

WYROK

Warszawa dnia 12 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniu 11 lipca 2024r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez **odwołującego**: „Ronomed” sp. z o.o. sp.k. ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn

przy udziale przystępującego: T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TOMED - Zaopatrzenie Medyczne T.W. ul. Związkowa 3b, 20-148 Lublin, **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego po stronie zamawiającego i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn
i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego**: „Ronomed” sp. z o.o. sp.k. ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 Wrocław tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego**: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn na rzecz **odwołującego**: „Ronomed” sp. z o.o. sp.k. ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 kwotę 7.500,00 zł. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości uiszczzonego wpisu od odwołania
- Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zamówienie na dostawę samochodu do mobilnych badań cytologicznych - CYTOBUS, realizowane z dofinansowaniem na podstawie umowy z Województwem Warmińsko – Mazurskim.

Sprawa została oznaczona: DZPZ / 2650 / 36TP / 2024.

Odwołanie wniesiono na czynność zamawiającego z dnia 25 czerwca 2024r., dotyczącą wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, zwanego też wykonawcy wybranego.

Wnosząc odwołanie, odwołujący zaskarżył dokonanie wyboru i nie wykluczenie oraz nie odrzucenie oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.

Odwołujący twierdzi, że oferta wykonawcy wybranego jest ofertą sprzeczną z treścią swz (specyfikacja warunków zamówienia) i ustawą Pzp, a zatem powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Odwołujący wskazuje na naruszenia interesu prawnego w związku z nie uzyskaniem zamówienia, a co spowoduje szkodę po jego stronie. Oferta odwołującego jest drugą ofertą złożoną w postępowaniu, nie ma innych ofert i odwołujący uzyska zamówienie.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 226 ust. 1 pkt 2, art. 226 ust. 1 pkt 5 , art. 226 ust. 1 pkt 6, art.239 .

Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 25 czerwca 2024r., po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru z dnia 14 czerwca 2024 i wniesionym odwołaniu w związku z tym wyborem, w dniu 19 czerwca 2024r. Postępowanie odwoławcze w związku z wniesionym odwołaniem w dniu 19 czerwca 2024r. zostało umorzone Postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2024r. na podstawie art.568 pkt 2 ustawy Pzp, jako bezprzedmiotowe z uwagi na unieważnienie czynności zaskarżonej (Sygn. akt KIO 2140/24 dołączone do akt przedmiotowej sprawy).

Z uwagi na to, że zamawiający ponownie dokonał wyboru tej samej oferty, to jest oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, odwołujący w dniu 1 lipca 2024r. wniósł przedmiotowe odwołanie.

Odwołujący zapoznając się, z dokumentacją postępowania udostępnioną przez zamawiającego uważa, że oferta przystępującego w sprawie jest niezgodna z swz i ustawą Pzp, ponieważ nie spełnia wymogów swz i ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba na podstawie przeprowadzonego rozpoznania sprawy w oparciu o przywołane wnioski dowodowe, przeprowadzone i rozpoznane w trakcie posiedzenia i rozprawy uwzględniła odwołanie, stwierdzając sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia oraz niedopuszczalność uznania wyniku postępowania wyjaśniającego, dla ważności, a przede wszystkim stwierdzenia zgodności oferty wybranej z wymaganiami zamawiającego co do określenia w ofercie parametrów zamawianego pojazdu (dostawa samochodu do mobilnych badań cytologicznych – CYTOBUS).

Izba ustaliła następujące okoliczności w sprawie, mające wpływ na rozstrzygnięcie sporu wywołanego wniesionym odwołaniem.

W dniu 24 czerwca 2024r. zamawiający na podstawie art.107 ust.4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 4,5,6 formularza parametrów wymaganych w złożonej ofercie, według obowiązującego wzoru załącznik nr 5 do specyfikacji warunków zamówienia. W ocenie Izby treść formularza parametrów wymaganych sporządzony przez zamawiającego (załącznik nr 5 do SWZ) stanowi swoisty opis przedmiotu zamówienia, ponieważ określa wymagania techniczne, użytkowe zamawianego przedmiotu zamówienia. Przy czym niektóre parametry i warunki pojazdu są określone co do ich spełnienia w sposób jednoznaczny, konkretny bez możliwości wyboru dostawcy, a niektóre parametry określane są na zasadzie od – do i tak jest np. w pozycjach 3,4,5, o których wyjaśnienie zwrócił się w trybie art.107 ust.4 ustawy Pzp zamawiający do przystępującego. Izba w tym miejscu przywołuje treść art.107 ust.4 oraz ust.2 ustawy Pzp, dotyczącą przedmiotowych środków dowodowych, w myśl których zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (ust.4), jak również żądać złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (ust.2). Zgodnie z obowiązującą regulacją (dokumenty zamawiającego), zamawiający nie przewidział, a wręcz wykluczył zastosowanie wezwania czy też uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w myśl postanowień art. 107 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych. O powyższym świadczy regulacja swz jak i postanowienia ogłoszenia o zamówieniu (sekcja V- kwalifikacja wykonawców 5.8.) wykaz przedmiotowych środków dowodowych: Sporządzony przez wykonawcę według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, Formularz parametrów wymaganych. 5.9.) Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych: Nie. Tego samego rodzaju postanowienia znajdują się w specyfikacji warunków zamówienia i tak „VIII. Przedmiotowe środki dowodowe W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, zamawiający żąda: 1. Sporządzony przez wykonawcę według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, Formularz parametrów wymaganych. Zamawiający informuje, że nie przewiduje sytuacji wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”

Izba, na podstawie powyżej przywołanych postanowień swz, stwierdza, że zamawiający miał prawo tylko do wyjaśnień.

Dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu ma znaczenie jak wykonawcy powinni rozumieć postanowienia przywołanego formularza parametrów wymaganych (zał.nr 5), a przede wszystkim jak jego wypełnić w spornych pozycjach 4,5,6 to jest: szerokość pojazdu nie większa niż 2,50 m – 4 poz., długość pojazdu (szoferka +zabudowa) nie większa niż 10 m – 5 poz.; próg załadunkowy na wysokości nie przekraczającej 75 cm – 6 poz.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca wybrany złożył ofertę wraz z zał. Nr 5, gdzie w spornych poz.4,5,6 formularza nie określił w miejscu przeznaczonym do wypełnienia przez wykonawcę konkretnych wymiarów oferowanego w poz. 1 pojazdu (Sprinter L317 OM654, diesel, rok produkcji 2023, manualna skrzynia biegów, opony wielosezonowe), a tylko w spornych poz. 4,5,6 przekopiował warunek zamawiającego, który dopuszcza parametry przez określenie ich maksymalnej wielkości. W zaistniałej sytuacji zamawiający wezwał wykonawcę wybranego w dniu 24 czerwca 2024r. (dowód - pismo w aktach sprawy) do podania dokładnych wymiarów szerokości, długości oraz wysokości progu

załadunkowego oferowanego pojazdu.

W ocenie Izby zamawiający nie posiadał podstaw prawnych do wezwania wykonawcy wybranego do podania, po fakcie złożenia oferty, jak sam określił w wezwaniu „dokładnych wymiarów” oferowanego pojazdu, ponieważ dokładne wymiary szerokości, długości oraz wysokości każdy oferent miał obowiązek podać na etapie składania ofert, a nie po tym etapie w trakcie rzekomych wyjaśnień. W ocenie Izby do zaistniałej sytuacji należy posłużyć się postanowieniami art.223 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp, który dopuszcza wyjaśnienia dotyczące treści złożonych ofert, ale niedopuszczalne jest dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian w treści (ust.1), poza oczywistymi omyłkami pisarskimi, oczywistymi omyłkami rachunkowymi, innymi omyłkami polegającymi na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian treści oferty (ust.2). Nawet gdyby teoretycznie rozważać możliwość poprawienia oferty wykonawcy to czyni to zamawiający, a co jest nierealne w zaistniałej sytuacji, ponieważ poprawienia oferty ze względu na posiadaną wiedzę, zamiar ofertowy mógł i dokonał tylko wykonawca wybrany, a nie miał takich obiektywnie istniejących możliwości sam zamawiający.

Izba natomiast nie przyjmuje jako uzasadnionej i usprawiedliwionej argumentacji zamawiającego, jak i przystępującego po jego stronie, że formuła zał. Nr 5 dopuszczała nie wskazywanie konkretnych wymiarów parametrów technicznych oferowanego pojazdu (poz. 4,5,6) z uwagi na to, że tylko w niektórych pozycjach formularza wskazywano na konieczność wpisania modelu, terminu gwarancji, typu podwozia i tak dalej (poz.1, poz.2, poz.13, poz.20, poz.30, poz.34, poz. 36, poz.58). Powyższe stanowisko Izba opiera na tym, że formuła Tabeli do wypełnienia (zał. Nr 5 do SWZ) po lewej stronie w jej nagłówku zawierała wymagania zamawiającego „PARAMETRY I WARUNKI / WYMOGI OGÓLNE”, a po prawej stronie miejsce na ofertę dostawcy z nagłówkiem „PARAMETR OFEROWANY/ PROSZĘ O WPISANIE OFEROWANEGO PARAMETRY”. W ocenie Izby oferenci byli zobowiązani do wpisania konkretnych parametrów oferowanego pojazdu, a nie przekopiowanie na prawą stronę tabeli (miejsce do wypełnienia przez oferenta) wymogów ogólnych zamawiającego, sformułowanych w spornych poz.4,5,6 Tabeli przez wskazanie maksymalnych, a nie konkretnych parametrów: szerokości pojazdu, długości pojazdu, wysokości progu załadunkowego.

Reasumując Izba stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający w zaistniałej sytuacji powinien odrzucić ofertę przystępującego po jego stronie/ wykonawcy wybranego, jako zawierającą treść sprzeczną z warunkami zamówienia, ponieważ sposób wyjaśnień przez poprawienie treści oferty w poz.4,5,6 Tabeli (zał. Nr 5 do swz) nie mieści się z zakresie wyjaśnień przewidzianych art.223 ust.1 i ust.2 w związku z art.107 ust.4 i art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Reasumując Izba uwzględnia podniesione zarzuty odwołania w całości. W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, mając na uwadze, że naruszone przepisy ustawy Pzp, miały istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równowagi stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego 7.500 zł 00gr tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: