Sygn. akt: KIO 1050/19

WYROK

z dnia 27 czerwca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Zeszuta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Pogotowie Ratunkowe we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy W.A.S. Wietmarscher Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubiczu Górnym zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Zeszuta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw W.A.S. Wietmarscher Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubiczu Górnym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wnoszącego sprzeciw z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1050/19

Uzasadnienie

Zamawiający Pogotowie Ratunkowe we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa ambulansów typu „C" dla potrzeb pogotowia ratunkowego we Wrocławiu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 056-128858. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawca Zeszuta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 pkt 1, 3, 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta spółki W.A.S. Wietmatscher - Polska Sp. z o.o. (zwana przez Odwołującego „ Ofertą Konkurencyjną") spełnia wymogi wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące kryteriów Ceny, Oferowanego okresu gwarancji i Oceny Technicznej, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy podanie przez wykonawcę w formularzu ofertowym niewłaściwych, wprowadzających w błąd danych dotyczących ceny łącznej poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (nosze, transporter, system SWD) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy Oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy treść tej Oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy Oferta ta zawiera błędy w obliczeniu kwoty podatku VAT i wartości końcowej brutto Oferty;

6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy wskazanie niewłaściwych, niezgodnych z oferowanymi produktami i usługami Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o. informacji dotyczących możliwości udzielenia gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji;

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy zawarta w niej treść dotycząca udzielenia gwarancji nie odpowiada treści istotnych specyfikacji warunków zamówienia;

8. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie Oferty Konkurencyjnej, podczas gdy zawarta w niej treść dotycząca parametrów punktowanych - systemu ostrzegającego o możliwości kolizji nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w postaci dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz o dopuszczenie wniosków dowodowych zgłoszonych w odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp., ponieważ prawidłowo przeprowadzona ocena ofert powinna doprowadzić do uznania, że to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, a tym samym do uzyskania zamówienia. Utrzymanie w mocy dotychczasowej czynności Zamawiającego wygeneruje zaś po stronie Odwołującego szkodę w postaci utraty zamówienia, mimo przedstawienia przez niego obiektywnie najlepszej oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wyjaśnił, iż wybór Zamawiającego, który ocenił, że najkorzystniejszą ofertę złożyła spółka W.A.S. Wietmatscher - Polska Sp. z o.o. jest sprzeczny z przepisami ustawy Pzp. Oferta Konkurencyjna nie spełnia bowiem istotnych wymogów określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonych na potrzeby postępowania (dalej jako: SIWZ). Zastrzeżenia Odwołującego do

oceny Oferty Konkurencyjnej przez Zamawiającego dotyczą czterech kwestii, z których na pierwszy plan wysuwa się ocena spełnienia przez wykonawcę kryterium Ceny i związane z nią błędne wyliczenie podatku VAT. W dalszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na problem związany z niespełnieniem przez wykonawcę kryterium okresu udzielonej Gwarancji oraz kryterium Oceny technicznej związanej z zagadnieniem parametru punktowanego w postaci „systemu ostrzegającego o możliwości kolizji (wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody i za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu"). Zdaniem Odwołującego skala zaistniałych rozbieżności między wymogami płynącymi z SIWZ a wyborem przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty sprawia, że konieczne jest poddanie końcowego rozstrzygnięcia pod kontrolę Krajowej Izby Odwoławczej. Kontrola jest w szczególności uzasadniona kontekstem przedmiotowego zamówienia - wybór ambulansów, jako pojazdów przeznaczonych do ratowania życia ludzkiego, musi odbywać się z jak najbardziej wnikliwym rozważeniem kryteriów kluczowych dla takiego celu. Podmioty działające na tym rynku w roli zamawiającego nie mogą, udzielając zamówień, akceptować ofert niezgodnych z SIWZ, i jako takich - dowolnych.

Omawiając niezgodność Oferty Konkurencyjnej z warunkami zamówienia, Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na wskazane w formularzu ofertowym ceny łączne poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Podniósł, iż Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy w części B wymagał podania „łącznej ceny ofertowej" związanej z realizacją zamówienia czyli z realizacją dostawy 10 szt. ambulansów typu C, co skutkowało koniecznością podania ceny łącznej 10 kompletnych ambulansów sanitarnych, jak również cen łącznych odpowiednio 10 kompletów noszy, 10 kompletów transporterów oraz 10 kompletów sytemu SWD. Zamawiający wymagał bowiem wyszczególnienia cen łącznych opisanych w załączniku nr 4 do SIWZ następujących elementów składowych przedmiotu postępowania przetargowego: „noszy głównych" (pkt. XIV), „transportera noszy" (pkt. XV) oraz „systemu SWD" (pkt. XVII). Jako dowód Odwołujący przywołał część B Załącznika nr 1 do SIWZ oraz Załącznik nr 4 do SIWZ.

Podniósł, iż spółka W.A.S. zaoferowała realizację zamówienia za kwotę brutto wynoszącą 4.183.710,60 zł. podczas gdy wartość podatku VAT wynosi 729.860,60 zł, a wartość netto wynosi 3.453.820,00 zł. Jednocześnie Spółka W.A.S. podała wartość opisanych w pkt. XIV załącznika nr 4 do SIWZ noszy na kwotę 17.955,00 zł. netto, gdzie wartość podatku VAT wynosi 1.330,00 zł. a wartość netto wynosi 16.625,00 zł. Następnie spółka W.A.S. podała wartość opisanych w pkt. XV załącznika nr 4 do SIWZ transporterów na kwotę 27.000,00 zł. brutto, gdzie wartość podatku VAT wynosi 2.000,00 zł. a wartość netto wynosi 25.000,00 zł. W ostatniej pozycji spółka W.A.S. podała wartość opisanego w pkt. XVII załącznika nr 4 do SIWZ systemu SWD na kwotę 201.846,10 zł. brutto, gdzie wartość podatku VAT wynosi 37.743,57 zł. a wartość netto wynosi 164.102,50 zł (jako dowód Odwołujący wskazał część B formularza ofertowego złożonego przez W.A.S.).

W ocenie Odwołującego spółka W.A.S. błędnie wypełniła wymagane przez Zamawiającego pozycje. Analiza sposobu wypełnienia tego formularza wskazuje, że spółka W.A.S. zaoferowała skrajnie zaniżone ceny noszy, transportera, systemu SWD. Oznacza to, że spółka W.A.S. albo zaoferowane ceny łączne dla poszczególnych składowych miały charakter dumpingowy, albo ceny te miały charakter jednostkowy, a nie łączny i przez były niezgodne z SIWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dniu 23 maja 2019 r. wezwał spółkę W.A.S. do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie spółka W.A.S. pismem z dnia 24 maja 2019 r. wyjaśniła, że cena brutto noszy i transportera jest ceną za 1 szt, natomiast cena brutto systemu SWD jest ceną za 10 szt., tym samym potwierdzając niezgodność oferty spółki W.A.S. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jako dowód Odwołujący wskazał na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty z dnia 23 maja 2019 r. oraz wyjaśnienie treści oferty z dnia 24 maja 2019 r.

Zdaniem Odwołującego podanie przez W.A.S. w formularzu ofertowym niewłaściwych, wprowadzających w błąd danych dotyczących ceny łącznej poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga łącznego (kumulatywnego) spełnienia przesłanek wskazanych w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: działania podjętego w związku z działalnością gospodarczą, które wykazuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami oraz w konsekwencji którego doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. "Dobre obyczaje" to normy postępowania niebędące normami prawnymi, których powinny przestrzegać podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług [zob. M. Zdyb, w: M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), Ustawa o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, s. 99],

Odwołujący stwierdził, że działanie spółki W.A.S. polegające na wprowadzeniu

Zamawiającego w błąd odnośnie do cen łącznych wskazanych elementów składowych przedmiotu zamówienia było działaniem podjętym w związku z działalnością gospodarczą, sprzeczną zarówno z prawem jak i dobrymi obyczajami, w skutek czego interes Odwołującego został nie tylko zagrożony, ale i też naruszony. Wybranie oferty W.A.S. mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jest naruszeniem przepisu Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo, niewłaściwie wypełnienie formularza ofertowego, niezgodne z wytycznymi SIWZ sprawia, że oferta W.A.S. powinna zostać odrzucona ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazał na kwestie związane z przyjętą w ofercie wykonawcy W.A.S. stawkę VAT. Zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami stawka podatku VAT dla sprzętu medycznego wyszczególnionego w pozycji XIV i XV załącznika nr 4 do SIWZ czyli noszy i transportera wynosi 8%. Dla pozostałych elementów przedmiotu postępowania czyli dla systemu SWD i ambulansów (pojazdów medycznych) stawka podatku VAT wynosi 23%. Spółka W.A.S, podając cenę noszy, transportera i systemu SWD, zdaniem Odwołującego błędnie obliczyła kwotę podatku VAT i wartość końcową brutto oferty. Jeżeli wartość netto całego kontraktu wynosi 3.453.820,00 zł netto to zgodnie z wyszczególnieniem wskazanym przez firmę W.A.S na powyższą kwotę składają się elementy objęte obniżoną stawką VAT w wysokości 8% czyli nosze (opisane w pkt. XIV) i transporter (opisany w pkt. XV) oraz elementy objęte stawką VAT w wysokości 23% tj. system SWD (opisany w pkt. XVII) oraz ambulanse (opisane w pozostałych punktach załącznika nr 4 do SIWZ). Jako dowód wskazał na część B Załącznika nr 1 do SIWZ oraz Załącznik nr 4 do SIWZ.

Analizując wypełniony przez W.A.S. Załącznik nr 1 do SIWZ - Formularz ofertowy

w zakresie części B - łączna cena ofertowa - Odwołujący wskazał, co następuje. Przyjąwszy, że - zgodnie z wymogami SIWZ - wszystkie zadeklarowane ceny miałyby charakter łączny, to odejmując od łącznej ceny ofertowej netto (= 3.453.820,00 zł):

a) łączną cenę netto noszy (= 16.625,00 zł),

b) łączną cenę netto transportera (= 25.000,00 zł),

c) łączną cenę netto systemu SWD (= 164.102,50 zł),

otrzymuje się kwotę = 3,453.820,00 zł - 16.625,00 zł - 25.000,00 zł - 164.102,50 zł = 3.248.092,50 zł. Kwota ta, podlegająca obciążeniu podatkiem VAT w stawce 23%, daje sumę VAT należnego w kwocie = 3.248.092,50 zł X 23% = 747.061,28 zł. Równocześnie jednak, odejmując od sumy VAT należnego od łącznej ceny ofertowej netto (= 729.890,60 zł):

a) sumę VAT należnego od łącznej ceny netto noszy (= 1.330,00 zł),

b) sumę VAT należnego od łącznej ceny netto transportowca (= 2.000,00 zł),

c) sumę VAT należnego od łącznej ceny systemu SWD (= 37.743,57 zł),

otrzymuje się kwotę = 729.890,60 zł -1.330,00 zł - 2.000,00 zł - 37.743,57 zł = 688.817,03 zł. Kwoty 747.061,28 zł i 688.817,03 zł bezspornie nie są sobie równe, co potwierdza, że spółka W.A.S. obliczyła błędnie podatek VAT należny, co dodatkowo spowodowało zaniżenie ceny ofertowej w zakresie podatku VAT należnego. Dokonując kalkulacji na liczbach zadeklarowanych przez spółkę W.A.S. w ocenie Odwołującego nie sposób stwierdzić, w którym miejscu nastąpił błąd w obliczeniach oraz w jaki sposób błąd ten można by usunąć.

