

WYROK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - **w składzie:**

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Geraton Auto sp.

z o.o. z siedzibą w Trzebini w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: AUTO-FORM DISTRIBUTION Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i 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.
- 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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *"Dostawa fabrycznie nowych, zabudowanych i wyposażonych 3 sztuk ambulansów typu „C” wraz ze sprzętem medycznym dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach"*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00026205-2024 dnia 15 stycznia 2024r.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca - Geraton Auto sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: AUTO-FORM DISTRIBUTION Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj.
 - zaoferowany przez Konsorcjum element wyposażenia pojazdu urządzenie "Defibrylator Zoll X Series Advanced", co wynika z zaoferowanych parametrów, nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących "Defibrylatora", określonych w pkt. XIII załącznika nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia - „Zakres pomiaru częstości akcji serca min. 20-300 u/min”,
 - zaoferowany przez Przystępującego element wyposażenia pojazdu urządzenie "Recyrkulator BIOSAN UVR-M" nie spełnia wymagań dotyczących "Urządzenia do bezpiecznego oczyszczania powietrza w karetce wbudowane w pojazd lub umożliwiające montaż w pojeździe", określonych w pkt. II ppkt. 6 załącznika nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia”,
 - zaoferowany przez Konsorcjum wentylator dachowy musi być zamontowany wraz z obudową

i w takim przypadku, jego wydajność wynosi 295,2 m³/h, a nie jako to zaoferowało Konsorcjum 670m³/h.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej toku odrzucenie oferty Przystępującego,
- ponowną ocenę ofert oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że:

„Po pierwsze zaoferowany przez Konsorcjum element wyposażenia pojazdu urządzenie "Defibrylator Zoll X Series Advanced", co wynika z zaoferowanych parametrów, nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących "Defibrylatora", określonych w pkt. XIII załącznika nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia - „Zakres pomiaru częstości akcji serca min. 20-300 u/min”, zgodnie z OPZ Zamawiający oczekuje by częstość akcji serca była mierzona w minimalnym zakresie od 20 uderzeń na minutę do co najmniej 300 uderzeń na minutę, podczas gdy zaproponowany przez

Konsorcjum defibrylator Zoll X Series Advanced nie spełnia powyższego wymogu, albowiem w defibrylatorze tym zakres pomiaru akcji serca wynosi od 30 do 300 uderzeń na minutę.

Po drugie zaoferowany przez Konsorcjum element wyposażenia pojazdu urządzenie "Recyrkulator BIOSAN UVR-M" nie spełnia wymagań dotyczących "Urządzenia do bezpiecznego oczyszczania powietrza w karetce wbudowane w pojazd lub umożliwiające montaż w pojeździe", określonych w pkt. II ppkt. 6 załącznika nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, oferowane przez Konsorcjum urządzenie jest przewidziane do innych zastosowań, takich jak dezynfekcja powietrza w biomedycznych pomieszczeniach, salach operacyjnych czy stacjach weterynaryjnych, i nie spełnia wymagań dotyczących pojazdów samochodowych typu ambulans, zarówno samo urządzenie, jak i jego uchwyt nie posiadają wymaganych testów w zakresie pkt. 6.3.5 wg. obowiązującej normy PN-EN 1789 zatem i urządzenie, jak i dedykowane miejsce do montażu w ambulansie nie poddano wymagany testom dynamicznym o wartości 10 g zgodnie z opisem w podrozdziale 5.3 przytoczonej normy, lub testy te zakończono wynikiem negatywnym, o niezgodności świadczy również cena urządzenia, która jest kilkakrotnie niższa od urządzeń tego typu, posiadających wykonane testy zgodne z obowiązującą normą PN-EN 1789. Z uwagi na powyższe oferta Konsorcjum winna zostać odrzuca na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Po trzecie zaoferowany przez Konsorcjum wentylator dachowy musi być zamontowany wraz z obudową i w takim przypadku, jego wydajność wynosi 295, 2 m³ /h, a nie jako to zaoferowało Konsorcjum 670m³ /h".

Zamawiający oraz Przystępujący w stanowiskach pisemnych oraz na rozprawie wnieśli o oddalenie odwołania w całości, stwierdzając, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę – INTEGRALE IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego dowody, tj.:

- instrukcja obsługi UV Cleaner-Recirculator BIOSAN,
- korespondencja mailowa Odwołującego z dnia 22 kwietnia 2024 r. dot. zaoferowanego przez Przystępującego recykulatora wraz z dokumentacją zdjęciową,
- wydruk stron podręcznika operatora urządzeń X Series ® Advanced producenta ZOLL Medical,
- korespondencję mailową Odwołującego dot. zaoferowanego przez Przystępującego wentylatora,
- oferta Promedica Polska oraz wyciąg z formularza ofertowego Przystępującego;

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego dowody:

