Sygn. akt: KIO 1077/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 02 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie przy ul. Farbiarskiej 47 (02-862 Warszawa), ZESZUTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Tużyckiej 8 (03-683 Warszawa), AUTO-FORM DISTRIBUTION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, przy ul. Inwestycyjnej (41-208 Sosnowiec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach, przy ul. Powstańców 52 (40-024 Katowice)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego W.A.S. Wietmarscher-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Ostaszewo 57a (87-148 Łysomice)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ZESZUTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, AUTO-FORM DISTRIBUTION spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1077/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach ul. Powstańców 52, 40-024 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowych, zabudowanych i wyposażonych 14 sztuk ambulansów typu „C" wraz ze sprzętem medycznym dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach." onumerze postępowania: WPR/TZ/252/ZP/03/2024), dalej zwane: „postępowanie".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwane: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w22 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/S 42899-2024.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ZESZUTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, AUTO-FORM DISTRIBUTION spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej zwany: „odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1) czynności wyboru oferty WAS Wietmarscher-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Ostaszewo 57a, (dalej zwanego jako „W.A.S. Wietmarscher-Polska") jako najkorzystniejszej,

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty WAS Wietmarscher-Polska na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy

Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty WAS Wietmarscher Polska jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty WAS Wietmarscher Polska, jako najkorzystniejszej;

2)odrzucenie oferty WAS Wietmarscher Polska na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ);

3)dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazał, iż bierze udział w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego i gdyby zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w petitum odwołania i odrzucił ofertę WAS Wietmarscher Polska na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia, to oferta odwołującego zostałaby uznana, jako oferta najkorzystniejsza. Wskutek zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty WAS Wietmarscher Polska, odwołujący może ponieść szkodę w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem działania Zamawiającego, która powinna być rozumiana jako utrata możliwości wygenerowania przez niego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu na samym wstępie odwołujący przedstawił stan faktyczny. Ponadto w ramach uwag ogólnych wskazał, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Podkreślił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto stwierdzonych niezgodności nie da się usunąć w trybie poprawienia oferty wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Zatem w celu stwierdzenia, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia należy zidentyfikować wymagania co do przedmiotu zamówienia określone przez zamawiającego oraz stwierdzić, że przyjęte przez wykonawcę zobowiązanie nie obejmuje realizacji zamówienia w sposób, jaki wymaga tego zamawiający.

Następnie odwołujący poinformował, że w przypadku dostaw, wymagane jest skonkretyzowanie przez wykonawcę oferowanego przedmiotu zamówienia w samej ofercie w sposób pozwalający na identyfikację oferowanego asortymentu. W przypadku, w którym wykonawca nie wskaże jednoznacznie na zaoferowany przedmiot zamówienia w sposób umożliwiający jego identyfikację, oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia już z tego powodu, bowiem wówczas oferta taka jest niedookreślona. Niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi zasadniczą podstawę do jej odrzucenia w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Z treści oferty musi bowiem wynikać jednoznacznie, jakie produkty i rozwiązania oferuje dany wykonawca, tak aby zamawiający mógł zweryfikować zgodność oferowanych produktów z określonymi w SWZ parametrami technicznymi. Odwołujący wskazał, iż niedopuszczalne jest przy tym doprecyzowanie treści oferty w tym zakresie, że po upływie terminu składania ofert, czy to w ramach jej uzupełnienia lub wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, czy jej poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zabronione jest bowiem także, by wykonawca mógł dookreślić przedmiot swojego świadczenia po upływie terminu składania ofert i zapoznaniu się z ofertami innych wykonawców, co byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 1613/17). Odwołujący na poparcie swojej argumentacji przytoczył inne, liczne orzeczenia Krajowej Izy Odwoławczej.

Jednym z przywołanych był wyrok z dnia 19 września 2023 r. (sygn. akt KIO 2607/23) gdzie Izba wskazała, że *„oferty winny być złożone zgodnie z wymaganiami SWZ i nie mogą być zmieniane czy dostosowywane do wymagań Zamawiającego dopiero po ich otwarciu. Treść ofert musi być jednoznacznie i w pełni sprecyzowana w celu zapewnienia możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia, stosownie do art. 7 pkt 29 Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi zatem o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz o merytoryczny aspekt wymagań postawionych przez zamawiającego, istotnych dla wykonania zamówienia”.*

