

**WYROK**

Warszawa, dnia 2 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę **MILDAT Sp. z o.o.**

**z siedzibą w Warszawie, ul. Elektronowa 2 bud. D, 03-219 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MILDAT Sp. z o.o.**

**z siedzibą w Warszawie, ul. Elektronowa 2 bud. D, 03-219 Warszawa** i zalicza

w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MILDAT Sp.**

**z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Elektronowa 2 bud. D, 03-219 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

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

**Przewodnicząca:**.....

**Sygn. akt KIO 2464/24**

**Uzasadnienie**

Komenda Główna Policji w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup masek przeciwgazowych pełnotwarzowych wraz z filtropochłaniaczem w ilości 1 300 sztuk w zamówieniu podstawowym oraz do 600 sztuk w zamówieniu w prawie opcji”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 marca 2024 r. pod numerem 59/2024 174584-2024.

W dniu 15 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MILDAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której waga zaofiarowanej maski jest prawidłowa, tj. poniżej 630 g, a Zamawiający dokonał błędnego ważenia, tj. zważył zakres wykraczający poza to, co winno być ważone, a zatem powinno być poniżej dopuszczalnej wagi z SWZ – Zamawiający dokonał ważenia maski oferowanej przez Odwołującego z dodatkowymi elementami (m.in. korki), których waga nie wchodziła w zakres limitu 630 gram, a co zafałszowało wynik i skutkowało odrzuceniem oferty;

ewentualnie

2.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwań do wyjaśnień w zakresie oferty Odwołującego w zakresie m.in. informacji producenta o wadze produktu – w karcie katalogowej – przedmiotowy środek dowodowy - w kontekście wyniku badań Zamawiającego, a skoro Zamawiający w procedurze ważenia inaczej ustalił, to koniecznym było usunięcie wątpliwości z oficjalnym dokumentem – czyli koniecznością wezwania do wyjaśnień;

3.art. 255 pkt 3) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, kiedy nie było podstaw ku temu, bo cena oferty Wykonawcy jest w budżecie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1.o uwzględnienie odwołania w całości;

2.o nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

3.o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- 4.o nakazania ponownego przeprowadzenia etapu badania i oceny ofert, w tym dokonania prawidłowej czynności ważenia maski bez elementów dodatkowych – korków itp.;
- 5.ewentualnie o nakazanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego w zakresie wagi maski;
- 6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa procesowego przez pełnomocnika;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z postanowieniami SWZ, a dokładnie z treścią specyfikacji technicznej (Załącznik nr 2 do SWZ 5/Cut/24/EZ/NFOŚ i GW) ważona miała być wyłącznie maska z uprzężą, a nie z dodatkowymi elementami wymienionymi powyżej, niebędącymi uprzężą. Te elementy są zaś łatwo demontowane.

Zgodnie z wymaganiem z ww. dokumentu – „6) masa części twarzowej maski (z uprzężą) w największym oferowanym przez Wykonawcę rozmiarze nie może przekraczać – 630 g.” Wszelkie zatem inne elementy nie podlegają w świetle wymagania dokumentacji przetargowej ważeniu.

Odwołujący podniósł, że jest dostawcą takich samych masek, wg takich samych wymogów już od kilku lat (dokumentacja postępowań jest tożsama), co więcej przy analogicznych wymaganiach sprzętowych, oferował i dostarczał tożsame maski w latach 2020 oraz 2021. Wtedy wymagania techniczne, w tym w zakresie masy, były tożsame, jak w tym postępowaniu i nie było uwag Zamawiającego co do wagi. Ponadto maski te były przedmiotem certyfikacji na zgodność ze specyfikacją Zamawiającego w Wojskowym Instytucie Chemii i Radiometrii (Certyfikaty 1/2022/OiB oraz 4/2021/OiB), w trakcie której badana była masa maski (punkt 5 Załącznika nr.1 do Certyfikatu) oraz były przedmiotem odbioru w zakresie OiB przez ITB Moratex oraz komisję Zamawiającego. Mimo powyższych wymogów, Wykonawca 3 lipca 2024 r. otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący podniósł, że czynność w postaci odrzucenia jego oferty jest nieprawidłowa, gdyż informacje wskazane w uzasadnieniu odrzucenia nie są prawdziwe, a waga oferowanego rozwiązania przez Wykonawcę jest zgodna z SWZ. Wynik ważenia jest zatem błędny, albowiem samo ważenie zostało przeprowadzone niezgodnie z SWZ (dokładnie z wymaganiami z załącznika nr 2). Przy analogicznych wymaganiach sprzętowych, oferował i dostarczał tożsame maski dwukrotnie w latach 2020 oraz 2021. Wtedy wymagania techniczne, w tym w zakresie masy, były tożsame, jak w tym postępowaniu i nie było uwag Zamawiającego co do wagi masek zarówno na etapie postępowania, jak i przy dostawach.

