06.08.2020 - 31.12.2021). Usługę wykonano na rzecz Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie.
2. Dostawa opasek telemedycznych wraz z świadczeniem usługi teleopieki (data realizacji usługi 10.09.2021 r. - 10.09.2022 r.; usługa kontynuowana od dnia 10.09.2022 r. Usługa była wykonana i wykonywana jest na rzecz Ośrodka Pomocy Społecznej w Namysłowie.

Pismem z dnia 4 stycznia 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy SIDLY do udzielenia odpowiedzi na pytanie czy wykonawca SIDLY zrealizowała w okresie od 06.08.2020 do 31.12.2021r. usługę teleopieki na rzecz Miejsko – Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie samodzielnie czy w tym celu posługiwała się podwykonawcą.

Wykonawca SIDLY, pismem z dnia 5 stycznia 2023 r., oświadczył, że we wskazanym okresie zrealizował w całości usługę teleopieki na rzecz Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie, dodając, że „w zakresie części świadczeń związanych z usługą Spółka posługiwała się podwykonawcą. Niemniej doświadczenie zdobyte (…) w trakcie wykonywania usług dla MGOPS w Kępnie pozwala na uznanie, iż warunek udziału w postępowaniu został (…) spełniony. Podniósł także, że – jak wynika z orzecznictwa izby - wykonawca „ma prawo uznawać roboty wykonywane przez swoich podwykonawców za roboty własne, skoro są one wykonywane pod jego nadzorem, na jego zlecenie w jego imieniu, a wykonawca zlecający te roboty odpowiada za nie jak za swoje. Zatem ma prawo wykazywać te roboty jako swoje doświadczenie", a pogląd ten jest także podzielany przez Prezesa UZP, który wskazuje, iż wykonawca nabywa doświadczenie zdobyte zarówno samodzielnie, jak i przy pomocy podwykonawców.

Pismem z dnia 9 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy SIDLY jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu". Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z warunkami zamówienia".

Zamawiający w treści SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolność technicznej lub zawodowej, wskazując że „uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy – w tym okresie, świadczył przez okres co najmniej jednego roku, usługę teleopieki dla co najmniej 80 podopiecznych lub, w wypadku usług niezakończonych w terminie składania ofert, świadczy od co najmniej jednego roku, usługę teleopieki dla co najmniej 80 podopiecznych" Tak więc na potwierdzenie jego spełnienia wystarczającym było wykazanie się realizacją co najmniej jednej takiej usługi. Tymczasem wykonawca SIDLY przedstawił dwie usługi oraz referencje potwierdzające fakt ich należytego wykonania, z których obydwie – w ocenie Zamawiającego - spełniają ów warunek. Wskazane usługi wykonawca ten realizował przy udziale podwykonawcy. I ta kwestia, tj. możliwość wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w realizacji usługi, która była wykonywana przy udziale podwykonawcy, stanowi istotę sporu w