Podsumowując ogólne uwagi odwołujący wskazał, iż WAS Wietmarscher Polska zaoferował przedmiot

zamówienia niezgodny z warunkami zamówienia, a także co najmniej w kilku aspektach nie sprecyzował oferowanego przedmiotu świadczenia lub oferowanych konkretnych parametrów technicznych oferowanych urządzeń, co powoduje według odwołującego, że złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.
W odniesieniu do niezgodności oferty WAS Wietmarscher Polska z warunkami zamówienia w zakresie braku podania numeru wersji i wariantu pojazdu bazowego zgodnego z homologacją dla pojazdu bazowego, odwołujący wskazał postanowienia SWZ gdzie Zamawiający określił w pkt 9 ppkt 5 lit b) SWZ, że wykonawcy są zobowiązani wraz z ofertą złożyć Specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia – oświadczenie, które stanowi Załącznik nr 1a do SWZ-OPZ (zwany dalej „załącznik nr 1a"). W załączniku tym wykonawcy byli zobowiązani do opisu oferowanego przedmiotu zamówienia wraz ze skonkretyzowaniem oferowanych pojazdów, urządzeń i ich parametrów technicznych. We wstępie załącznika nr 1a jak podkreślił odwołujący wskazano: „Parametry z wpisanymi przez Zamawiającego wartościami w kolumnie „Wymagane warunki techniczno-użytkowe" należy traktować jako graniczne. Oferty, które nie spełniają tych wymagań zostaną odrzucone jako niezgodne z SWZ. Przez opis oferowanego parametru rozumie się wskazanie przez Wykonawcę szczegółowego opisu odnoszącego się do konkretnie oferowanego parametru w zakresie treści odpowiadającym co najmniej treści zawartej w kolumnie „Wymagane warunki techniczno-użytkowe". Dodatkowo w pozycjach określonych w niniejszym załączniku wykonawca zobowiązany jest podać jednostkowy zakres oferowanego parametru.

W zmodyfikowanym załączniku nr 1a w części dotyczącej wymagań co do pojazdu bazowego przeznaczonego do adaptacji na ambulans typu C, Zamawiający wymagał podania *„marki, typu, modelu, wersji oraz wariantu oferowanego pojazdu bazowego przeznaczonego do adaptacji na ambulans"*. Jak zwrócił uwagę odwołujący jednoznaczna konkretyzacja przez wykonawcę oferowanego pojazdu możliwa jest bowiem jedynie przez wskazanie wszystkich danych obejmujących markę, model, wersję i wariant. Dopiero łącznie te informacje wskazują na konkretny pojazd charakteryzujący się określonymi parametrami, tj. oznaczenie silnika, masy własnej i nacisku na osie, rozstaw osi, skrzynię biegów, poziom emisji spalin itd., które następnie pozwalają zamawiającemu na stwierdzenie czy zaoferowany pojazd bazowy spełnia wymagania zawarte w OPZ. Skonkretyzowanie wersji i wariantu pojazdu bazowego umożliwia także potwierdzenie, że dla oferowanego pojazdu bazowego wydano homologację dopuszczającą go do ruchu publicznego.

Odwołujący wskazał, iż w ofercie WAS Wietmarscher Polska zaoferował pojazd bazowy przeznaczony do adaptacji na ambulans typu „C" marki Mercedes-Benz, typ homologacyjny 906BB50, model Sprinter, wersja QG2AB3A2XXAXW03C, wariant V2W61388DXXA. Odwołujący dalej podkreślił, iż dla każdego pojazdu bazowego, w celu potwierdzenia, że wyprodukowany pojazd bazowy spełnia wymagania dopuszczające go do ruchu, wydawany jest dokument homologacji. Dla pojazdu bazowego Mercedez-Benz, typ homologacyjny 906BB50 została wydana homologacji nr: e1 *2007/46*0296*20, na dowód czego odwołujący przedłożył załącznik nr 10 do odwołania - wyciąg z homologacji. Dalej odwołujący podkreślił, iż w homologacji nr: e1 *2007/46*0296*20 nie ma wskazanych w ofercie WAS Wietmarscher Polska numerów wersji i wariantu pojazdu bazowego. Z tego względu odwołujący zwrócił się do producenta pojazdu Mercedez-Benz o udzielenie wyjaśnień, czy wskazane przez WAS Wietmarscher Polska numery wersji i wariantu pojazdu bazowego są właściwe. Zgodnie z otrzymaną przez odwołującego informacja od przedstawiciela producenta pojazdu bazowego koncernu Mercedes-Benz, według oceny odwołującego zaproponowana przez WAS Wietmarscher Polska wersja i wariant modelu Sprinter typ homologacyjny 906BB50 nie jest i nigdy nie była oferowaną (produkowana) przez Mercedes-Benz w wersji QG2AB3A2XXAXW03C, wariant V2W61388DXXA. Tym samym odwołujący podkreślał, iż dla wskazanych przez WAS Wietmarscher Polska wersji i wariantu pojazdu bazowego nie została także wydana homologacja niezbędna do zarejestrowania zabudowanego ambulansu i dopuszczenia go do ruchu. Brak istnienia dokumentu homologacyjnego dla zaoferowanego przez WAS Wietmarscher Polska kompletnego samochodu ciężarowego TYP 906BB50 w wersji QG2AB3A2XXAXW03C, wariant V2W61388DXXA, uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację spełnienia wymogów OPZ w zakresie parametrów oferowanych przez wybranego wykonawcę pojazdu bazowego. WAS Wietmarscher Polska nie wskazał wersji i wariantu pojazdu bazowego przeznaczonego do adaptacji na ambulans produkowanych przez Mercedes-Benz dla pojazdu bazowego typu homologacyjnego 906BB50. Odwołujący nadto podkreślił, że dołączona do oferty WAS Wietmarscher Polska "homologacja bazówka" dotycząca pojazdu bazowego przeznaczonego do adaptacji potwierdzała, iż zaoferowany przez W.A.S. Wietmarscher Polska pojazd w wersji QG2AB3A2XXAXW03C i wariancie V2W61388DXX nie występuje ww. homologacji nr: e1 *2007/46*0296*20.