Odwołujący podniósł także, że pomiar ciężaru maski przeciwgazowej Mestel Safety SGE400/3 – oferowanej przez niego, został dokonany wadliwie. W informacji o odrzuceniu Zamawiający zawarł również materiał zdjęciowy z czynności ważenia. Wynika z tego, że badana maska została zważona w konfiguracji:

1. część twarzowa,
2. nagłowie,
3. opcjonalny pasek na szyję,
4. korki zabezpieczające gniazda filtropochłaniaczy.

Tym samym procedura ważenia odbyła się niezgodnie z wymaganiami określonymi przez samego Zamawiającego. Co więcej, nie jest zatem również prawidłowe stwierdzenie, że dane z karty katalogowej są nieprawidłowe w zakresie masy maski. Karta katalogowa zawiera rzeczywiste dane.

Odwołujący podniósł, iż kwestionuje zakres ważonego przedmiotu, tj. maski w ten sposób, że Zamawiający dokonał ważenia maski z elementami, które nie podlegały tej procedurze. Dodatkowe elementy, nie są bowiem ani elementem integralnym maski, ani też uprzężą do kasku policyjnego. Dokonanie zatem badania poprzez ważenia maski w nadmiarowym zakresie skutkowało otrzymaniem przez Zamawiającego zafałszowanych i błędnych wyników. Ważony przez Zamawiającego przedmiot nie podlegał bowiem pod ww. wymaganie. Zamawiający winien dokonać ważenia maski wyłącznie z uprzężą, po odłączeniu dodatkowych elementów. Ważone jest rozwiązanie w postaci maski wraz z uprzężą. Zamawiający jasno to określił w przywołanym postanowieniu (pkt 4), które odnosiło się do maksymalnej masy. Zamawiający zatem precyzyjnie wskazywał, że maska składać się może z części podstawowej oraz innych elementów, w tym np. dodatkowego nagłowia, ale też i innych rzeczy. Gdyby parametr wagowy dotyczył całości rozwiązania, zapewne Zamawiający tak by to ujął w treści dokumentacji przetargowej, a tak nie było.

Odwołujący dodał, że takie same maski z uprzężą i tymi samymi dodatkami były już przedmiotem dostaw do Zamawiającego i certyfikacji w niezależnym akredytowanym instytucie realizowanych zresztą przez Wykonawcę (lata 2020 i 2021). Wtedy również zapewniona była procedura ważenia maski z uprzężą i te same maski ją przechodziły. Wskazane jako element dodatkowy ww. korki nie są elementem twarzowym maski, zabezpieczają ją przed zabrudzeniem, uszkodzeniem lub służą jako zaślepka w przypadku niestosowania w danym gnieździe filtra i przy wkręcaniu filtrów są wyjmowane, a tylko część twarzowa z uprzężą podlegała w świetle dokumentacji badaniu i ocenie względem masy do 630 g. Maski nawet wraz z dodatkowym nagłowiem mieści się w wymaganej wadze, albowiem

wynosi 628 g (wg badania wykonawcy). Co więcej, przy zastosowaniu filtra ten korek i tak jest wyjmowany. Nie ma zatem wpływu na użytkowanie.

Odwołujący podniósł także, że jeżeli wystąpiły rozbieżności badania/ważenia z danymi przedstawionymi w treści karty katalogowej produktu, to zachodzi podstawa, a wręcz obowiązek do wyjaśnienia tych wątpliwości/rozbieżności w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp lub z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. W takiej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do dokonania takich wyjaśnień, albowiem nie zakwestionował skutecznie karty katalogowej. Co więcej, takie zakwestionowanie nie jest możliwe poprzez czynność badania i musi być poprzedzone wyjaśnieniami. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji przedstawionych próbek to wyszłoby, że waga jest prawidłowa (poniżej 630 g) i skutkowałoby to wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a zatem doszło do wyniku postępowania z uchybieniem zasadom przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z zapisami SWZ to karta katalogowa stanowi podstawowy dokument, w oparciu o który dokonywana jest ocena spełnienia przez oferowane urządzenia minimalnych parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego. Skoro więc pomiędzy kartą katalogową, a złożoną próbką występowały sprzeczności to Zamawiający winien w tym przypadku dążyć do ich wyjaśnienia, a nie z góry przyjmować brak spełnienia wymogu. Zamawiający miał bowiem dokumenty, których wymagał, jako dowód spełnienia wymogu. Zamawiający nie przedstawił rzeczowych argumentów, dlaczego w tym przypadku przypisał nadrzędne znaczenie informacjom, które wywiódł z badania próbki złożonej przez Odwołującego, a co więcej, z informacji o odrzuceniu wyniku, że procedura badania była źle przeprowadzona (niezgodnie z dokumentacją postępowania) – świadczy za tym zdjęcie z informacji o odrzuceniu, gdzie jest nadmiarowe wyposażenie podczas ważenia. Doszło zatem do sytuacji, w której Zamawiający odmówił jednocześnie wartości dowodowej dokumentom, które zostały złożone stosownie do zapisów SWZ, jak i takim, które posiadał od 2020 r. przy poprzednich zakupach tych samych masek. Skoro Zamawiający stwierdził sprzeczność w tym zakresie to winien był ją wyjaśnić, a jeżeli nie widział podstaw ku temu, winien był przedstawić rzeczowe uzasadnienie, dlaczego w tym konkretnym przypadku to informacje wynikające z badania, wraz z opisem całej procedury badania, a nie informacje wynikające z kart katalogowych, przesądzały w sposób jednoznaczny o tym, że wymóg nie został spełniony. Tego rodzaju argumentów Zamawiający nie przedstawił. Przeciwnie, wskazując na to, że stwierdził sprzeczność informacji z karty katalogowej z informacjami powziętymi wskutek badania próbki, jak również wskazując, że swój wniosek oparł na badaniu, Zamawiający potwierdził, że w tym przypadku koniecznym byłoby zweryfikowanie prawidłowości badania i choć wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień – czego zabrakło.