niniejszym postępowaniu.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia może powołać się na doświadczenie uzyskane w trakcie realizacji zamówienia przez konsorcjum. Musi to być jednak doświadczenie w realizacji zadań, które wykonawca faktycznie wykonywał. W ramach konsorcjum każdy z wykonawców dysponuje bowiem innym doświadczeniem i wiedzą, a co za tym idzie realizuje wyłącznie określone i przypisane mu prace. Tak więc realizacja zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonywaniem zadania przez danego wykonawcę. Wykonawca realizujący zamówienie w ramach konsorcjum nabywa doświadczenie tylko w takim zakresie w jakim je wykonywał, a nie w odniesieniu do zadań zrealizowanych przez innych wykonawców. Każdy wykonawca, który uczestniczy w realizacji zamówienia, będzie więc uprawniony do tego, by wykazać się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednak tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał w niej udział. Nie można jednak sytuacji wykonawcy istniejącej w ramach konsorcjum przenosić do sytuacji, w której wykonawca realizuje zamówienie z udziałem podwykonawcy. Sytuacja wykonawcy realizującego zadanie w ramach konsorcjum różni się bowiem od sytuacji wykonawcy, który korzysta przy jego wykonaniu z podwykonawców. Tego rodzaju sytuacja zawsze bowiem powoduje to, że to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek wykonania prac w ramach realizacji zamówienia objętego zawartą umową. Wynika to przede wszystkim z regulacji zawartych w przepisach ustawy Pzp, ale także z faktu, że to pomiędzy wykonawcą a zamawiającym istnieje stosunek obligacyjny, w ramach którego wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia względem zamawiającego. W takim przypadku do jego obowiązków będzie należało, co najmniej organizowanie i koordynacja prac poszczególnych podwykonawców a następnie ich weryfikacja i dokonywanie odbiorów. W przypadku konsorcjum wykonawcy wspólne ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Zupełnie inaczej jest w przypadku wykonawcy, który realizuje umowę przy udziale podwykonawcy. Wówczas to bowiem wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania podwykonawcy jak za własne, gdyż to na wykonawcy co do zasady nie ciąży obowiązek osobistego wykonania świadczenia i od jego decyzji zależy, czy posłuży się innymi osobami. Dopuszczalnym jest więc jest powoływanie się przez wykonawcę w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na doświadczenie zdobyte z udziałem podwykonawcy przy realizacji zamówienia realizowanego z udziałem podwykonawcy.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że bezspornym jest, że wykonawca SIDLY przedstawił dwie usługi odpowiadające zakresem i wartością usługom wskazanym w warunku udziału w postępowaniu, jak również referencje okoliczności te potwierdzające. Bezspornym jest także, że Odwołujący Telemedycyna był podwykonawcą wykonawcy SIDLY w trakcie realizacji pierwszej z referencyjnych usług (usługi wykonywanej na rzecz Miejsko-Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kępnie). Udział wykonawcy SIDLY w realizacji wskazanego zamówienia był realny i faktyczny i polegał na jego realizacji na systemie SIDLY (dostarczenie systemu i zainstalowanie) a także przeszkoleniu personelu podwykonawcy. A ponadto to wykonawca SIDLY był wykonawcą tego zamówienia, co wprost wynika z treści przedstawionych umów i co znajduje odzwierciedlenie także w treści wystawionych referencji. W związku z tym to właśnie wykonawca SIDLY jako wykonawca usługi był zobowiązany do kierowania pracami w trakcie jej realizacji, a także ich organizowania, jak również ponosił pełną odpowiedzialność za ich wykonanie. Tym samym jest uprawniony do tego, aby powoływać zdobyte w ramach tej usługi doświadczenie, nawet w przypadku, gdy część prac związanych z teleopieką – usługą zdalnego monitoringu przez całodobowe Centrum Telemedyczne 24H realizował przy pomocy podwykonawcy, który czynności te wykonywała pod nadzorem wykonawcy SIDLY. Usługa ta w kontekście postawionego warunku potwierdza już doświadczenie posiadane przez wykonawcę SIDLY a tym samym potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W taki sam sposób należy ocenić drugą z referencyjnych usług, która także co do jej zakresu, wartości itp. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Oceny należy dokonać z uwzględnieniem rozważań dotyczących kwestii udziału w realizacji usługi jego podwykonawcy, uznając że i ta usługa potwierdza doświadczenie posiadane przez wykonawcę SILDY. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp poprzez jego pozorne zastosowanie i brak wyjaśnienia okoliczności spełniania przez wykonawcę SIDLY warunków udziału w postepowaniu. Jak już wyżej wskazano z treści wykazu i referencji złożonych przez wykonawcę SIDLY wynikało już spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże na skutek pisma złożonego przez Odwołującego Telemedycyna Zamawiający podjął dodatkowe działania i wyjaśnił podniesione w nim kwestie. Wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym zakresie, dokonał ich oceny, uznając iż wykonawca SIDLY posiada wymagane przez niego doświadczenie. Zarzut ten więc także nie potwierdził się.

Zarzuty naruszenia:

1. **art. 224 ustawy Pzp poprzez brak żądania przez Zamawiającego od wykonawców SIDLY i MDT wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (zarzut 4 odwołania),**

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia ofert wykonawcy SIDLY i MDT zawierających rażąco niską cenę (zarzut 5 odwołania),

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 332 540,00 zł, co stanowi równowartość 74 667,68 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wskazując że jest to kwota w wysokości 371 712,00 zł.

W postępowaniu złożono 3 oferty, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty złożona przez wykonawcę SIDLY – 271 578,26 zł brutto, cena oferty wykonawcy MDT – 277 560,00 zł brutto i cena oferty złożona przez Odwołującego Telemedycyna – 531 928,80 zł.

Wykonawca SIDLY dla pozycji „Stawka netto za monitorowanie parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem za 1 osobę przez 1 miesiąc" wskazał cenę jednostkową w wysokości „31,99 zł" oraz wartość całkowitą brutto dla tej pozycji, tj. „38 388,30 zł".

Wykonawca MDT dla pozycji „Stawka netto za monitorowanie parametrów podopiecznych wraz z wyposażeniem za 1 osobę przez 1 miesiąc" wskazał cenę jednostkową w wysokości „31,90 zł" oraz wartość całkowitą brutto dla tej pozycji, tj. „38 280,00 zł".

Odwołujący Telemedycyna dla tej pozycji wskazał cenę jednostkową w wysokości „241,68 ł" oraz wartość całkowitą brutto w PLN dla tej pozycji, tj. „290 016,00 zł".