Dalej odwołujący powoływał się na postanowienia umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SWZ, z których wynika wymóg dostarczenia zamawiającemu przez wykonawcę wraz z dostawą przedmiotu umowy świadectwo zgodności (homologację) typu WE pojazdu skompletowanego (ambulansu) i kompletnego (samochodu ciężarowego), zgodnie z ustawą z dnia 14 kwietnia 2023 r. o systemach homologacji pojazdów oraz ich wyposażenia (Dz.U.2023 poz. 919) oraz

Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. Numer świadectwa homologacji typu WE pojazdu kompletnego musi być ujęty w świadectwie homologacji typu WE pojazdu skompletowanego. Według oceny odwołującego w kontekście stanowiska producenta pojazdów bazowych Mercedes-Benz oczywistym jest, iż nie istnieje dokument homologacyjny dla zaoferowanego przez WAS Wietmarscher Polska kompletnego samochodu ciężarowego TYP 906BB50 w wersji QG2AB3A2XXAXW03C, wariant V2W61388DXXA. Odwołujący podkreślił, iż według jego oceny WAS Wietmarscher Polska nie będzie w stanie przedstawić tego dokumentu, a zatem nie wypełnił on postanowień umowy stanowiącej załącznik nr 5 SWZ, co skutkować będzie brakiem możliwości rejestracji i użytkowania zaoferowanego pojazdu.

Odwołujący w następnej kolejności wskazał, iż w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2024 r. WAS Wietmarscher Polska podał, że *„rzeczywisty wariant zaoferowanego pojazdu bazowego to wariant: V2W61388DXX i wersja: QG2AB3A2XXAX*" tym samym w ocenie odwołującego WAS Wietmarscher Polska potwierdził,że wskazane oznaczenia wariantu i wersji pojazdu bazowego w ofercie WAS Wietmarsche Polska są błędne i nie są objęte homologacją nr: e1*2007/46*0296*20. Wykonawca ten tłumaczył dalej, *że „wykonawca WAS Wietmarscher Polska wskazał w treści oferty wariant: V2W61388DXXA i wersję: QG2AB3A2XXAXW03C. Jest to wariant i wersja zaoferowanego ambulansu na pojeździe bazowym Mercedes — Benz Sprinter 906BB50".* Mając na uwadze powyższe odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający wymagał podania w ofercie nie wersji i wariantu ambulansu na pojeździe bazowym (pojazdu zabudowanego), ale pojazdu bazowego.

Odwołujący dalej argumentował, iż tłumaczenia WAS Wietmarscher Polska wskazujące na okoliczność, że oznaczenia wersji i wariantu ambulansu zawierają w sobie w pierwszych numerach oznaczenia wersji i wariantu pojazdu bazowego nie mają już znaczenia. Pomijając okoliczność, że twierdzenia WAS Wietmarscher Polska nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, to odwołujący podkreślił, iż podanie w miejsce wymaganych oznaczeń wersji i wariantu pojazdu bazowego wersji i wariantu ambulansu jest wprost sprzeczne z wymaganiami zamówienia określonymi w SWZ. Zamawiający ocenia ofertę na podstawie jej treści i nie ma prawa ani obowiązku wykonawcę, czy numery wersji i wariantu wskazane dla pojazdu bazowego czy też które z cyfr wskazanych numerów są w rzeczywistości właściwe pod uwagę w toku badania i oceny ofert, a które cyfry może pominąć. Odwołujący zwrócił uwagę, że podane przez WAS Wietmarscher Polska numery wersji i wariantu wykonawca ten winien dla tych numerów posiadać homologację, którą przedstawić w procesie rejestracji pojazdu. Tymczasem, co wynika wprost WAS Wietmarscher Polska, homologacji dla pojazdu bazowego ze wskazanymi w wersji i wariantu nie ma - są to bowiem jak wskazał WAS Wietmarscher Polska wariantu ambulansu na pojeździe bazowym.

Odwołujący zwrócił również uwagę, na fakt iż wyjaśnienia WAS Wietmarscher Polska można jedynie tłumaczyć jako niedopuszczalną na gruncie przepisów ustawy Ppz zmianę oferty poprzez zmianę zaoferowanej wersji pojazdu bazowego: QG2AB3A2XXAXW03C i wariantu V2W61388DXXA na wariant V2W61388DXX i wersję QG2AB3A2XXAX W konsekwencji WAS Wietmarscher Polska wbrew wymaganiom SWZ nie wskazał poprawnego numeru wersji i wariantu pojazdu bazowego do zabudowy, co uniemożliwia weryfikacje przez Zamawiającego czy oferowany pojazd bazowy spełnia wymagania zamówienia oraz jest przede wszystkim dopuszczony do ruchu.

Podsumowując odwołujący, mając na uwadze powyższe podkreślił, iż oferta WAS Wietmarscher Polska we wskazanym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wbrew wymaganiu wynikającemu z SWZ i załącznika nr 1a, WAS Wietmarscher Polska nie przedłożył wypełnionego załącznika nr 1a, z podaniem wymaganej wersji i wariantu pojazdu bazowego dla zaoferowanego typu pojazdu 906BB50. Całkowita treść oferty złożonej przez WAS Wietmarscher Polska wraz z załącznikami w żadnym miejscu nie zawiera prawidłowej wersji i wariantu pojazdu bazowego dla zaoferowanego typu pojazdu 906BB50.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie II. 2 odwołania w zakresie radiotelefonu Kenwood NX220, odwołujący przywołał treść załącznika nr 1a w pkt. XXIII. „Wymagania ogólne", gdzie zamawiający wymagał zaoferowania "sprzętu fabrycznie nowego". Według twierdzeń odwołującego zamawiający opisując przedmiot zamówienia w zmodyfikowanym załączniki nr 1a przyjął oczywistą dla producentów ambulansów systematykę i podzielił wymagania OPZ na dotyczące pojazdu bazowego i przedziału medycznego oraz akcesoryjnego względem ambulansu sprzętu medycznego. Według twierdzeń odwołującego w całym załączniku nr 1a zamawiający konsekwentnie określił wymagania co do roku produkcji przyjmując, że sprzęt winien być nie starszy niż 2023 r. lub 2024 r.

Zamawiający do pkt XIII nie określił odrębnie roku produkcji do wszystkich elementów opisanych w wymaganiach dotyczących "zabudowy medycznej", gdyż są to elementy konieczne zabudowy pojazdu bazowego, a zatem co oczywiste zgodnie z jego postanowieniem stosuje się do nich wymóg daty produkcji dotyczący zabudowy i pojazdu bazowego. Odwołujący argumentował, iż dla profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego oczywistym jest, że zamawiający nie wskazał roku wykonania samego przedziału medycznego z uwagi na to, że nie ma możliwości wykonania (zabudowy) tegoż przedziału medycznego bez pojazdu bazowego (nie można zaoferować przedziału

medycznego starszego niż rok produkcji pojazdu bazowego). W ten sposób zamawiający wskazał także na wymaganą datę produkcji wymaganego do zaoferowania sprzętu medycznego.

Następnie odwołujący wskazał, iż WAS Wietmarscher Polska zaoferował w pkt. IX Łączność teleinformatyczna pkt 3 załącznika 1a radiotelefon marki Kenwood NX 220. Tymczasem zgodnie z informacją, którą przedłożył odwołujący w załączniku 12 do odwołania, od przedstawiciela producenta radiotelefonów Kenwood na Polskę tj. Elektrjt Sp. z o.o., model NX220 przestał być produkowany i został wyprzedany w 2018 roku.

Oferta WAS Wietmarscher Polska we wskazanym zakresie jest więc niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wbrew wymaganiu wynikającemu z SWZ i załącznika nr 1a WAS Wietmarscher Polska, według twierdzeń odwołującego nie zaoferował fabrycznie nowego radiotelefonu z bieżącej produkcji 2023 r. lub 2024 r., tylko radiotelefon z 2018 r. Nie sposób uznać radiotelefonu z co najmniej 2018 r. za sprzęt fabrycznie nowy. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący przywołał w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 9/12). Podkreślił, iż dla zaoferowanych radiotelefonów Kenwood NX 220 nie obowiązuje już gwarancja producenta — udzielana na 2 lata, a wskazane radiotelefony z pewnością nie są z bieżącej produkcji. Co więcej, podkreślił, iż w przypadku tak starych radiotelefonów, bateria straciła swoją żywotność i nie nadaje się do użytku – podkreśla, iż producent udziela gwarancji na 12 miesięcy dla baterii.