Przyjąwszy natomiast, że - w sposób wprost sprzeczny z wymogami SIWZ - zadeklarowane przez wykonawcę W.A.S. ceny netto noszy i transportera miały charakter jednostkowy (co spółka WAS przyznała wyraźnie w piśmie z dnia 24 maja 2019 r. to odejmując od łącznej ceny ofertowej netto (=3.453.820,00 zł):

a) łączną cenę netto noszy (= 16.625,00 zł x 10 = 166.250,00 zł),

b) łączną cenę netto transportera (= 25.000,00 zł x 10 = 250.000,00 zł),

c) łączną cenę netto systemu SWD (= 164.102,50 zł),

otrzymuje się kwotę = 3.453.820,00 zł -166.250,00 zł - 250.000,00 zł -164.102,50 zł = 2.873.467,50 zł. Kwota ta, podlegająca obciążeniu podatkiem VAT w stawce 23%, daje sumę VAT należnego w kwocie = 2.873.467,50 zł x 23% = 660.897,53 zł. Równocześnie jednak, odejmując od sumy VAT należnego od łącznej ceny ofertowej netto (= 729.890,60 zł):

a) sumę VAT należnego od łącznej ceny netto noszy (= 1.330,00 zł x 10 = 13.300,00 zł),

b) sumę VAT należnego od łącznej ceny netto transportowca (= 2.000,00 zł x 10 = 20.000,00 zł),

c) sumę VAT należnego od łącznej ceny systemu SWD {= 37.743,57 zł), otrzymuje się kwotę = 729.890,60 zł -13.300,00 zł - 20.000,00 zł - 37.743,57 zł = 658.847,03 zł. Kwoty 660.897,53 zł i 658.847,03 zł bezspornie nie są sobie równe, co potwierdza, że spółka W.A.S. - nie dość, że złożyła ofertę wprost sprzeczna z treścią SIWZ - to jeszcze obliczyła błędnie podatek VAT należny, co dodatkowo spowodowało zaniżenie ceny ofertowej w zakresie podatku VAT należnego. Dokonując kalkulacji na liczbach zadeklarowanych przez spółkę W.A.S. nie sposób stwierdzić, w którym miejscu nastąpił błąd w obliczeniach oraz w jaki sposób błąd ten można by usunąć.

Z powyższych wyliczeń, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wynika, iż firma W.A.S. obliczyła błędnie podatek VAT co spowodowało zaniżenie ceny ofertowej. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić, a zatem powodują odrzucenie oferty. Od omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2, różnią się tym, że nie mają charakteru oczywistego. Nie są to więc z reguły błędy w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki. O braku oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie W.A.S świadczy to, że Zamawiający prowadził w tym zakresie wyjaśnienia ze spółką W.A.S., a nie jest możliwe poprawienie omyłek rachunkowych wskutek prowadzonych wyjaśnień, ponieważ pozbawiałoby to owe omyłki przymiotu oczywistości, jak również to, że błąd nie jest widoczny „na pierwszy rzut oka". Ponadto, aby można było uznać błąd za omyłkę, nie może on wynikać ze świadomego działania Wykonawcy. Z wyjaśnień złożonych przez spółkę W.A.S. wynika, że zdaniem spółki omyłki nie ma. Powyższe oznacza, że działanie wykonawcy należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na kwestię związaną z oferowanym okresem gwarancji dla pojazdu bazowego. Wskazał, iż Zamawiający określił w SIWZ kryteria oceny ofert, gdzie jednym z nich była gwarancja na pojazd bazowy bez limitu kilometrów (punktowana powyżej 24 miesięcy). Spółka W.A.S w Formularzu ofertowym zadeklarowała, iż na pojazd bazowy oferuje gwarancję o długości aż 60 miesięcy bez limitu kilometrów. Dalej, zgodnie z SIWZ, oferowana gwarancja miała być gwarancją producenta potwierdzoną w karcie gwarancyjnej. W wyniku odpowiedzi nr 18 z dnia 18 kwietnia 2019r. Zamawiający zmodyfikował to wymaganie, informując pytającego, że „Gwarancja udzielona przez Producenta powinna zostać potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy czym jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez wykonawcę (Gwaranta), z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy" (pismo Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2019 r.). Oznacza to, że w przypadku zaoferowania przez spółkę W.A.S gwarancji na pojazd bazowy obowiązującej przez 60 miesięcy bez; limitu kilometrów nie mniejszy zakres gwarancji musi być potwierdzony przez Producenta pojazdu bazowego w karcie gwarancyjnej. Potwierdza to dodatkowo niezmieniony zapis §6 ust. 2 projektu umowy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący będący jednocześnie Autoryzowanym Dealerem pojazdów marki Mercedes-Benz oświadczył, iż w ofercie koncernu marki Mercedes-Benz nie było i nie ma możliwości wydłużenia gwarancji na pojazd powyżej 24 miesięcy bez określenia limitu kilometrów. Podanie limitu kilometrów jest bezwzględnie wymagane, by móc wykupić jeden z dwóch pakietów dostępnych dla pojazdów bazowych adaptowanych w II Etapie homologacyjnym jako ambulanse sanitarne tj.: 1) przedłużenia ochrony gwarancyjnej w ambulansach, dostępność produktów Complete - ochrona gwarancyjna cało pojazdowa z określonym limitem czasowym i przebiegowym; 2) Pakiet Gwarancyjny na układ napędowy z określonym limitem czasowym i przebiegowym. Na dowód powyższego Odwołujący załączył pismo Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o. z 10 maja 2019 r.

Żadna z ww. dostępnych opcji nie spełnia wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Obydwie opcje bezwzględnie wymagają określenia limitu kilometrów. Dodatkowo produkty Complete wymagają wykonywania przeglądów okresowych w ASO Mercedes-Benz, czego Zamawiający nie przewidywał, a Pakiety Gwarancyjne dotyczą jedynie układu napędowego, a nie jak Zamawiający wymagał całego pojazdu. Oferowanie dodatkowych produktów obsługowo-gwarancyjnych Producenta dla pojazdu bazowego marki Mercedes Benz wymaga określenia końcowej funkcjonalności pojazdu np. ambulans sanitarny. Z tego też względu Odwołujący nie zaoferował wydłużonej gwarancji na pojazd bazowy, bo byłoby to celowym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Tymczasem spółka W.A.S, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 maja 2019 r. wskazywała, że to wykonawca zgodnie z odpowiedziami na pytania „stał się" Gwarantem i to on udziela gwarancji. Zupełnie nie odniosła się do treści najważniejszej odpowiedzi Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2019 r. (pytanie nr 18), w której Zamawiający wyjaśnił, że: „oczekuje gwarancji liczonej od daty dostawy przedmiotu zamówienia. Gwarancja udzielona przez producenta powinna zostać potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez Wykonawcę (Gwaranta), z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy." (wezwanie Zamawiającego z dnia 14 maja 2019 r., pismo Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2019 r.). W tej odpowiedzi Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że okresy gwarancji udzielone przez wykonawcę nie muszą być równe okresowi gwarancji udzielonej przez producenta, z zastrzeżeniem, że gwarancja Producenta nie może być w takim przypadku krótsza, Zamawiający nie zmienił natomiast wymagań względem limitu kilometrów, co oznacza, że bez względu na jej długość każdy okres gwarancji nie może być ograniczony

żadnym limitem kilometrów.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zgodnie z § 6 ust. 2 projektu umowy „okres gwarancji producenta odpowiednio pojazdu bazowego/zabudowy medycznej/sprzętu medycznego zostanie potwierdzony w karcie gwarancyjnej". Mając na uwadze powyższe, zgodnie z zapisami SIWZ oraz wszystkimi odpowiedziami na pytania, wykonawca może udzielić gwarancji dla pojazdu bazowego, lecz ta musi łącznie spełnić poniższe warunki: ma być udzielona bez limitu kilometrów; gwarancja udzielona przez Producenta powinna zostać potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy czym jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez Wykonawcę (Gwaranta), z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy. 60 miesięczna gwarancja bez limitu kilometrów zaoferowana przez spółkę W.A.S zgodnie z ostatecznym brzmieniem wymagań Zamawiającego ma być potwierdzona przez Producenta pojazdu bazowego w karcie gwarancyjnej. Tymczasem, spółka W.A.S zaoferowała pojazd marki Mercedes-Benz Sprinter, którego producent nie dopuszcza możliwości wydłużenia okresu gwarancji ponad standardowe 24 miesiące bez określenia limitu kilometrów. W tym przypadku w karcie gwarancyjnej pojazdu bazowego Producent potwierdzi jedynie 24 miesięczną gwarancję bez limitu kilometrów, a nie zaoferowaną przez spółkę W.A.S 60 miesięczną gwarancję bez limitu kilometrów. Będzie to niezgodne z wymaganiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na pytanie nr 18 z dnia 18 kwietnia 2019 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi zgodził się jedynie na to by okres gwarancji oferowany przez Producenta był różny od okresu gwarancyjnego oferowanego przez Wykonawcę, ale nie krótszy. Taki zapis oznacza, że jeżeli Zamawiający wymagałby np. okresu gwarancji wynoszącego 36 miesięcy a okres gwarancji Producenta wynosiłby 48 miesięcy to wykonawca mógłby zaoferować okres gwarancji mieszczący się w przedziale 36 - 48 miesięcy. Zgodnie z §6 ust. 2 projektu umowy Zamawiający po to wymaga potwierdzenia gwarancji Producenta w karcie gwarancyjnej by sprawdzić czy okres jej okres nie jest krótszy od gwarancji zaoferowanej przez wykonawcę.