Zamawiający w rozdziale XIX SWZ „Opis sposobu obliczania ceny oferty" podał, że „Wykonawca poda cenę oferty brutto w sposób określony w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ. Za sposób wyliczenia ceny ryczałtowej odpowiada Wykonawca" a „Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów a także upusty i rabaty.

Zamawiający w punkcie 9 powyższego rozdziału wskazał także, że „dla porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie całkowitą cenę brutto określoną w formularzu ofertowym".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) zawiera rażąco niska cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przepis ten nakazuje więc odrzucić ofertę wykonawcy, która zawiera rażąco niska cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sytuacji gdy 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. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy SIDLY, jak i wykonawcy MDT o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp a więc sytuacji, która dotyczyłaby ceny całkowitej oferty. Podstawą wezwania wykonawcy w tym trybie mogą być wątpliwości dotyczące istotnych części składowych ceny oferty. Jednakże Zamawiający, dokonując oceny ceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu, w tym przypadku w odniesieniu do kwestionowanej przez Odwołującego Telemedycyna pozycji, jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy SILDY i MDT.

W tym stanie faktycznym cena oferty jest ceną ryczałtową a kwestionowana pozycja zawiera koszt monitorowania parametrów podopiecznych i koszt wyposażenia niezbędnego do realizacji usługi i nie ma tu mowy – jak wskazał Zamawiający – o pozostałych kosztach takich jak wynagrodzenie lekarzy. Zamawiający ani w OPZ, ani też w instrukcji dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty (rozdział IX SWZ) nie podał żadnych wskazówek co do tegojakie dane mają być przyjęte do kalkulacji ceny tej i innej pozycji ofertowej. W odniesieniu do tej pozycji stałe miały być jedynie dwa elementy, tj. czas realizacji usługi i liczba podopiecznych nią objętych. To te elementy miały być uwzględnione w kalkulacji ceny tej pozycji. Zdarzenia jakie mają być wycenione w jej ramach są bowiem nieprzewidywalne, zarówno co do ich ilości, jak i częstotliwości ich wystąpienia. Ceny kwestionowanych ofert, jak i ceny kwestionowanych pozycji są zbliżone nie tylko do siebie, ale i do szacunkowej wartości zamówienia. Różnica w cenie ofert wykonawcy SIDLY i wykonawcy MDT, jak i kwestionowanej pozycji jest niewielka. A ponadto cena ta – jak wskazał Zamawiający - odpowiada

cenom rynkowym tego rodzaju usług. Informacje takie Zamawiający powziął, dokonując szacunku wartości tego zamówienia i, porównując ją z ceną realizacji usługi kwestionowanej pozycji. Cena ta jest ceną zbliżoną do ceny, za którą wcześniej realizowana była usługa na rzecz tego Zamawiającego. Nie można więc w tym przypadku i przy tym konkretnym zamówieniu mówić o cenie nierealnej. Pamiętać należy, że pewne jej elementy są nieprzewidywalne. Usługa ta dedykowana jest bowiem dla określonej grupy odbiorców o pewnym stopnia niesamodzielności, do których ma być dopasowana. Stąd tez wynagrodzenie ryczałtowe, które co do zasady jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.

Cena zaoferowana przez wykonawcę MDT w innym postępowaniu (prowadzonym przez Gminę Piaski) jest nieadekwatna do tego postępowania, gdyż – jak wskazał wykonawca MDT – w tamtym postępowaniu przedmiotem zamówienia był zakup sprzętu do teleopieki. Wartość oferty była więc wyższa. Natomiast w tym postępowaniu sprzęt jest tylko wynajmowany. Dlatego też cena oferty musiała być niższa.

Tym samym Izba uznała, że brak jest podstaw do wzywania obu wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny a tym bardziej odrzucenia ofert tych wykonawców z powodu rażąco niskiej ceny.

Nie potwierdził się także **zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający powinien skrupulatnie zbadać treść ofert pod kątem zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności, zweryfikować wykazane przez wykonawcy SIDLY doświadczenie w realizacji podobnych usług w przeszłości, warunkujących udział w postępowaniu oraz realność propozycji wykonawców SIDLY oraz MDT pod kątem ceny, tak by ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, iż nie ma do czynienia z sytuacją, w której treść oferty była sporządzona w oderwaniu od rzeczywistych warunków realizacyjnych, jedynie z myślą o maksymalizacji uzyskanej oceny punktowej (zarzut 6 odwołania)** z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SIDLY oraz rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców SIDLY i MDT.

Tym samym zarzut naruszenia **art. 239 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy SIDLY, jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu (zarzut 1 odwołania),** wobec niepotwierdzenia się zarzutów: 2-6 odwołania, nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……