Dalej odwołujący wskazał, iż WAS Wietmarscher Polska w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2024 r. przyznał się do niezgodności treści złożonej oferty z warunkami zamówienia. *„Wykonawca W.A.S. ma świadomość, iż model NX220 został wycofany z oferty marki Kenwood i został on zastąpiony modelem NX3220".* WAS Wietmarscher Polska wskazuje w wyjaśnieniach*, że „uzupełniając treść oferty popełniliśmy zwykłą omyłkę pisarską, nie wpisując cyfry 3 po oznaczeniu NX".* Odwołujący w tym aspekcie podkreślił, że zaoferowany przez WAS Wietmarscher Polska radiotelefon Kenwood model NX220 istnieje, a jago zaoferowanie nie stanowi omyłki wykonawcy - a z pewnością oczywistej omyłki pisarskiej - gdyż wykonawca ten zaoferował ten sam produkt w innym równoległym postępowaniu przetargowym. Według jego twierdzeń, żeby oferta WAS Wietmarscher Polska mogła zostać poprawiona, omyłka musiałaby mieć oczywisty charakter. W przypadku, gdy istnieje możliwość zaoferowania starych radiotelefonów Kenwood NX220 i nowych radiotelefonów Kenwood NX3220, nie sposób uznać radiotelefonu Kenwood NX220 zamiast NX3220 za oczywistą omyłkę. W rzeczywistości wyjaśnienia WAS Wietmarscher Polska stanowią niedopuszczalną zmianę oferty po upływie terminu na jej składanie. Co więcej, sam WAS Wietmarscher Polska wskazuje w złożonych wyjaśnieniach, że model NX3220 posiada dodatkowe parametry, a zatem jest innym urządzeniem niż radiotelefon NX220 i nieuprawnione jest stwierdzenie, że są to te same radiotelefony lub identyczne - potwierdza to porównanie załączonych do wyjaśnień WAS Wietmarscher Polska kart katalogowych. Odwołujący dalej argumentował, iż zamawiający wobec udzielonych wyjaśnień WAS Wietmarscher Polska, ani nie poprawił rzekomej omyłki pisarskiej tegoż wykonawcy zdając sobie sprawę z braku prawnej możliwości, ani nie odrzucił ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp pomimo tego, że z wyjaśnień wprost wynika, że zaoferowany radiotelefon Kenwood NX220 pochodzi z 2018 roku i nie jest fabrycznie nowy. Odwołujący podkreślił, że zamawiający był tym bardziej zobowiązany do odrzucenia oferty WAS Wietmarscher Polska na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w sytuacji, w której z wyjaśnień WAS Wietmarscher Polska z dnia 14 marca 2024 r. wynika wprost, iż wskazany w ofercie WAS Wietmarscher Polska radiotelefon nie jest produkowany po 2018 roku, a zatem nie jest z 2023 r. lub 2024 r. co było wymagane w SWZ.

Reasumując, odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, bowiem winien był odrzucić ofertę WAS Wietmarscher, jako niezgodną z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie radiotelefonu, który nie jest fabrycznie nowy z roku produkcji 2023 r. lub 2024 r.

W odniesieniu do ostatniego zarzutu wskazanego w punkcie II. 3 odwołania w zakresie *Defibrylator niezgodny z SWZ*, odwołujący na wstępie przywołał, iż zamawiający wymagał w pkt XIII Defibrylator załącznika nr 1a wskazania czy i w jakim zakresie oferowany defibrylator posiada: *Pamięć wewnętrzna umożliwiająca rejestrowanie min. 50 ostatnich zdarzeń*, zaś WAS Wietmarscher Polska wskazał w złożonej ofercie:*„Zgodnie z odpowiedziami z dnia 20 lutego 2024 roku, Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie pamięci umożliwiającej zapis do 8 godzin trendów oraz do 1000 misji oraz zrzutów ekranowych w postaci karty CF'.* W zakresie drugiego parametru: *Moduł etC02 z zakresem pomiaru min. od O do 99 mmHg, w zestawie 100 szt. jednorazowych linii próbkujących etC02 dla zaintubowanych*, zaś WAS Wietmarscher Polska wskazał w złożonej ofercie: *„Zgodnie z odpowiedziami z dnia 20 lutego 2024 roku, Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie modułu pomiarowego EtC02 z zakresem pomiaru od O do 100 mmHg, w zestawie 30 jednorazowych adapterów oddechowych do sensora pomiarowego dla pacjentów zaintubowanych";*

Odwołujący podkreślił, że na podstawie zacytowania przez WAS Wietmarscher Polska w swojej ofercie udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania nie sposób określić o jakich parametrach technicznych defibrylator zaoferował WAS Wietmarscher Polska. Zamawiający wskazał w załączniku nr 1a, że „przez opis oferowanego parametru rozumie się wskazanie przez wykonawcę szczegółowego opisu odnoszącego się do konkretnie oferowane parametru w zakresie treści odpowiadającym co najmniej treści zawartej w kolumnie

„Wymagane warunki techniczno-użytkowe". Dodatkowo w pozycjach określonych w przywołanym załączniku wykonawca jest zobowiązany podać jednostkowy zakres oferowanego parametru. Tymczasem z opisu podanego przez WAS Wietmarscher Polska nie wynikają jakiekolwiek parametry techniczne defibrylatora w szczególności, że z udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wynika tylko tyle, że zamawiający dopuścił parametry techniczne dla wskazanych pozycji w określonym przedziale „od do". Zatem nie wiadomo, jaki konkretnie parametr charakteryzuje oferowany defibrylator w dopuszczonym przez zamawiającego zakresie.

Odwołujący podsumował, iż nieprawdziwe jest twierdzenie WAS Wietmarscher w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2024r. o zadeklarowaniu konkretnych parametrów technicznych w złożonej ofercie, bowiem lektura wypełnionej specyfikacji technicznej wskazuje wprost na zacytowanie odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców. W tym zakresie, wyjaśnienia WAS Wietmarscher Polska, do których dodatkowo załączono oświadczenie dystrybutora stanowi niedozwoloną próbę konwalidacji błędów zawartych w ofercie poprzez uzupełnienie oferty w drodze wyjaśnień. Jak już wskazał wcześniej odwołujący, zmiana oferty po upływie terminu na jej złożenie jest niedopuszczalna.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 kwietnia 2024 r.