Wskazanie przez spółkę W.A.S. niewłaściwych, niezgodnych z oferowanymi produktami i usługami Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o. informacji dotyczących możliwości udzielenia gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie treść Oferty Konkurencyjnej nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej kwestii doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp., a oferta spółki W.A.S. powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Dalej Odwołujący wskazał na wymagania odnośnie systemu ostrzegającego o możliwości kolizji. Wyjaśnił, że Zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ Tabela minimalnych wymagań techniczno-użytkowych ambulansów w punkcie 1.1.24 opisał parametr punktowany w postaci „system ostrzegający o możliwości kolizji (wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody i za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu)". Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający ostatni raz kupował ambulanse sanitarne w 2017 r. i zapis ten od tamtego czasu się nie zmienił. Podczas ostatniego postępowania zakupił ambulanse sanitarne marki Mercedes-Benz Sprinter wyposażone w opisany parametr punktowany tj. system COLLISION PREVENTION ASSIST (kod fabryczny JA6) ostrzegający o możliwości kolizji (wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody, który za pomocą osobnego systemu wspomagania nagłego hamowania (BAS Pro) wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu, spełniający opisany przez Zamawiającego parametr punktowany, czyli działający w oparciu o dwa niezależne, lecz współdziałające systemy. W roku 2018 r. nastąpiła zmiana modelowa względem pojazdów marki Mercedes-Benz Sprinter i systemy zostały na stałe usunięte z wyposażenia. Aktualnie dostępny jest wyłącznie jeden system, który dla pojazdów marki Mercedes-Benz Sprinter o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5t jest wyposażeniem standardowym zgodnie z Rozporządzeniem Komisji UE nr 347/2012 z dnia 16 kwietnia 2012r. System ten nazywa się AKTYWNY ASYSTENT UKŁADU HAMULCOWEGO (kod fabryczny BA3), który:

- uruchamia ostrzeżenie wzrokowe i akustyczne, jeśli system stwierdzi, że odległość od pojazdu jadącego z przodu jest za mała,

- wspomaga kierowcę podczas manewru hamowania poprzez wytworzenie dodatkowej siły hamowania, jeśli system stwierdzi, że kierowca hamuje za słabo,

- dodatkowa siła hamowania jest odmierzana w taki sposób, aby z jednej strony w miarę możliwości uniknąć kolizji, a z drugiej strony - pozostawić pojazdom jadącym z tyłu możliwie jak najdłuższą drogę hamowania,

- przy braku reakcji kierowcy na wzrokowe i akustyczne ostrzeżenie przed kolizją system inicjuje autonomiczne hamowanie awaryjne,

- jeśli podczas autonomicznego hamowania awaryjnego kierowca naciśnie pedał hamulca, system w razie potrzeby wesprze go, wytwarzając dodatkową siłę hamowania.

Jako dowód na powyższe Odwołujący załączył katalog Mercedes-Benz oraz e-mail z Centrali Mercedes-Benz z 7 czerwca 2019 r. Podniósł, iż jest to jeden system zintegrowany,

a nie dwa oddzielne systemy współdziałające i w ocenie Odwołującego nie spełnia on wymagań opisanych w załączniku nr 4 do SIWZ Tabela minimalnych wymagań techniczno-użytkowych ambulansów w punkcie 1.1.24. Z tego też powodu w ofercie Odwołującego w załączniku nr 4 do SIWZ Tabela minimalnych wymagań techniczno-użytkowych ambulansów w punkcie 1.1.24. wpisano „Nie oferujemy. System fabryczny niedostępny na dzień składania ofert, natomiast, urządzenia niefabryczne są nieakceptowalne technicznie z uwagi na bezpieczeństwo oraz ograniczenie uprawnienia z tytułu gwarancji pojazdu

bazowego i ambulansu" (oferta Odwołującego).

Zdaniem Odwołującego nie ma możliwości zaoferowania systemu opisanego jednakowo jak w 2017 r.tj. przed zmianą modelową. Odwołujący oferując ambulans wyposażony w kod BA3 potwierdził spełnienie wymagań minimalnych określonych w pkt. 5.5 V. Układ hamulcowy „System wspomagania nagłego hamowania" wiedząc jednocześnie, iż ww. kod wyposażenia nie może być jednocześnie parametrem wymaganym i punktowanym. W wyniku konieczności dostosowania pojazdów do wymagań unijnych wszystkie pojazdy marki Mercedes-Benz Sprinter wyprodukowane w 2019 r. o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5t są obligatoryjnie wyposażone w kod fabryczny BA3. Nie występuje żaden inny rodzaj wyposażenia fabrycznego spełniający wymagania w tym zakresie. Spółka W.A.S zaoferowała tożsamy pojazd bazowy tj. Mercedes-Benz Sprinter 419 o dopuszczalnej masie całkowitej 3,88t. Obydwa pojazdy odgórnie zostaną wyposażone w kod BA3. Należy zwrócić uwagę, że zarówno pojazdy bazowe jak i ambulanse sanitarne muszą posiadać świadectwo homologacji oraz gwarancje Producenta. W przypadku nieuprawnionej próby ingerencji w układy bezpieczeństwa pojazdu bazowego w celu pozafabrycznego domontowania punktowanych systemów homologacja nie będzie obejmowała domontowanego urządzenia oraz zostanie utracona gwarancja producenta pojazdu bazowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 12 czerwca 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca W.A.S. Wietmarscher Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubiczu Górnym (dalej jako „Przystępujący"). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania. Izba na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp oddaliła zgłoszoną przez Odwołującego opozycję, uznając, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, że Przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, tj. Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, interes taki jest oczywisty w sytuacji, gdy to oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a wniesione odwołanie bezpośrednio zmierza do jej wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia. Na powyższą okoliczność Przystępujący wskazał w treści zgłoszenia przystąpienia.

W dniu 18 czerwca 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględnia w całości zarzuty postawione w odwołaniu. W konsekwencji, w tym samym dniu Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

W dniu 21 czerwca 2019 r. Przystępujący wniósł sprzeciw oraz złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości, ewentualnie w przypadku uwzględnienia odwołania co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, iż w zakresie dotyczącym ceny nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym oddaleniu pozostałych zarzutów, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym poprawienia w ofercie Przystępującego innej omyłki nieskutkującej istotną zmianą w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wezwania Przystępującego oraz pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ustawy Pzp.

W kontekście zarzutów dotyczących ceny oferty Przystępujący wskazał, iż bezsprzecznie przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 sztuk ambulansów typu C dla potrzeb Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu (pkt II ppkt 1 SIWZ, § 2 ust. 1 wzoru umowy). W załączniku nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy" w części B należało podać łączną cenę ofertową brutto, cenę brutto noszy, transportera i system SWD. Z kolei zgodnie z pkt IX ppkt 2.1.a SIWZ „Sposób przygotowania oferty", oferta musi zawierać wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Odnośnie zaś sposobu obliczenia ceny ofertowej, pkt XI, ppkt 1 SIWZ stanowi, że cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. W świetle tych postanowień SIWZ, zarzuty Odwołującego, co do „niewłaściwego wypełnienia" formularza ofertowego, co ma świadczyć o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, ale także o zaoferowaniu cen dumpingowych, a wręcz o czynie nieuczciwej konkurencji, zdaniem Przystępującego należy uznać za całkowicie

bezpodstawne.

Przystępujący wskazał, iż złożył ofertę, w której zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę łączoną brutto 4.183.710,60 zł, w tym określił cenę brutto za jedną sztukę noszy w kwocie 17.955,00 zł, cenę brutto za jedną sztukę transportera 27.000, 00 zł oraz cenę brutto systemu SWD dla dziesięciu ambulansów wysokości 201.846,10 zł. Porównując treść oferty z treścią przywołanych wyżej zapisów SIWZ jego zdaniem nie można w żaden sposób wywieść, iż oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, a wobec tego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przystępujący złożył ofertę obejmującą całość przedmiotu zamówienia, zawierającą wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w której uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy. Nie można także uznać, że sposób w jaki Przystępujący wypełnił pozostałą cześć formularza ofertowego, podając cenę za jedną sztukę noszy i transportera oraz cenę za cały system SWD był nieprawidłowy, nie odpowiadał treści SIWZ, czy wprowadzał w błąd. Jedynie w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wprowadził trzy dodatkowe elementy dotyczące ceny za nosze, transporter i system SWD. Przystępujący stwierdził, że elementy te mają charakter wyłącznie informacyjny, nie stanowią kryterium oceny ofert, jak również nie znajdują się we wzorze umowy w części określającej należne wykonawcy wynagrodzenie. Z żadnego innego zapisu SIWZ, w szczególności ze sposobu obliczenia ceny oferty, nie wynika konkretny sposób, wedle którego wykonawca ma wypełnić formularz ofertowy. Przystępujący był zatem uprawniony do określenia cen za poszczególne elementy wedle swojego uznania i bez znaczenia dla jego zobowiązania pozostaje, czy są to ceny za jedną sztukę, czy za dziesięć sztuk ambulansów, na co zresztą naprowadza użycie liczby pojedynczej „cena brutto noszy", „cena brutto transportera" albo „cena brutto systemu SWD" rozumianego, jako zintegrowany system działający w każdym oferowanym ambulansie.

Na marginesie Przystępujący dodał, że wymóg złożenia oferty mającej zawierać wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ nie uprawniałby Zamawiającego do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sytuacji, gdyby zachodziła jakakolwiek jej niezgodność co do formy, a nie co do jej treści. Zarzut Odwołującego w istocie sprowadza się do argumentacji odnoszącej się do formy, a nie treści oferty. Zamawiający zaś może ofertę odrzucić jedynie gdy jej treść nie odpowiada SIWZ, nie zaś forma. Przykładem może być sytuacja, w której wykonawca, składa ofertę zawierającą formularz ofertowy udostępniany przez Zamawiającego wykorzystując ten wzór, ale także wprowadzając swoje modyfikacje w częściach nie stanowiących elementów przedmiotowo istotnych. W tym kontekście Przystępujący powołał się na wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., KIO/UZP 996/10 oraz z dnia 6 lutego 2009 r., KIO/UZP 97/09. Podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest zbadać ofertę mając na uwadze jej treść, a nie formę, ponieważ formalizm w udzielaniu zamówień publicznych przeczy istocie i celom całego systemu. Przystępujący podnosi także, iż Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawców skutków prawnych w postaci odrzucenia oferty, z powołaniem się na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdy postanowienia SIWZ, takjak w niniejszym postępowaniu, nie zawierają wyraźnego, jednoznacznie określonego wymogu odnośnie oczekiwań Zamawiającego co sposobu wypełnienia formularza ofertowego. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania wszystkich postanowień SIWZ. Kiedy postanowienia SIWZ nie czynią zadość tym wymogom, okoliczność ta nie może być poczytana na niekorzyść wykonawców i nie może prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (m.in. wyrok KIO z 29 stycznia 2009 r., KIO/UZP 48/09, wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r„ KIO/UZP 844/08, wyrok KIO z 24 sierpnia 2009r., KIO/UZP 1031/09).