Reasumując Odwołujący podniósł, że w sytuacji, w której oferta Odwołującego jest ważna i nie powinna być odrzucona, to nie było podstaw do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. Cena oferty Wykonawcy jest bowiem w budżecie Zamawiającego, a zatem nie zachodzi ww. przesłanka unieważnienia.

Kopia odwołania została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17 lipca 2024 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania w całości celem wykazania faktów wyszczególnionych w odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, 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. 528 ustawy Pzp.

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

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba nie dopuściła w poczet materiału dowodowego pliku dokumentów dotyczących innych postępowań

prowadzonych przez tego Zamawiającego, uznając że z uwagi na powyższe są one zbędne dla potrzeb oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym postępowaniu i w oparciu o dokumenty tego postępowania.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony postępowania odwoławczego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Specyfikacji Technicznej „Policyjna maska przeciwgazowa pełnotwarzowa wraz z filtropochłaniaczem (A2B2E2K2 P3)”, stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ, pkt 5 „WYMAGANIA TECHNICZNE”, ppkt 5.1.1. Wymaga techniczno-konstrukcyjne maski”, pkt 6 podał „masa części twarzowej maski (z uprzężą) w największym oferowanym przez Wykonawcę rozmiarze nie może przekraczać – 630 g”.

Na potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego wykonawcy - zgodnie z rozdziałem VII SWZ „PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE” zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą następujące wskazane źródłowe, tj. „Karty katalogowe zawierające fotografie oraz opis oferowanego wyrobu (dane techniczne)” oraz „Wzór oferowanego przedmiotu zamówienia w pełnym ukompletowaniu określonym w Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 2 do SWZ- OPZ) po jednym komplecie we wszystkich oferowanych rozmiarach”. Wzory należało dostarczyć w pełnym ukompletowaniu, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał także, że „Dołączone wzory będą podlegały ocenie ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ z wyłączeniem zapisów ustępu 5.1.2.4 oraz 5.1.2.5 tiret 1 oraz 5.2.2.4 oraz 5.3.1.3 i 5.3.1.4 oraz 5.3.2.3 i 5.3.2.4 oraz 5.5.2 a także 6.2 i 6.3 oraz 7.4 i 7.5 oraz 8 i 9”.

Odwolujący zaoferował „Maskę przeciwgazową Mestel Safety SGE 400/3” w specyfikacji której podano „Masa wraz z uprzężą nagłowną: 628 gramów (dla rozmiaru M/L)”.

Zamawiający, pismem z dnia 2 lipca 2024 r., poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując Zamawiający „w Specyfikacji Technicznej postawił wymaganie: 6) masa części twarzowej maski (z uprzężą) w największym oferowanym przez Wykonawcę rozmiarze nie może przekraczać – 630 g. Wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty próbki maski po jednym komplecie we wszystkich oferowanych rozmiarach. Po zważeniu wzoru, okazało się, że waga w największym oferowanym przez Wykonawcę rozmiarze maski przekracza wymagane 630 g. Jest to również niezgodne z informacją przedstawioną w karcie katalogowej, gdzie napisano, że masa maski przeciwgazowej Mestel Safety SGE 400/3 wraz z uprzężą nagłowną wynosi 628 gramów (dla rozmiaru M/L). W rzeczywistości waga ta to: 657,70 gramów. Maski były ważone na wadze certyfikowanej w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym Policji.”.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Pzp, unieważnił postępowanie, gdyż cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że bezspornym jest, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania przez wykonawców masek przeciwgazowych pełnotwarzowych wraz z filtropochłaniaczem, wymagania dla których określił w załączniku nr 2 do SWZ. Jednym z wyspecyfikowanych w nim wymogów dotyczył wagi „części twarzowej maski (z uprzężą) w największym oferowanym przez Wykonawcę rozmiarze”, która miała nie przekraczać – „630 g”.