W dniu 16 kwietnia 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę WAS Wietmarscher Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Ostaszewo 57a, (zwanego dalej jako „przystępujący") Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowego przystępującego oraz dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowych, zabudowanych i wyposażonych 14 sztuk ambulansów typu „C" wraz ze sprzętem medycznym dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach.

Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zamawiający opisał w Opisie przedmiotu zamówienia (specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia), który stanowił załącznik nr 1a.

Zamawiający w *"wymaganiach co do pojazdu bazowego przeznaczonego do adaptacji na ambulans typu C" ogólne* - wymagał m.in. podania „marki, typu, modelu, wersji oraz wariantu. Następnie załącznik ten został opracowany przez Zamawiającego w ten sposób, że został podzielony na dwie części. Po lewej zostały określone wymagania zamawiającego, po prawej potencjalni wykonawcy byli zobowiązani wypełnić określone parametry, wartości jeśli zamawiający tego wymagał przy danej pozycji.

W tymże załączniku punkcie oznaczonym IX Łączność teleinformatyczna w ppkt 3 został określony „Radiotelefon przenośny szt. 2 z anteną, akumulatorem, ładowarką oraz słuchawki z mikrofonem. Potencjalni wykonawcy mieli w tym przy tej pozycji wypełnić markę i model radiotelefonu.

Następnie Izba ustaliła, iż dalej w pkt oznaczonym XIII Defibrylator w ppkt dotyczących:

a)pamięć wewnętrzna umożliwiająca rejestrowanie min. 50 ostatnich zdarzeń. Potencjalni wykonawcy mieli uzupełnić: *Pamięć wewnętrzna umożliwiająca rejestrowanie…….ostatnich zdarzeń.*

b)moduł etC02 z zakresem pomiaru min. od O do 99 mmHg, w zestawie 100 szt. jednorazowych linii próbkujących etC02 dla zaintubowanych

Potencjalni wykonawcy mieli uzupełnić: *Moduł etC02 z zakresem pomiaru …….. (podać) mmHg, w*

zestawie 100 szt. jednorazowych linii próbkujących etC02 dla zaintubowanych.

W dniu 20 lutego 2024r. zmawiający opublikował odpowiedzi na pytania do SWZ, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu. Pytanie 47 i 48 dotyczyły załącznika 1a pkt XIII Defibrylator w powyżej wskazanych ppkt. Pytanie te dotyczyły parametrów, które potencjalni wykonawcy byli zobowiązani wypełnić. Odpowiedzi zamawiającego w tym zakresie brzmiały: „Zamawiający dopuszcza", zgodnie z poniższym:

W postępowaniu ofertę złożyło 2 wykonawców, odwołujący i WAS Wietmarscher Polska. Odwołujący w dniu 6 marca 2024 r. poinformował zamawiającego o stwierdzonych przez niego w ofercie WAS Wietmarscher Polska nieprawidłowościach, które zdaniem odwołującego winny skutkować odrzuceniem oferty WAS Wietmarscher Polska. Zamawiający pismem z dnia 8 marca 2024 r. wezwał WAS Wietmarscher do ustosunkowania się do zarzutów odwołującego i złożenia wyjaśnień przesyłając pismo z wskazanymi nieprawidłowościach do WAS Wietmarscher Polska. W dniu 12 marca 2024r. przystępujący złożył wyjaśnienia. W dniu 20 marca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił, ani nie wykazał, aby złożona przez przystępującego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. W ramach ogólnych rozważań, Izba pragnie wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentacji zamówienia, istniejącej na dzień upływu terminu składania ofert. Należy mieć przy tym na uwadze, iż niedopuszczalne jest intepretowanie przez zamawiającego tych postanowień wbrew ich literalnej treści (np. w sposób rozszerzający). Przenosząc powyższe na rozważania na kanwę niniejszej spraw odwoławczej, zważywszy na fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej postępowaniu oraz zasadę rozkładu ciężaru dowodu właściwą dla postępowania odwoławczego, przez co to odwołujący był zobowiązany wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (jednoznaczny), jakie elementy oferty były niezgodne z warunkami zamówienia wraz z określeniem na czym te niezgodności polegały. Izba doszła do przekonania, że odwołujący zestawiając treść wyjaśnień przystępującego ze złożoną ofertą wyciągnął zbyt daleko idące wnioski. Co jednak jest najistotniejsze nie można było stwierdzić w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający jest uprawniony odrzucić ofertę, jednakże w pierwszej kolejności zobowiązany przeprowadzić porównanie treści złożonej oferty do wszystkich warunków zamówienia, które określił, zgodnie z tym co stanowi cel zamówienia. Stanowią one merytoryczne oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Trzeba mieć również na uwadze, że odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się do poszczególnych zarzutów wskazanych w odwołaniu