Dalej Przystępujący wskazał, iż pismem z dnia 23 maja 2019 r. Zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy cena brutto noszy i transportera jest ceną za jedną sztukę oraz czy cena brutto systemu SWD jest ceną za jedną sztukę czy za dziesięć sztuk. Przystępujący udzielił stosowanych wyjaśnień, a jak wynika z kolejnych czynności podjętych w postępowaniu, Zamawiający nie uznał w tym zakresie za konieczne poprawienie czy to oczywistej omyłki rachunkowej, czy to innej omyłki nieskutkującej istotną zmianą w treści oferty. Nie było bowiem takiej potrzeby, jako że, określenie ceny za nosze, transporter i system SWD miało charakter wyłącznie informacyjny, nie stanowiło kryterium oceny ofert ani nie podlegało żadnej innej merytorycznej ocenie. W przypadku jednak, gdyby skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej doszedłby do odmiennego przekonania, Przystępujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym poprawienia w powyższym zakresie innej omyłki w ofercie Przystępującego, nieskutkującej istotną zmianą w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten ustanawia dla Zamawiającego obowiązek, a nie uprawnienie doprowadzenia treści ocenianej oferty do zgodności z treścią SIWZ, a w okolicznościach niniejszej sprawy, dokonanie poprawienia innej omyłki, nie będzie skutkowało żadną zmianą w treści oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w aspekcie obejmującym zaoferowaną gwarancję na pojazd bazowy, Przystępujący wskazał, iż w pkt II, ppkt 6 SIWZ „Przedmiot zamówienia" Zamawiający wymagał od wykonawców udzielenia gwarancji bez limitu kilometrów na dostarczone ambulanse, której

ważność rozpocznie się od daty podpisania pozytywnego protokołu odbioru pojazdu na pojazd bazowy na okres nie krótszy niż 24 miesiące. Tym samym Zamawiający określił jedynie minimalny okres gwarancji, tj. 24 miesiące bez limitu kilometrów, co ma potwierdzić producent przedłożonej przez Wykonawcę (Gwaranta) karcie gwarancyjnej. Przystępujący zadeklarował udzielenie gwarancji w tym zakresie na 60 miesięcy bez limitu kilometrów. Zamawiający jednocześnie zastrzegł, że okres gwarancji udzielonej przez producenta nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez wykonawcę (gwaranta), z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy (pismo Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2019 r. - odpowiedź nr pytanie nr 18). Przystępujący za wyjaśnieniami z dnia 20 maja 2019 r. podniósł, że użyte przez Zamawiającego sformułowanie „iż nie może być krótszy" rozpatrywane całościowo w kontekście odpowiedzi Zamawiającego nr 19 zawartej w tym samym piśmie, z której jednoznacznie wynika, iż gwarantem nie jest producent tylko wykonawca, odnosi się do okresu gwarancji udzielanego przez wykonawcę, a nie przez producenta. Co oczywiste, celem takiego ograniczenia, jest zabezpieczenie się przed sytuacją, w której podmiot trzeci - producent, udziela gwarancji na okres dłuższy, a wykonawca w swoim oświadczeniu gwarancyjnym okres ten skraca. Zdaniem Przystępującego nie jest zatem tak, jak twierdzi Odwołujący, że udzielona gwarancja ma być gwarancją producenta, albowiem gwarancja producenta jest elementem udzielanej przez wykonawcę gwarancji. Inaczej, odpowiedź Zamawiającego, co do braku obowiązku zrównania okresu gwarancji producenta i wykonawcy, pozbawiona byłaby sensu.

W ocenie Przystępującego zarzuty odwołania w tym zakresie manipulują treścią specyfikacji i udzielonych odpowiedzi, sugerując, że celem Zamawiającego było uzyskanie okresu gwarancji, który nie mógłby być dłuższy, niż okres gwarancji udzielonej przez producenta. Tymczasem, co wynika wprost z treści odpowiedzi i wprowadzonych na tej podstawie zmian do umowy (w § 6 ust. 1 pkt 1-4 wykreślone zostały słowa „gwarancją producenta pojazdu bazowego/producenta zabudowy potwierdzoną w karcie gwarancyjnej"), gwarancja wykonawcy nie może być krótsza od gwarancji producenta. Przyjmując, za stanowiskiem Odwołującego, że wykonawca nie może udzielić gwarancji dłuższej niż producent prowadziłoby do niedających pogodzić się z logiką rezultatów i wypaczyło sens odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego. Skoro ten dokonał rozróżnienia pomiędzy gwarancje producenta i wykonawcy, to przyjęcie, że oba okresy muszą być co najwyżej jednakowe przeczyłoby zasadności takiego sformułowania, całkowicie pozbawiając je znaczenia. Mając to na uwadze, bez znaczenia pozostają argumenty Odwołującego odnoszące się do możliwości udzielania gwarancji przez producenta (którego jest dealerem). Gwarantem w niniejszym postępowaniu jest bowiem wykonawca.

W kontekście zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w aspekcie obejmującym zaoferowany system ostrzegający o możliwości kolizji, Przystępujący podniósł, że w świetle wymogów SIWZ, jednym z kryteriów oceny ofert było zaoferowanie „systemu ostrzegania o możliwości kolizji, który wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody i za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu) - załącznik nr 4 do SIWZ, pkt I. 1.24. Zamawiający posłużył się opisem tego parametru funkcjonującym w 2017 r., co nie omacza, że Przystępujący zaoferował w tym zakresie system nieodpowiadający wymaganym funkcjonalnościom. Samochody Mercedes - Benz produkowane w 2019 r. wyposażone są w system oznaczony kodem BA3, który stanowi system ostrzegający o możliwości kolizji (wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody i za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu), czyli spełnia w całości wymóg SIWZ wynikając z pkt 1.1.24 załącznika nr 4. Jako dowód Przystępujący wskazał na wydruk wiadomości e-mail z dnia 10 czerwca 2019 r. przedstawiciela Mercedes - Benz oraz dokument zawierający opis systemu BA3 udostępniany przez Mercedes - Benz. Wobec powyższego, zdaniem Przystępującego, za bezprzedmiotowe należy uznać twierdzenia Odwołującego, co do tego, czy jest to jeden system zintegrowany, czy dwa współdziałające. Bez względu bowiem na to, czy znajduje się on w jednym zintegrowanym systemie, czy też w dwóch, nadal spełnia on wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący nie miał w tym względzie żadnych wątpliwości. Skoro jednak Odwołujący tego rodzaju wątpliwości podjął, czy też był zdania, że opis pkt I. 1.24 załącznika nr 4 jest błędny, miał możliwość w świetle pkt IX, ppkt 2.3.11 SIWZ „Sposób przygotowania oferty" zgłosić je Zamawiającemu w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Podnoszenie ich na obecnym etapie postępowania, jako zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, jest nie tylko nieuzasadnione, ale także nie może być interpretowane na niekorzyść Przystępującego, jak i żadnego innego wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Przystępujący zauważył, że zarzuty Odwołującego w tym zakresie sprowadzają się jedynie do ich hasłowego sformułowania z przytoczeniem normy prawnej i to tylko wynikającej z ustawy Pzp. Odwołujący zarzucając Przystępującemu wprowadzenie w błąd przy określaniu cen za nosze, transporter, czy system SWD, ich dumpingowy charakter, czy udzielanie niemożliwej do udzielenia gwarancji na pojazd bazowy, zaniechał całkowicie wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2019r., poz. 1010), do których przecież wyraźnie odwołuje się art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W tym kontekście zarzuty Odwołującego jawią się jako gołosłowne i hasłowe. Na niedopuszczalność formułowania zarzutów odwołania w ten sposób wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 marca 2013 r., KIO 597/13. Przystępujący podniósł, iż rozkład

ciężaru dowodu obliguje Odwołującego do należytego uzasadnienia podnoszonego zarzutu, a nie poprzestania na przywołaniu normy prawnej z hasłowym uzasadnieniem.

Z kolei w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, iż jest on całkowicie nieuprawniony ponieważ: a) w orzecznictwie podnosi się, że o rażąco niskiej cenie można mówić wyłącznie w odniesieniu do ceny całkowitej deklarowanej przez wykonawcę w ofercie, a nie do jej poszczególnych elementów, co wynika z literalnego brzmienia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, porównując ją do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców - cena oferty Przystępującego na kwotę 4.183.710,60 zł brutto jest najwyższą spośród pozostałych złożonych ofert; b) ceny za nosze, transporter określone zostały za jedną sztukę, a za system SWD dla dziesięciu sztuk, co w żaden sposób nie czyni ich ani dumpingowymi, ani rażąco niskimi; c) brak jest w podniesionym zarzucie jakiegokolwiek szczegółowego uzasadnienia dla zaoferowania przez Przystępującego ceny dumpingowej, czy rażąco niskiej; d) budżet, który Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, różnił się jedynie o ok. 180.000 zł od ceny zaoferowanej przez Przystępującego, co stanowi wyłącznie około 4% wartości zamówienia. Gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała zasadność tego zarzutu, Przystępujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny Przystępującego oraz pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu na podstawie art. 90 ustawy Pzp. Na marginesie Przystępujący podniósł, że budżet zamówienia wskazany przez Zamawiającego wynosił 4.000.000, zaś wybrana oferta 4.183.710,60 zł, co tym bardziej uzasadnia bezprzedmiotowość zarzutu.

W zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Przystępujący wskazał, iż wyliczenia przedstawione w odwołaniu wynikają z niezrozumienia treści SIWZ, w szczególności opisu sposobu obliczenia ceny oferty oraz postanowień wzoru umowy. Zgodnie z tym pierwszym, cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizację przedmiotu zamówienia - .wszystkie, to nie tylko, jak chce to widzieć Odwołujący, trzy składowe wybrane przez Zamawiającego. Ponadto, treść 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy wyraźnie wskazuje, że całkowite wynagrodzenie wykonawcy wynikające z oferty obejmuje wszystkie koszty, a nie tylko trzy wyspecyfikowane w formularzu ofertowym, w tym koszty pojazdu bazowego, koszty dostawy, koszty zabudowy, koszty wyposażenia medycznego, itd. W żaden sposób z treści SIWZ nie można wywieźć, jak czyni to Odwołujący, że suma cen określona dla noszy, transportera i systemu SWD ma się równać cenie całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Przystępujący w sposób należyty określił cenę łączną brutto oferty w kwocie 4.183.710,60 zł, w tym VAT w kwocie 729.890,60 zł i łączną cenę netto 3.453.820,00 zł. Wskazał, iż dla potrzeb realizacji zamówienia, oferta Przystępującego opiera się na kalkulacji cen elementów zamówienia, którą przedstawił w formie tabeli. Podkreślił, że przedstawione zestawienie dotyczy wyłącznie kalkulacji podatku VAT, zaś w pozycjach tych ujęte są wszystkie koszty wykonania zamówienia. Wysokość podatku VAT w stosunku do: noszy, uprzęży do noszenia dzieci (niewyspecyfikowanej w formularzu ofertowym) oraz transportera wynosi 8%. W stosunku do pozostałych elementów zamówienia, zastosowanie znajdzie stawka podatkowa VAT 23%. Tym samym wartości poszczególnych elementów z uwzględnieniem różnych stawek VAT sumują się do łącznej wartości oferty. Wysokość stawki VAT w stosunku do uprzęży do noszenia dzieci uzasadniona jest tym, że jest to wyrób medyczny, dla którego taka stawka ma zastosowanie. Wynika to również z faktury VAT i oferty przedstawionej na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia - na dowód do pisma załączył fakturę VAT 180/MAG/2019 (po usunięciu danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz ofertę sprzedażowa na uprząż dla dzieci (po usunięciu danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Tym samym, zdaniem Przystępującego, nie występuje w tym przypadku błąd w obliczeniu podatku VAT, co powoduje, że zgłoszony zarzut jest bezpodstawny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Jak stanowi ww. przepis środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Przeprowadzenie ponownego badania i ocena ofert przez Zamawiającego mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego i wyboru oferty Odwołującego, która była ofertą drugą w kolejności zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert. To oznacza, że Odwołujący miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący niewątpliwie może także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia w przypadku nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty

konkurenta. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, a także stanowiska Odwołującego i wnoszące sprzeciw (Przystępującego) przedstawione w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 24 czerwca 2019 roku, jak również dopuściła i przeprowadziła dowody z innych niż zgromadzone w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dokumentów w postaci: pisma Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o. z dnia 10 maja 2019 r., katalogu Mercedez-Benz, wydruku e-mail z dnia 7 czerwca 2019 r. z Centrali Mercedes (dowody złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem), wydruku e-mail z dnia 10 czerwca 2019 r. od przedstawiciela Mercedes-Benz, opisu systemu BA3, faktury VAT 180/MAG/2019 i oferty na uprząż (dowody złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym).

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny

z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem II SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 sztuk ambulansów typu C dla potrzeb Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu (ust. 1). Szczegółowy opis wymogów przedmiotu zamówienia został zawarty w tabeli minimalnych wymagań techniczno - użytkowych ambulansów, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ (ust. 2). W ust. 6 wskazano, iż wykonawca udzieli gwarancji bez limitu kilometrów na dostarczona ambulanse, której ważność rozpocznie się od daty podpisania pozytywnego protokołu odbioru pojazdu:

1) na pojazd bazowy - na okres nie krótszy niż 24 miesiące; 2) na zabudowę medyczną - na okres nie krótszy niż 24 miesiące; 3) na powłokę lakierniczą - na okres nie krótszy niż 36 miesięcy (na skutek pytań wykonawców dopuszczono możliwość zaoferowania gwarancji na powłokę lakierniczą 24 miesiące); 4) na perforację nadwozia - na okres nie krótszy niż 60 miesięcy; 5) na wyposażenie medyczne np. nosze i transporter - na okres nie krótszy niż 24 miesiące, z zastrzeżeniem dostępności części zamiennych przez okres min. 5 lat od daty upływu gwarancji (na skutek pytań wykonawców dopuszczono możliwość zaoferowania dostępności części zamiennych przez okres min. 5 lat od daty podpisania protokołu odbioru).

W Rozdziale XI SIWZ Zamawiający przedstawił sposób obliczenia ceny ofertowej. Wskazał, iż cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ (ust. 1).

W Rozdziale XII ust. 1 SIWZ Zamawiający przedstawił kryteria oceny ofert, którymi były:

1. cena - o znaczeniu 60%;

2. oferowany okres gwarancji na dostarczone ambulanse z uwzględnieniem podziału, o którym mowa w Rozdziale II ust. 6 pkt 1-5 zgodnie ze wskazaniem wykonawcy w ofercie - o znaczeniu 15%;

3. ocena techniczna zgodnie ze wskazaniem wykonawcy w ofercie - o znaczeniu 25%.

Ocenie technicznej, zgodnie z ust. 2, podlegały następujące parametry:

1) fabryczny system wspomagania domykania drzwi bocznych prawych;

2) fabryczny system wspomagania domykania drzwi bocznych lewych;

3) asystent martwego punktu;

4) system ostrzegający o możliwości kolizji;

5) skrzynia biegów automatyczna;

6) sygnalizacja pneumatyczna.

Maksymalna suma punktów możliwa do uzyskania w kryterium Ocena techniczna (suma punktów z kolumny nr 3 tabeli minimalnych wymagań techniczno - użytkowych) wynosiła 30

pkt.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał podania m.in. łącznej ceny ofertowej brutto (ze wskazaniem także ceny netto oraz VAT), w tym ceny brutto noszy (ze wskazaniem także ceny netto oraz VAT), ceny brutto transportera (ze wskazaniem także ceny netto oraz VAT), ceny brutto systemu SWD (ze wskazaniem także ceny netto oraz VAT). Dalej należało podać oferowane okresy gwarancji dla 5 pozycji wyszczególnionych w Rozdziale II ust. 6 SIWZ.

Z kolei w załączniku nr 4 do SIWZ Tabela minimalnych wymagań techniczno - użytkowych ambulansów należało podać producenta, model oferowanego pojazdu oraz rok produkcji. W tabeli wskazane zostały wymagane parametry pojazdów, w stosunku do których wykonawca miał określić czy je spełnia („TAK/NIE") oraz opisać oferowane parametry w sposób wskazany przez Zamawiającego. W tabeli wskazano m.in. parametry punktowane w ramach kryterium oceny ofert Ocena techniczna, określonego w Rozdziale XI SIWZ, z podaniem liczby punktów możliwych do uzyskania. W punkcie I.1.24 Tabeli wskazano na następujący wymóg: „System ostrzegający o możliwości kolizji (wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody i za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu." Dodano, iż jest to parametr punktowany - niewymagany. Za potwierdzenie jego spełnienia wykonawcy mogli otrzymać 5 pkt. W punkcie V.5.4 Tabeli wskazano wymóg: „System wspomagania nagłego hamowania".

W § 6 ust. 1 pkt 1-5 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż „wykonawca udzieli gwarancji na przedmiot umowy zgodnie ze złożoną przez wykonawcę ofertą, tj. na okres liczony od dnia odbioru przez Zamawiającego:

1) okres gwarancji na pojazd bazowy - ..... miesiące/cy bez limitu kilometrów,

   gwarancją producenta pojazdu bazowego potwierdzoną w karcie gwarancyjnej;

2) okres gwarancji na zabudowę medyczną - ..... miesiące/cy bez limitu kilometrów,

   gwarancją producenta zabudowy medycznej potwierdzoną w karcie gwarancyjnej;

3) okres gwarancji na powłokę lakierniczą - ..... miesiące/cy bez limitu kilometrów,

   gwarancją producenta pojazdu bazowego potwierdzoną w karcie gwarancyjnej;

4) okres gwarancji na perforację nadwozia - ..... miesiące/cy bez limitu kilometrów,

   gwarancją producenta pojazdu bazowego potwierdzoną w karcie gwarancyjnej;

5) okres gwarancji producenta na wyposażenie medyczne - ..... miesiące/cy,

   z zastrzeżeniem dostępności części zamiennych przez okres min. 5 lat od daty upływu gwarancji.

W dniu 18 kwietnia 2018 r., w odpowiedzi na pytanie nr 18 o treści: „Prosimy o potwierdzenie, że wskazany w § 6 ust. 1-4 wzoru umowy wymóg gwarancji producenta potwierdzonej w karcie gwarancyjnej dotyczy jedynie, aby udzielona przez producenta gwarancja została potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy czym jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez wykonawcę, a wskazanej w tych postanowieniach. Należy wskazać, że żaden z innych punktów SIWZ nie wskazuje, że okres gwarancji producenta musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez wykonawcę (nie ma takich postanowień jakie zawiera wzór umowy). Gwarancja producenta jest udzielana na warunkach rynkowych, ogólnodostępnych dla wszystkich uczestników obrotu. Wprowadzenie przez Zamawiającego zrównania okresu gwarancji producenta i wykonawcy oznaczałoby konieczność negocjowania z producentem warunków gwarancji, tak aby okres gwarancji odpowiadał warunkom określonym w SIWZ, co niejednokrotnie byłoby niemożliwe do osiągnięcia. W związku z okolicznością, iż pozostałe elementy SIWZ nie zawierają przy określeniu gwarancji takiego odwołania jak w treści wzoru umowy proponujemy wykreślenie z § 6 ust. 1-4 wzoru umowy końcowej części tych postanowień od słów „gwarancja producenta" i w ich miejsce wprowadzenia osobnego ustępu o następującej treści „Okres gwarancji producenta odpowiednio pojazdu bazowego/zabudowy medycznej/sprzętu medycznego zostanie potwierdzony w karcie gwarancyjnej" Zamawiający wskazał, iż oczekuje gwarancji liczonej od daty dostawy przedmiotu zamówienia. Gwarancja udzielona przez producenta powinna zostać potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy czym jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez wykonawcę (Gwaranta), z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 19 o treści: „Prosimy o zmianę treści § 6 ust. 1 pkt 5 przez usunięcie określenia „producenta." Zamawiający wymaga udzielenia gwarancji na określony czas przez wykonawcę, nie producenta pojazdu. Wskazany zapis jest sprzeczny

z pozostałymi postanowieniami SIWZ, które wymagają podania okresu gwarancji na sprzęt bez wskazania, że jest to gwarancja producenta. Zastosowanie do niniejszego pytania znajdzie również argumentacja przedstawiona w pytaniu powyżej." Zamawiający wyjaśnił, iż wyraża zgodę na powyższe i usuwa określenie „producenta" oraz wskazał, iż wzór umowy ze zmianami stanowi załącznik do tej informacji.

W związku z udzielonymi odpowiedziami na pytania nr 18 i 19, Zamawiający wprowadził zmiany w § 6 ust. 1 wzoru umowy, gdzie wskazano, iż „wykonawca udzieli gwarancji na przedmiot umowy zgodnie ze złożoną przez wykonawcę ofertą, tj. na okres liczony od dnia odbioru przez Zamawiającego:

6) okres gwarancji na pojazd bazowy -.....miesiące/cy bez limitu kilometrów;

7) okres gwarancji na zabudowę medyczną -.....miesiące/cy bez limitu kilometrów;

8) okres gwarancji na powłokę lakierniczą -.....miesiące/cy bez limitu kilometrów;

9) okres gwarancji na perforację nadwozia -.....miesiące/cy bez limitu kilometrów;

10) okres gwarancji na wyposażenie medyczne - ..... miesiące/cy, z zastrzeżeniem dostępności części zamiennych przez okres min. 5 lat od daty upływu gwarancji.

Z postanowień tych wykreślono fragmenty odnoszące się do gwarancji producenta potwierdzonej w karcie gwarancyjnej. Z kolei w § 6 ust. 2 wzoru umowy wskazano, iż okres gwarancji producenta odpowiednio pojazdu bazowego/zabudowy medycznej/sprzętu medycznego zostanie potwierdzony w karcie gwarancyjnej.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty - Odwołującego, Przystępującego oraz oferta wykonawcy Ratownik - Ambulanse Sp. z o.o. Sp. k., która została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Przystępujący w części B formularza ofertowego wskazał, iż oferuje realizację przedmiotu zamówienia za łączną cenę ofertową brutto 4 183 710,60 zł (w tym netto 3 453 820,00 zł oraz VAT 729 890,60 zł), w tym:

Cena brutto noszy: 17 955,00 zł (w tym netto 16 625,00 zł oraz VAT 1 330,00 zł)

Cena brutto transportera: 27 000,00 zł (w tym netto 25 000,00 zł oraz VAT 2 000,00 zł)

Cena brutto systemu SWD: 201 846,10 zł (w tym netto 164 102,50 zł oraz VAT 37 743,57 zł).

Dalej wskazał, iż oferuje następujące okresy gwarancji:

1) na pojazd bazowy - na okres nie krótszy niż 60 miesięcy;

2) na zabudowę medyczną - na okres nie krótszy niż 62 miesiące;

3) na powłokę lakierniczą - na okres nie krótszy niż 36 miesięcy;

4) na perforację nadwozia bezwarunkowa gwarancja - na okres nie krótszy niż 144 miesiące;

5) na wyposażenie medyczne np. nosze i transporter - na okres nie krótszy niż 61 miesięcy.

W załączniku nr 4 do SIWZ, w Tabeli minimalnych wymagań techniczno - użytkowych ambulansów w punkcie 1.1.24 Przystępujący oświadczył, iż oferuje system ostrzegający o możliwości kolizji (wizualnie i dźwiękowo ostrzega o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody i za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania wspomaga kierowcę w gwałtownym hamowaniu). W punkcie V.5.4 Przystępujący potwierdził, że oferuje pojazd wyposażony w system wspomagania nagłego hamowania.

Odwołujący w części B formularza ofertowego wskazał, iż oferuje realizację przedmiotu zamówienia za łączną cenę ofertową brutto 3 971 652,50 zł (w tym netto 3 273 000,00 zł oraz VAT 698 652,50 zł), w tym:

Cena brutto noszy: 189 989,80 zł (w tym netto 175 916,50 zł oraz VAT 14 073,30 zł)

Cena brutto transportera: 199 800,00 zł (w tym netto 185 000,00 zł oraz VAT 14 800,00 zł)
Cena brutto systemu SWD: 184 500,00 zł (w tym netto 150 000,00 zł oraz VAT 34 500,00 zł).

Dalej wskazał, iż oferuje następujące okresy gwarancji:

1) na pojazd bazowy - na okres nie krótszy niż 24 miesiące;

2) na zabudowę medyczną - na okres nie krótszy niż 36 miesięcy;

3) na powłokę lakierniczą - na okres nie krótszy niż 37 miesięcy;

4) na perforację nadwozia bezwarunkowa gwarancja - na okres nie krótszy niż 144 miesiące;

5) na wyposażenie medyczne np. nosze i transporter - na okres nie krótszy niż 60 miesięcy.

W załączniku nr 4 do SIWZ, w Tabeli minimalnych wymagań techniczno - użytkowych ambulansów w punkcie 1.24 Odwołujący oświadczył, iż nie oferuje systemu ostrzegającego o możliwości kolizji. Wskazał, iż system fabryczny jest niedostępny na dzień składania ofert, natomiast urządzenia niefabryczne są nieakceptowalne technicznie z uwagi na bezpieczeństwo oraz ograniczenie uprawnienia z tytułu gwarancji pojazdu bazowego i ambulansu.

W dniu 15 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień treści złożonej oferty w związku z pismem otrzymanym od Odwołującego w dniu 14 maja 2019 r., w którym ww. wykonawca informował o nieprawidłowościach w ofercie Przystępującego w zakresie wskazania łącznej ceny ofertowej oraz zaoferowanego okresu gwarancji dla pojazdu bazowego.

Pismem z dnia 20 maja 2019 r. Przystępujący wyjaśnił, iż Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym „łącznej ceny ofertowej" brutto, netto oraz wartości podatku VAT. W ofercie Przystępującego podana jest zgodnie z wymaganiami Zamawiającego łączna cena za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości: cena ofertowa brutto: 4 183 710,60 zł. tj. netto: 3 453 820,00 zł. i podatek VAT: 729 890,60 zł. Cena ofertowa brutto (łączna cena za realizację całości zamówienia) jest jedyną kwotą, która podlega ocenie. Ponadto Zamawiający wymagał podania w Formularzu ofertowym ceny za trzy wybrane przez siebie elementy składowe przedmiotu zamówienia (tj. nosze, transporter, system SWD). Elementy te stanowią jedynie część przedmiotu zamówienia, a zatem suma ich wartości w żaden sposób nie może dawać wyniku w postaci całkowitej wartości oferty. Jednocześnie Przystępujący poinformował, że podane w ofercie ceny składowe oraz łączna cena ofertowa brutto są prawidłowe i podane zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W kwestii gwarancji wskazał, iż odpowiedź na pytanie nr 18 (zadane w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp) określa termin, od którego zaczyna biec okres gwarancji oraz potwierdza, że gwarancja producenta powinna być potwierdzona na karcie gwarancyjnej. Ponadto w odpowiedzi na pytanie 18 Zamawiający wskazał: „Gwarancja udzielona przez producenta powinna zostać potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy czym jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez Wykonawcę (Gwaranta), z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy". Wykonawca rozumie, że Zamawiający zastosował taki zapis aby zabezpieczyć się przed sytuacją, w której wykonawca skraca okres gwarancji poniżej okresu gwarancji producenta. Nie ma jednak żadnych przeciwskazań aby okres gwarancji został przez wykonawcę wydłużony ponad okres gwarancji producenta. Ponadto z odpowiedzi na pytanie nr 19 wynika wprost, że Zamawiający wymaga gwarancji wykonawcy, (którego również nazywa „Gwarantem"). Przystępujący wskazał, iż w swoim piśmie z 14 maja 2019 r. Wykonawca Zeszuta powołuje argument, iż „Oferowana gwarancja miała być gwarancją producenta potwierdzoną w karcie gwarancyjnej." - co nie jest prawdą. Zgodnie ze zmianą SIWZ Zamawiający zmienił postanowienia §6 wzoru umowy poprzez usunięcie sformułowania dotyczącego gwarancji producenta. §6 ust. 1 wzoru umowy przyjął brzmienie: „Wykonawca udziela gwarancji na (...)". W Rozdziale II pkt 6 ppkt 1-5 SIWZ Zamawiający wymaga: „Wykonawca udzieli gwarancji bez limitu kilometrów...". W SIWZ ani we wzorze umowy nie ma natomiast warunku dotyczącego gwarancji producenta. Zapisy SIWZ nie określają długości gwarancji producenta, a jedynie długość gwarancji wykonawcy. Postanowienie §6 ust. 2 wzoru umowy określa jedynie, że okres gwarancji producenta musi być potwierdzony w karcie gwarancyjnej, co jest oczywiste ponieważ producent udziela gwarancji na wyprodukowany przez siebie sprzęt niezależnie od gwarancji udzielonej przez wykonawcę.

W dniu 23 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: czy cena brutto noszy i transportera jest ceną za 1 sztukę; czy cena brutto systemu SWD jest ceną za 1 sztukę czy za 10 sztuk. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w dniu 24 maja 2019 r. wyjaśnił, iż cena brutto noszy i transportera jest ceną za 1 szt. natomiast cena brutto systemu SWD jest ceną za 10 szt.

Pismem z dnia 29 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego. Oferta Przystępującego otrzymała łączną liczbę 96,96 punktów w kryteriach oceny ofert, w tym 56,96 pkt w kryterium cena, 15 pkt w kryterium okres gwarancji i 25 pkt w kryterium ocena techniczna. Drugą w kolejności była oferta Odwołującego, która uzyskała łączną liczbę 92,79 punktów w kryteriach oceny ofert, w tym 60 pkt w kryterium cena, 11,96 pkt w kryterium okres gwarancji i 20,83 pkt w kryterium ocena techniczna.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty odwołania oparte na argumentacji dotyczącej podania przez Przystępującego w formularzu ofertowym niewłaściwych, wprowadzających w błąd danych co do ceny łącznej poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, z której Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), czyn nieuczciwej konkurencji (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

W ocenie Izby Odwołujący błędnie wywiódł z treści SIWZ, że Zamawiający wskazując w formularzu ofertowym (część B) na wymóg podania łącznej ceny ofertowej, wymagał także podania łącznej ceny 10 kompletów noszy, 10 kompletów transporterów oraz 10 kompletów systemu SWD. Izba stwierdziła, iż Zamawiający w treści SIWZ nie przedstawił szczegółowych wymagań w zakresie sposobu wskazania ceny w formularzu ofertowym, poza tym, że w Rozdziale XI ust. 1 SIWZ postanowił, iż cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ. W treści formularza ofertowego Zamawiający wskazał na konieczność podania łącznej ceny ofertowej, natomiast nie wyartykułował w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości czy w przypadku trzech elementów składowych ceny wyszczególnionych w formularzu, tj. noszy, transportera i systemu SWD również należy podać cenę łączną, tj. cenę wszystkich kompletów czy cenę jednostkową. W oparciu o literalną treść SIWZ nie da się przesądzić, że zamiarem Zamawiającego było, aby wykonawcy podali ceny łączne poszczególnych komponentów wyposażenia tak jak wywodzi to obecnie Odwołujący. Wręcz przeciwnie - można wywieść także wniosek, że Zamawiający wymagał właśnie podania cen jednostkowych tych komponentów na co wskazuje użycie przez niego w opisie liczby pojedynczej (np. „cena brutto transportera" a nie „cena brutto transporterów") czy też brak użycia przymiotnika „łączna" w odniesieniu do ceny brutto noszy, transportera czy systemu. Te niejednoznaczności nie pozwalają na uznanie, że sposób podania ceny przez Przystępującego świadczył o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, skoro SIWZ wprost nie stawiała wymogu w zakresie sposobu przedstawienia cen komponentów wyposażenia pojazdu. Należy także mieć na uwadze, że te wyszczególnione w formularzu ofertowym elementy składowe ceny ofertowej nie wpływały w żaden sposób na punktację przyznawaną w kryterium oceny ofert i miały wyłącznie charakter informacyjny.

W tym stanie rzeczy nie sposób także uznać za zasadny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419, dalej jako „u.z.n.k.") czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji wart. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). Oznacza to, iż aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący zaistnienia tych przesłanek nie wykazał, poprzestając na twierdzeniu, że Przystępujący przedstawił w formularzu ofertowym niewłaściwe, wprowadzające w błąd dane dotyczące ceny łącznej poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, która to argumentacja nie znajdowała oparcia w treści postanowień SIWZ, co omówiono powyżej.