Bezspornym jest także, że maska zaoferowana przez Odwołującego wagę tę przekraczała. Wynosiła bowiem 657,70 gramów. Okoliczność tę przyznał także Odwołujący, podnosząc, że procedura ważenia odbyła się niezgodnie z wymaganiami określonymi przez samego Zamawiającego, gdyż Zamawiający dokonał ważenia maski z elementami, które nie podlegały tej procedurze. Dodatkowe elementy – jak dalej podniósł - nie są bowiem ani elementem integralnym maski, ani też uprzężą do kasku policyjnego. Tymczasem - jak słusznie podniósł Zamawiający – Odwołujący odnosi pojęcie „uprzęż” do pojęcia „uprzęży do kasku” a nie do „nagłowia”, traktując je jako dodatkowy element wyposażenia, podczas gdy Zamawiający pod pojęciem „uprzęż” rozumiał właśnie część nagłowną, co jest zgodne z powszechnie obowiązującą nomenklaturą, jak również postanowieniami SWZ w tym zakresie. Określonej masy – co wprost wynika z treści specyfikacji technicznej – Zamawiający wymagał dla „części twarzowej maski (z uprzężą)”. Dlatego też ważeniu poddano „część twarzową maski wraz z dwoma korkami zabezpieczającymi gniazda filtropochłaniaczy, które stanowią

*integralną jej część*". Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, że dokonano błędnego pomiaru. Tym bardziej, że ważenie przeprowadzono na wadze certyfikowanej w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym Policji. Nieuprawnionym jest więc twierdzenie Odwołującego jakoby błędnie zważono przedstawioną do badań próbkę z korkami zabezpieczającymi gniazda filtropochłaniaczy, gdyż – wbrew twierdzeniom Odwołującego - stanowią one integralną częśći „części twarzowej maski (z uprzężą)". Korki zabezpieczające gniazda filtropochłaniaczy stanowią nierozzerwalnie związany z konstrukcją maski element. Maskę Mestel Safety SGE 400/3 zaoferowaną przez Odwołującego posiada trzy gniazda filtropochłaniacza z gwintem NATO/DIN 3283/EN-148 o średnicy 40 mm. Rozwiązanie to pozwala więc na zamontowanie trzech filtropochłaniaczy jednocześnie. A ponieważ podczas użytkowania maski – jak wyjaśnił Zamawiający - używany jest jeden filtropochłaniacz to powoduje to, że pozostałe otwory filtropochłaniaczy są zamknięte. Oznacza to, że bez zamontowania korków zabezpieczających gniazda filtropochłaniaczy maska jest bezużyteczna.

Istotnie Odwołujący złożył kartę katalogową, która określa masę zaoferowanej „maski wraz z uprzężą nagłowną” na „628 gramów (dla rozmiaru M/L)". Niemniej jednak przeprowadzone ważenie tej maski temu przeczy. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Okoliczność, iż Odwołujący wcześniej dostarczał maski dla tego Zamawiającego i spełniały one wówczas postawione w SWZ wymogi, nawet jeśli są identyczne, nie oznacza – jak słusznie podniósł Zamawiający – że maska, którą zaoferował Odwołujący w tym postępowaniu pod względem wagi to ta sama maska, którą oferował wcześniej. Nie wiadomo także, czy uprzęż i jej waga są takie same.

Brak jest również podstaw do wzywania Odwołującego do składania wyjaśnień w zakresie jego oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.". Pamiętać bowiem należy, że procedura udzielenia zamówienia jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych ofert, co do zasady, nie może ulec zmianie. Granicą dopuszczalnych poprawek oferty oraz wyjaśnień jej treści jest brak możliwości zmiany oferty. W takim wypadku wyjaśnienia służą wyłącznie ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy. W tym przypadku wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty. Tym bardziej, że badanie przedstawionej próbki potwierdziło, że zaoferowana maska w zakresie dotyczącym jej masy jest niezgodna z treścią SWZ.

W kontekście powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że „zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.". Z przesłanką uregulowaną w tym przepisie wiąże się kwestia finansowania zamówienia publicznego. To brak dostatecznego pokrycia finansowego uzasadnia bowiem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. W tym stanie faktycznym cena oferty wykonawcy – jak wskazał Zamawiający – mieści się w jego budżecie. Niemniej jednak oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona. Wobec czego kwestia unieważnienia postępowania pozostaje bez jakiegokolwiek związku (w zakresie podstawy unieważnienia postępowania) z ceną oferty Odwołującego.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodnicząca:**.....