Odnoszą się w pierwszej kolejności do zarzutu koncentrującego się na braku podania wersji i wariantu pojazdu bazowego zgodnego z homologacją dla pojazdu bazowego, Izba w wzięła pod uwagę treść załącznika nr 1a do SWZ, stanowiącego OPZ w zestawieniu z złożoną ofertą przystępującego, ponieważ między stronami okolicznością sporną jest, czy przystępujący prawidłowo wypełnił załącznik nr 1 a, w którym należało podać wariant i wersje pojazdu bazowego. Izba stoi na stanowisku, iż przystępujący w wymaganej przez Zamawiającego wersji i wariancie podał pojazd bazowy. Wskazuje na to ciąg pierwszych 12 znaków określających parametr wersji i ciąg pierwszych 11 znaków określających parametr wariantu. Dodatkowe określenia w ofercie przystępującego, zarówno w wersji jak i w wariancie wskazują na samochód już skompletowany, tak jak odwołujący to wskazał w odwołaniu *„jest to wariant i wersja zaoferowanego ambulansu na pojedzie bazowym Mercedes benz sprinter 906BB50".* Tak wiec zgodnie z wymaganiami zamawiającego i celem postepowania, którego jest dostawa fabrycznie nowych zabudowanych i wyposażonych 14 sztuk

ambulansów typu „C” wraz ze sprzętem medycznym, przystępujący zaoferował wymagany przedmiot zamówienia.

Tym samym nie zasługuje na aprobatę stanowisko odwołującego, że wbrew wymaganiom SWZ przystający nie wskazał poprawnego numeru wersji i wariantu pojazdu bazowego do zabudowy, co uniemożliwia weryfikację przez zamawiającego czy oferowany pojazd bazowy spełnia wymagania zamówienia. Odwołujący wskazał, że w ofercie złożonej przez przystępującego 4 ostatnie znaki W03C w wariancie dotyczą już samochodu skompletowanego, a nie pojazdu bazowego jakiego wymagał zamawiający. Jednakże nie sposób zaprzeczyć, że samochód skompletowany na ambulans powstaje na pojeździe bazowym. Cztery ostanie cyfry są niejako uzupełnieniem, dodatkiem konkretyzującym co na tym pojeździe bazowym powstanie, czyli ambulans – tak więć jest to przedmiot zamówienia, którego oczekuje zamawiający. W konsekwencji powyższego izba również nie dała wiary argumentacji odwołującego jakoby w homologacji - nr: e1 *2007/46*0296*20 nie było wskazanych w ofercie przystępującego numerów wersji i wariantu pojazdu bazowego. Dowody jak korespondencja z producentem pojazdu Mercedez-Benz czy dowód wyciąg z homologacji uzupełniony na rozprawie *o świadectwo homologacji typu WE dla pojazdów*również zdaniem Izby tego nie potwierdził. Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego i przystępującego w tym zakresie, że przystępujący posiada homologacje typu WE oświadczał, że jest możliwa rejestracja zaoferowanych pojazdów w ofercie.

Izba w tym miejscu wskazuje na treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Z powyższych przepisów wynika, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i – z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek – nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty – działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia i w związku pojawieniem się wątpliwości wystosował pismo do przystępującego. W świetle ustaleń poczynionych przez Izbę nie sposób wywieść, że wyjaśnienia przystępującego z tym co twierdzi odwołujący są niedopuszczalną na gruncie przepisów ustawy PZP i powodują zamianę oferty poprzez zmianę zaoferowanej wersji pojazdu bazowego. Przystępujący jedynie dokonał wyjaśnień zamawiającemu wątpliwych kwestii, w żadnym przypadku nie może być mowy o zmianie oferty. Izba wskazuje, iż obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Zamawiający po udzielonych wyjaśnieniach przez przystępującego nie miał wątpliwości, co zostało również pokreślone w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że z treści oferty możliwa jest identyfikacja pojazdu zaoferowanego przez przystępującego. Nie nastąpiła zmiana oferty, a jedynie jej wyjaśnienie.

Druga grupa zarzutu koncertuje się wokół radiotelefonu Kenwood. Odwołujący zarzucił zamawiający, że naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, bowiem winien był odrzucić ofertę WAS Wietmarscher, jako niezgodną z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie radiotelefonu, który nie jest fabrycznie nowy z roku produkcji 2023 r. lub 2024 r. Izba w kwestii tego zarzutu również stoi na stanowisku, że nie zasługuje on na uwzględnienie. W pierwszej kolejności próżno szukać w postanowieniach załącznika 1a wymagań co do roku produkcji, w zakresie łączności teleinformatycznej. Izba ustalił, iż Zamawiający w pkt 3 tegoż rozdziału radiotelefon przenośny szt 2 z anteną – wymagał jedynie podania przez wykonawców marki i modelu. Przystępujący w tym zakresie poprawnie wypełnił załącznik nr 1a, wskazując model i markę . Rok produkcji został wyraźnie wskazany w zakresie sprzętu medycznego wskazanego w pkt XIII-XXI załącznika nr 1a, gdzie wymóg ten określony jest jako rok produkcji min. 2023. Co do łączności teleinformatycznej takiego warunku brak. Izba stoi na stanowisku, iż nie można nadinterpretowywać w tym zakresie rozszerzająco wymagań co do sprzętu medycznego wskazanego w pkt XIII-XXI.