Izba nie przyznała także racji Odwołującemu, iż sposób przedstawienia danych co do ceny w formularzu ofertowym przez Przystępującego świadczyć miał o zaoferowaniu skrajnie zaniżonych cen, czy wręcz o ich dumpingowym charakterze. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za cenę rażąco niską uznaje się przede wszystkim taką cenę, która nie pozwala wykonawcy na wykonanie zamówienia nie pokrywając kosztów jego realizacji. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która wskazywałaby, że cena oferty Przystępującego była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna była wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przystępujący w ramach wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 jasno wytłumaczył, w jaki sposób podał kwoty w formularzu ofertowym, wskazując, że w przypadku noszy i transportera były to ceny jednostkowe. Wyjaśnienia

Przystępującego były spójne z kalkulacją przedstawianą przez niego w postępowaniu odwoławczym. Cena jego oferty nie odbiegała od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, czy to w odniesieniu do łącznej ceny ofertowej brutto, czy w odniesieniu do cen noszy, transportera i systemu SWD. Samo zaś wskazanie w formularzu ofertowym cen jednostkowych, a nie łącznych noszy i transportera, jak wskazano powyżej, nie przesądzało o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Przystępującego pomimo, że zawierała błędy w obliczeniu kwoty podatku VAT i wartości końcowej brutto oferty, Izba uznała za nieudowodniony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazuje się w orzecznictwie, warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Błąd w obliczeniu ceny zachodzi więc, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT (por. m.in. wyrok KIO z dnia 16 maja 2018 r. sygn. akt KIO 827/18). Zamawiający w treści SIWZ nie przewidział szczegółowych wytycznych w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej, wskazał jedynie, iż cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ (Rozdział XI ust. 1) oraz wymagał wskazania w formularzu ofertowym oprócz łącznej ceny ofertowej brutto także ceny noszy, transportera i systemu SWD. Oczywistym jest, że ww. trzy elementy składowe nie stanowiły wszystkich kosztów składających się na cenę ofertową (nie było wśród nich pojazdu bazowego, pozostałego wyposażenia medycznego, etc.). W związku z tym wywodzenie przez Odwołującego jedynie na podstawie wskazanych w ofercie Przystępującego cen tych trzech elementów składowych oraz łącznej ceny oferty wniosków co do błędnego obliczenia stawki podatku VAT, wobec braku posiadania wiedzy co do pozostałych elementów składowych kalkulacji ceny ofertowej, było nieuzasadnione.

Co istotne, to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta Przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny. Jak stanowi art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom. Odwołujący nie tylko nie przedstawił dowodów na potwierdzenie stawianego zarzutu, ale także w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji Przystępującego przedstawionej w piśmie procesowym, gdzie wyjaśnił on, w jaki sposób skalkulował cenę łączną i przedstawił na to stosowne dowody (fakturę VAT i ofertę sprzedażową). Odwołujący na rozprawie nie podjął nawet próby obrony swojego stanowiska zawartego w odwołaniu i odparcia argumentacji przeciwnika procesowego, trudno zatem w tej sytuacji uznać, aby sprostał on spoczywającemu na nim obowiązkowi dowodowemu.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oparty na okoliczności, że zawarta w ofercie Przystępującego treść dotycząca udzielenia gwarancji nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Izba wskazuje, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego, który przez opis parametrów przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia i sposobem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt 373/16). Zgodnie z obowiązującą w postępowaniu odwoławczym zasadą kontradyktoryjności ciężar udowodnienia, że treść oferty konkurencyjnej nie odpowiada treści SIWZ spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutek prawny domagając się jej odrzucenia - czyli w tym wypadku na Odwołującym. Odwołujący zobligowany był zatem

wykazać na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą Przystępującego a specyfikacją Zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie Przystępującego nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ.

Izba ustaliła, iż wynikającym z SIWZ obligatoryjnym wymogiem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie gwarancji na pojazd bazowy, był wymóg wskazany w Rozdziale II ust. 6 pkt 1) o treści: „wykonawca udzieli gwarancji bez limitu kilometrów na dostarczona ambulanse, której ważność rozpocznie się od daty podpisania pozytywnego protokołu odbioru pojazdu na pojazd bazowy - na okres nie krótszy niż 24 miesiące". Bezsporne było pomiędzy Stronami, iż na pojazd bazowy marki Mercedes-Benz Sprinter udzielana jest gwarancja przez jej producenta na okres 24 miesięcy (Odwołujący w treści odwołania wprost wskazał, że producent potwierdzi 24-miesięczną gwarancję bez limitu kilometrów). Z oferty Przystępującego wynikało jednoznacznie, iż zaoferował on gwarancję na pojazd bazowy na okres dłuższy niż 24 miesiące. Abstrahując zatem od kwestii interpretacji odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 18 i 19 oraz dokonanych w ich następstwie zmian treści SIWZ, w okolicznościach sprawy nie budzi wątpliwości, że Przystępujący zaoferował gwarancję na okres nie krótszy niż 24 miesiące, spełniając obligatoryjny wymóg stawiany przez Zamawiającego i na ten również okres obowiązywać będzie gwarancja producenta. W konsekwencji nie można tu mówić o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, skoro wyżej opisany wymóg minimalny został spełniony.

Sporna pomiędzy Odwołującym i Przystępującym była okoliczność, czy Przystępujący mógł zaoferować dłuższą gwarancję własną niż gwarancja producenta, natomiast w świetle postanowień SIWZ zaoferowanie dłuższego niż minimalny okresu gwarancji było fakultatywne

1 miało wpływ wyłącznie na liczbę punktów przyznawanych w ramach kryterium oceny ofert nr

2 w podkryterium dotyczącym pojazdu bazowego. W konsekwencji ewentualne nieprawidłowości w tym zakresie mogłyby znaleźć przełożenie na kwestię punktacji przyznanej oferentom, natomiast nie mogłyby świadczyć w tym wypadku o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ i skutkować jej odrzuceniem. Czym innym jest bowiem ocena oferty w ramach kryteriów oceny ofert, a czym innym jej badanie oferty pod kątem zgodności z wymaganiami SIWZ. Odwołujący nie wykazał, aby oferta Przystępującego była niezgodna z obligatoryjnymi, merytorycznymi wymaganiami SIWZ, w szczególności aby wymóg zaoferowania gwarancji nie krótszej niż 24 miesiące nie został spełniony. Już z tego względu przedmiotowy zarzut nie mógł podlegać uwzględnieniu.

Odnosząc się do kwestii interpretacji postanowień SIWZ, która była sporna pomiędzy Odwołującym i Przystępującym, Izba stwierdziła, iż treść SIWZ zawierała niespójności w zakresie wymogów dotyczących gwarancji na pojazd bazowy. Postanowienia Rozdziału II ust. 6 SIWZ w sposób jasny referowały do gwarancji udzielanej przez wykonawcę - to wykonawca miał udzielić gwarancji bez limitów kilometrów na ambulanse, w tym na pojazd bazowy i wyszczególnione jego elementy oraz wyposażenie. Podobnie w treści Rozdziału XII opisującego kryteria oceny ofert brak jest odniesienia do gwarancji producenta - oferowany okres gwarancji miał mieć miejsce z uwzględnieniem podziału wskazanego w Rozdziale II ust. 6 pkt 1-5 i w taki sposób był też punktowany. Powyższe dowodzi, że ocenie w kryterium nr 2 podlegał okres gwarancji oferowanej przez wykonawcę, a nie gwarancji producenta. Nie ma zatem racji Odwołujący twierdząc, iż oferowana gwarancja miała być gwarancją producenta potwierdzoną w karcie gwarancyjnej. Zamawiający wyraźnie rozdzielił gwarancję wykonawcy od gwarancji producenta udzielając odpowiedzi na pytanie nr 18 i 19 do treści SIWZ, co potwierdził następnie usuwając z treści § 6 ust. 1 pkt 1-5 wzoru umowy odesłania do gwarancji producenta. Z treści SIWZ nie wynika także wywodzony przez Odwołującego obowiązek potwierdzenia przez producenta w karcie gwarancyjnej długości zaoferowanej przez wykonawcę gwarancji na pojazd bazowy. Powoływany przez Odwołującego w tym kontekście § 6 ust. 2 wzoru umowy nie wskazuje na powyższe, a jedynie zawiera wymóg, aby gwarancja producenta była potwierdzona w karcie gwarancyjnej (czyli aby Zamawiający wraz z pojazdem otrzymał także dokument potwierdzający długość gwarancji producenta).

W świetle powyższych postanowień SIWZ wątpliwości budzi odpowiedź udzielona przez Zamawiającego na pytanie nr 18, gdzie wskazano, iż „gwarancja udzielona przez producenta powinna zostać potwierdzona w karcie gwarancyjnej, przy czym jej okres nie musi być równy okresowi gwarancji udzielonej przez wykonawcę (gwaranta), z zastrzeżeniem iż nie może być krótszy." Mając na uwadze całokształt dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia powstaje wątpliwość czy sformułowanie „z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy" odnosi się do okresu gwarancji producenta, który nie może być krótszy niż okres gwarancji wykonawcy czy do okresu gwarancji wykonawcy. Choć literalna treść tej odpowiedzi może wskazywać na to pierwsze rozumienie, to nie jest ono spójne zarówno z samą treścią pytania nr 18, jak i z treścią odpowiedzi na pytanie nr 19 i zmianami dokonanymi w następstwie odpowiedzi na pytania nr 18 i 19 w treści § 6 wzoru umowy. Należy zauważyć, iż w treści pytania nr 18 zaakcentowano, iż poza § 6 wzoru umowy treść SIWZ w żadnym innym miejscu nie wskazuje na to, aby okres gwarancji wykonawcy i producenta miał być równy. Z treści tego pytania jasno wynika, że dotyczyło ono ustalenia możliwości zaoferowania różnego okresu gwarancji

wykonawcy i producenta, a jego brzmienie wskazuje na próbę ustalenia czy możliwe jest zaoferowanie dłuższego okresu gwarancji własnej wykonawcy niż gwarancji producenta, na co wskazuje m.in. powołanie się na okoliczność, że gwarancja producenta jest udzielana na warunkach rynkowych, ogólnodostępnych dla wszystkich uczestników, a konieczność negocjowania z producentem warunków gwarancji może być niemożliwa do osiągnięcia. Dalsze wątpliwości powstają, gdy weźmie się pod uwagę, że w efekcie zadanych pytań Zamawiający usunął w § 6 ust. 1 pkt 1-5 wzoru umowy wszelkie odniesienia do gwarancji producenta. Zamawiający zatem w sposób wyraźny oddzielił gwarancję udzielaną przez wykonawcę (która podlegała ocenie w ramach kryteriów oceny ofert) od gwarancji producenta dokonując zmian w SIWZ i to nie tylko w zakresie, do jakiego odnosiło się pytanie nr 19, czyli § 6 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy, lecz w całym § 6 ust. 1 usuwając odniesienia do gwarancji producenta także w przypadku pojazdu bazowego, co Odwołujący zdaje się pomijać.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby nie jest możliwe ustalenie w sposób jednoznaczny czy sformułowanie zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 18 „z zastrzeżeniem, iż nie może być krótszy" należy interpretować w taki sposób, jak czyni to Odwołujący, tj. jako wymóg by długość okresu gwarancji producenta nie była krótsza niż długość okresu gwarancji wykonawcy. Takie rozumienie oznaczałoby, że Zamawiający uzależnił długość okresu gwarancji, jaką mógł zaoferować wykonawca, od długości okresu gwarancji producenta, co nie jest spójne ze zmianami w treści SIWZ, jakie zostały wprowadzone m.in. w efekcie właśnie odpowiedzi na pytanie nr 18, gdzie w sposób wyraźny wyeliminowano obowiązek wykonawców, aby zaoferowana gwarancja była gwarancją producenta. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego, iż celem takiej odpowiedzi było, aby wykonawca nie zaoferował gwarancji krótszej niż gwarancja producenta nie jest przekonująca - jaki bowiem sens miałoby zaoferowanie przez wykonawcę w takiej sytuacji gwarancji krótszej niż gwarancja producenta, kiedy za dłuższy okres gwarancji niż minimalny przyznawane były dodatkowe punkty. Interpretując odpowiedź na pytanie nr 18 tak jak czyni to Odwołujący mielibyśmy do czynienia z sytuacją, kiedy Zamawiający sam pozbawiłby się możliwości posiadania dłuższej gwarancji na pojazd niż oferuje to producent. Jak wskazywał Odwołujący producent pojazdu Mercedes-Benz Sprinter nie dopuszcza możliwości wydłużenia okresu gwarancji ponad standardowe 24 miesiące bez określenia limitu kilometrów. W konsekwencji, w przypadku takim, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdy obie oferty niepodlegające odrzuceniu oferują pojazd tego samego producenta, kryterium oceny ofert jakim był oferowany okres gwarancji na pojazd bazowy w praktyce staje się kryterium pustym.