Co prawda *w* pkt XXIII załącznika 1a *Wymagania ogólne* Zamawiający wskazał, ze sprzęt ma być fabrycznie nowy, co można by było wywieść, że się tyczy całego zamówienia, w związku z tym, że są to warunki ogólne, tak wiec zakres tyczy się całości. Jednakże z drugiej strony trzeba mieć na uwadze, że zamawiający wskazała w niektórych pozycjach rok produkcji, tym samym może by wywodzić , że tak gdzie ie ma roku produkcji wskazanego zamawiający go po prostu nie wymagał.

Osią sporu pomiędzy stronami było ustalenie co oznacza sprzęt fabrycznie nowy. Izba nie podzieliła stanowiska

odwołującego, że zaoferowany sprzęt przez przystępującego nie jest fabrycznie nowy, bo z pozyskanych informacji przez odwołującego radiotelefon Kenwood NX 220 nie jest już od 2018 roku produkowany. Argumentacja odwołującego wskazuje, że fabrycznie nowy należy utożsamiać z faktem objęcia gwarancją tego sprzętu, czy też aktualnie będącego w produkcji. Izba nie podziela tej argumentacji. Fabrycznie nowy bazując na doświadczeniu życiowym, to nieużywany od momentu fabrycznego wyprodukowania, czy też zapakowany w oryginale opakowanie. Izba stoi na stanowisku, iż fakt ten i tak nie ma rozstrzygającego znaczenia, jest wręcz irrelewantny wobec powyższych rozważań, ze względu na to, iż tak jak Izba ustalił, w załączniku 1a punkcie oznaczonym IX Łączność teleinformatyczna w ppkt 3 został określony „Radiotelefon przenośny szt. 2 z anteną, akumulatorem, ładowarką oraz słuchawki z mikrofonem. Potencjalni wykonawcy mieli w tym przy tej pozycji wypełnić markę i model i przystępujący to wskazał. Wszelkie próby wykazania przez odwołującego, że radiotelefon Kenwood NX 220, jest wycofany z produkcji, czy że nie jest dostępny na rynku są bez znaczenia, ze względu na to iż, przystępujący właśnie taki aparat zaoferował zgodnie z tymi parametrami jakie wymagał zamawiający. Odwołujący w odwołaniu wskazał, że zaoferowany przez przystępującego *radiotelefon Kenwood NX 220 istnieje, a jego zaoferowanie nie stanowi oczywistej omyłki – gdyż wykonawca ten zaoferował ten sam produkt w innym postępowaniu. Izba również uznała, iż ostateczne wyjaśnienia przystępującego złożone w trakcie rozprawy związane z dostępnością zaoferowanego przez niego* radiotelefonem Kenwood NX 220 są spójne ze złożoną ofertą, a odwołujący nie przedstawił, żadnego dowodu, który mogłyby wskazywać, że oferta przystępującego w tym a zakresie była niezgodną z warunkami zamówienia i podlegała odrzuceniu.

Odnosząc się do trzeciej grupa zarzutów w zakresie nie podania parametrów technicznych oferowanego przez przystępującego defibrylatora potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego w załączniku 1a, Izba dokonała przede wszystkim analizy treść tegoż załącznika, treści pytań 47 i 48, które zostały zadane w postępowaniu i treści odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego. Skład orzekający nie znalazł powodów, które mogłyby podważyć lub zakwestionować stanowisko zamawiającego. Podkreślenie wymaga fakt, iż zamawiający na etapie udzielania odpowiedzi na pytania dopuszczając parametr tożsamy w stosunku do parametru pierwotnego, nie zmienił treści załącznika nr 1a. Przystępujący zatem prawidłowo założył, że wypełniając załącznik nr 1a może powołać się na zadane pytanie i tym samym udzieloną odpowiedź, tj. z*amawiający wyraził zgodę na zaoferowanie pamięci umożliwiającej zapis do 8 godzin trendów oraz do 1000 misji oraz zrzutów ekranowych w postaci karty CF*-w zakresie pierwszego parametru i , że *Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie modułu pomiarowego EtC02 zzakresem pomiaru od O do 100 mmHg, w zestawie 30 jednorazowych adapterówoddechowych do sensora pomiarowego dla pacjentów zaintubowanych* – w zakresie drugiego parametru.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że z opisu przystępującego nie wynikają parametry techniczne defibrylatora. W myśl przywołanego przez przystępującego art. 65 § 1 kodeksu cywilnego (Dz. U z 2023, poz. 1610), zgodnie z którym: oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a treść złożonej oferty to oświadczenie woli przystępującego i należy interpretować łącznie z treścią powyżej wskazanych zadanych pytań jak również odpowiedzi. Izba stoi na stanowisku, iż odwołujący stara się wywieść inne okoliczności niż te, które zostały wskazane w złożonej ofercie przystępującego.

W przypadku oświadczenia ujętego w formie pisemnej sens oświadczeń woli ustala się na podstawie wykładni tekstu dokumentu. Tekst nie stanowi jednak wyłącznej podstawy interpretacji ujętych w nim oświadczeń, lecz konieczne jest również zbadanie zamiaru i celu stron, a także kontekstu faktycznego, w jakim umowę uzgadniano i zawierano oraz okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli (por.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……