W ocenie Izby powyższe niejednoznaczności nie pozwalają na przesądzenie w sposób nie pozostawiający wątpliwości, że oferta Przystępującego w zakresie gwarancji na pojazd bazowy była nieprawidłowa. Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji w tym zakresie, na rozprawie nie stawił się. Mając na względzie, iż treść SIWZ należy czytać jako całokształt, z uwzględnieniem zarówno jej postanowień, jak i udzielanych przez Zamawiającego wyjaśnień oraz dokonywanych zmian, Izba doszła do przekonania, że w sytuacji gdy treść SIWZ zawiera niespójności mogące wpływać na wątpliwości interpretacyjne i merytoryczną treść złożonych ofert, nie sposób przesądzić jednoznacznie o istnieniu podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego czy do zmiany punktacji w klasyfikacji ofert. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tytko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ w tym zakresie co do zasady nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia 9 października 2018 r., sygn. akt KIO 1906/18, wyrok KIO z dnia 20 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18.).

Niezależnie od powyższego należy dodać, iż nawet gdyby zaaprobować stanowisko Odwołującego w zakresie interpretacji odpowiedzi na pytanie nr 18 i 19 oraz dokonanych w ich następstwie zmian SIWZ, to sytuacja taka nie mogłaby prowadzić do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu, a to z uwagi na jego brak wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sytuacji kiedy spornym był jedynie okres gwarancji zaoferowany przez

wykonawcę ponad gwarancję producenta (czyli ponad 24 miesiące), czynności podjęte w następstwie orzeczenia Izby przez Zamawiającego zmierzać mogłyby wyłącznie do dokonania zmian w punktacji przyznanej wykonawcom w kryterium oferowany okres gwarancji. Mając zaś na względzie, iż Izba nie uwzględniła zarzutu odnoszącego się do innego punktowanego parametru - systemu ostrzegającego o możliwości kolizji (o czym mowa poniżej), ewentualna zmiana punktacji w kryterium „Oferowany okres gwarancji" nie zniwelowałaby przewagi punktowej oferty Przystępującego nad ofertą Odwołującego tak istotnie, aby to oferta Odwołującego była ofertą pierwszą w rankingu ofert. W związku z tym nawet potwierdzenie się tego zarzutu, w obliczu oddalenia pozostałych, nie mogłoby prowadzić do uznania, że odwołanie wypełnia przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż zarzut ten nie rzutuje na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe nie znalazł uzasadnienia także zarzut naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który Odwołujący opierał na wskazaniu przez Przystępującego niewłaściwych, niezgodnych z oferowanymi produktami i usługami Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o. informacji dotyczących możliwości udzielenia gwarancji. Przystępujący nie kwestionował, że gwarancja przez niego zaoferowana jest gwarancją własną, a nie gwarancją producenta, która obejmuje tylko okres 24 miesięcy, nie sposób tu zatem mówić o tym, aby zaoferowany produkt był niezgodny z oferowanym przez Mercedes-Benz. Odwołujący nie wykazał, aby takie działanie było niezgodne z obowiązującymi przepisami czy też dobrymi obyczajami, istniejącą praktyką handlową, a w treści uzasadnienia odwołania, w punkcie 3 odnoszącym się do kwestii gwarancji, zaniechał przedstawienia jakiejkolwiek argumentacji mającej potwierdzać, że działanie Przystępującego mogło stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, skupiając się na kwestii niezgodności z treścią SIWZ. Niezasadność zaś argumentacji dotyczącej niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ została omówiona już powyżej. W tym stanie rzeczy, mając także na względzie rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, zarzut ten nie mógł podlegać uwzględnieniu.

Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zakresie dotyczącym zaoferowanego systemu ostrzegającego o możliwości kolizji.

Jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom, zaś ciężar wykazania tej okoliczności w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym spoczywał na Odwołującym. Odwołujący zobligowany był wykazać na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie Przystępującego nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ. W kontekście systemu ostrzegania o możliwości kolizji

Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ z zaoferowania pojazdu, który nie spełniał parametru punktowanego opisanego w pkt 1.1.24 załącznika nr 4 do SIWZ. Jak wynika w sposób jednoznaczny zarówno z treści odwołania, jak i z treści SIWZ wymóg, aby pojazd posiadał system ostrzegający o możliwości kolizji był fakultatywny, a jego spełnienie wpływało wyłącznie na możliwą do uzyskania punktację w kryterium oceny ofert „Ocena techniczna" (por. Rozdział XI ust. 2 SIWZ). Zamawiający nie nakładał na wykonawców obowiązku zaoferowania pojazdu wyposażonego w taki system, była to funkcjonalność dodatkowa, za zaoferowanie której można było otrzymać dodatkowe punkty podczas oceny ofert. Również w treści punktu 1.1.24 załącznika nr 4 do SIWZ w adnotacji „Uwaga" wprost wskazano, że jest to „parametr punktowany - niewymagany." W tej sytuacji całkowicie bezzasadne jest stawianie zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ skoro posiadanie przez pojazd systemu ostrzegającego o możliwości kolizji nie było obligatoryjne (nie stanowiło wymagania minimalnego). Czym innym jest ocena oferty w ramach kryterium, czym innym zaś badanie oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami SIWZ. W tym konkretnym przypadku zrównywanie sytuacji ewentualnego niespełnienia przez pojazd wymagań dodatkowo punktowanych w ramach kryterium oceny ofert z niezgodnością oferty z treścią SIWZ nie znajduje żadnego uzasadnienia. Ewentualny brak zaoferowania systemu ostrzegającego o możliwości kolizji mógł świadczyć co najwyżej o nieprawidłowościach w dokonanej przez Zamawiającego ocenie w jednym z kryteriów oceny ofert i wiązać się koniecznością zmniejszenia liczby punktów przyznanych Przystępującemu, a nie z obowiązkiem odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż również argumentacja podniesiona w odwołaniu w tym zakresie jest bezzasadna. Okolicznościami, na których Odwołujący oparł wnioski o niespełnieniu przez pojazd zaoferowany przez Przystępującego wymagania określonego w punkcie 1.1.24 załącznika nr 4 do SIWZ było to, że treść tego wymagania została opisana w sposób analogiczny do tego, jak miało to miejsce w poprzednim prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na dostawę ambulansów typu „C". Wówczas oferowane pojazdy marki Mercedes-Benz Sprinter wyposażone były w dwa odrębne systemy - system Coliision Prevention Assist ostrzegający o możliwości kolizji i osobny system wspomagający hamowanie BAS Pro, podczas gdy obecnie pojazdy marki Mercedes-Benz Sprinter, po zmianie modelowej, posiadają jeden zintegrowany system o nazwie „Aktywny asystent układu hamulcowego" (BA3). Należy jednak zwrócić uwagę na brzmienie punktu 1.1.24 załącznika nr 4 do SIWZ, gdzie opisano funkcjonalności, jakie spełniać ma system ostrzegający o możliwości kolizji: po pierwsze wizualne i dźwiękowe ostrzeganie o zbyt małym odstępie od innego pojazdu lub przeszkody, a po drugie wspomaganie kierowcy w gwałtownym hamowaniu za pomocą systemu wspomagania nagłego hamowania. SIWZ nie precyzuje czy aby spełnić te wymagania pojazd ma być wyposażony w dwa odrębne, niezależnie działające systemy czy też w jeden zintegrowany system, łączący w sobie obie te funkcje (tudzież system składający się z dwóch podsystemów, zintegrowanych ze sobą).

Istotą w ocenie Izby jest zatem, aby spełnione zostały wymagania funkcjonalne określone w punkcie I.1.24 załącznika nr 4 do SIWZ, a okoliczność czy jest to jeden zintegrowany system, który zarówno ostrzega o zbyt małym odstępie, jak i wspomaga hamowanie czy dwa odrębne systemy, pozostaje irrelewantna dla oceny spełnienia przedmiotowego parametru punktowanego, ponieważ SIWZ wymogów w tym zakresie nie

precyzuje. Twierdzenia przedstawione w odwołaniu, jakoby nie było możliwości zaoferowania systemu opisanego jednakowo jak w 2017 r., przed zmianą modelową, nie zostały przez Odwołującego wykazane, w szczególności nie udowodnił on, że pojazd wyposażony w system BA3 nie czyni zadość wymogom wskazanym w punkcie I.1.24. Wręcz przeciwnie - fakt, że zaoferowany przez Przystępującego pojazd wyposażony w system BA3 posiadał funkcjonalności opisane w ww. punkcie, potwierdzają zarówno dowody złożone przez Przystępującego (wydruk e-mail z dnia 10 czerwca 2019 r. oraz opis systemu BA3), jak i dowody złożone przez samego Odwołującego (e-mail z 7 czerwca 2019 r., katalog Mercedes-Benz). Dowody te Izba uznała za wiarygodne i nie wykluczające się wzajemnie.

Z kolei argumentacja Odwołującego przedstawiana na rozprawie, jakoby Przystępujący nie mógł posłużyć się tym samym produktem w dwóch pozycjach, tj. w pkt I.1.24 (kryterium punktowane) oraz w pkt V.5.4 (wymóg konieczny), w ocenie Izby jest argumentacją spóźnioną i możliwą do podniesienia już w odwołaniu. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby jeden zintegrowany system nie mógł spełniać zarówno parametru określonego przez Zamawiającego jako wymóg minimalny, jak również parametru dodatkowo punktowanego. Tymczasem taką możliwość potwierdza już sama treść SIWZ, gdzie Zamawiający referował do „systemu wspomagania nagłego hamowania" zarówno w treści pkt V.5.4, jak i pkt I.1.24 załącznika nr 4 do SIWZ (system wskazany z pkt V.5.4 był elementem rozwiązania opisanego w pkt I.1.24).

Tym samym przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

W konsekwencji nie uwzględnienia przez Izbę wyżej omówionych zarzutów, nie potwierdził się także zarzut ogólny wskazany w petitum odwołania naruszenia art. 91 ust. 1-4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Przystępującego spełnia wymogi wskazane w SIWZ dotyczące kryteriów ceny, oferowanego okresu gwarancji i oceny technicznej, podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zarzut ten oparty został bowiem na tych samych podstawach faktycznych co zarzuty oddalone.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw kwotę 3600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez niego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....