- wydruk stron podręcznika operatora urządzeń X Series ® Advanced producenta ZOLL Medical,
- wydruk fragmentu normy PN-EN 1789-Medyczne środki transportu i ich wyposażenie- środki drogowego transportu medycznego (strona nr 39)
- pismo Auto – Form Ambulanse Sanitarne z dnia 6 marca 2024r.
- pismo Instytutu Łukasiewicz z dnia 5 kwietnia 2024r. System wentylacyjny ambulansu Mercedes-Benz, Sieć Badawcza Łukasiewicz- Przemysłowy Instytut Motoryzacji.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Przystępującego dowody:

- oświadczenie ZOLL MEDICAL CORPORATION z dnia 10.04.2024 r.,
- dokumentacja fotograficzna dot. defibrylatora,
- deklaracja zgodności CE potwierdzająca bezpieczeństwo użytkowania urządzenia,
- korespondencja mailowa z dnia 22 kwietnia 2024r. Przystępującego dot. oferowanego recykulatora,

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty na ww. podstawie musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia, którym Zamawiający daje wyraz w dokumentacji postępowania. Podkreślić należy, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia 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.

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniała podstawa powodująca, że oferta Przystępującego podlegać winna odrzuceniu na podstawie ww. przepisu.

Na wstępie wskazać należy, że Izba rozpoznając odwołanie zgodnie z art. 555 Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie podkreślić należy, na co słusznie wskazywał Przystępujący, że wymogiem ustawowym jest, aby odwołanie zawierało zwięzłe przedstawienie zarzutów, oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp). Zauważać bowiem należy, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, a przede wszystkim przedstawienie okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przepisów. Istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i potencjalnym uczestnikom postępowania podjęcie czynności w postępowaniu odwoławczym oraz odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego.

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że Izba rozpoznała zasadność zarzutów jedynie przez pryzmat okoliczności wskazanych i wprost wynikających z odwołania. Wszelkie argumenty i dowody na okoliczności wykraczające ponad te wynikające z odwołania zostały przez Izbę pominięte.

Mając powyższe na względzie Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący niespełnienia przez zaoferowany przez Przystępującego defibrylator wymogów wynikających z pkt. XIII załącznika nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia - „Zakres pomiaru częstości akcji serca min. 20-300 u/min”. Przypomnieć należy, że w treści odwołania Odwołujący skupił się jedynie na stwierdzeniu że zaoferowany defibrylator Zoll X Series Advanced nie spełnia powyższego wymogu, albowiem w defibrylatorze tym zakres pomiaru akcji serca wynosi od 30 do 300 uderzeń na minutę. W odwołaniu zabrakło natomiast jakiegokolwiek argumentacji, z której Odwołujący wywodził ww. okoliczność, a która to kwestia została – w ocenie Izby jako spóźniona – podniesiona dopiero na rozprawie. W konsekwencji Izba pominęła w całości stanowisko dotyczące sposobów pozyskiwania wartości częstości akcji serca z innych funkcji i wywodenie, że zaoferowane urządzenie nie pozwala na osiągnięcie zakresu pomiaru określonego przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, że ze złożonych przez Przystępującego dowodów w postaci oświadczenia producenta ww. urządzenia jak i dokumentacji zdjęciowej, wprost wynika, że licznik częstości akcji serca wynosi umożliwia pomiar w żądanym przez Zamawiającego zakresie tj. 20-300 u/min. Powyższe potwierdzają również dowody złożone przez Zamawiającego i Odwołującego tj. wydruk stron podręcznika operatora urządzeń X Series ® Advanced producenta ZOLL Medical.

W konsekwencji Izba uznała, że zaoferowany przez Przystępującego defibrylator spełnia parametry wynikające z SWZ, a więc zarzut odwołania w tym zakresie jest niezasadny.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący zaoferowanego przez Przystępującego urządzenia Recyrkulator BIOSAN UVR-M". Odwołujący wskazywał, że ww. urządzenie nie spełnia wymagań dotyczących "Urządzenia do bezpiecznego oczyszczania powietrza w karetce wbudowane w pojazd lub umożliwiające montaż w pojeździe", określonych w pkt. II pkt. 6 załącznika nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia.

Jak wynika więc z załącznika nr 1a do SWZ pkt II.6. Zamawiający wymagał dostarczenia „urządzenia do bezpiecznego oczyszczania powietrza w karetce wbudowanego w pojazd lub umożliwiającego montaż w pojeździe”. Izba uznała, że skoro Przystępujący zaoferował urządzenie wbudowane w pojazd, a więc spełniające wymagania Zamawiającego, to wszelkie dywagacje Odwołującego co do braku przebadania uchwytu zgodnie z normą PN-EN 1789 są nietrafione. Zauważyć natomiast należy, że przywołany przez Odwołującego fragment normy PN-EN 1789 w punkcie 6.3.5. odnosi się tylko i wyłącznie do sposobu mocowania wyrobów medycznych, a nie do samego urządzenia. Skoro więc Przystępujący nie będzie dokonywał montażu urządzenia jak twierdzi Odwołujący, to brak jest podstaw, aby uznać, że zaoferowane urządzenie jest niezgodne z pkt II.6 załącznika nr 1a do SWZ. Ponadto możliwość zastosowania zaoferowanego urządzenia w ambulansach wynika z dowodu złożonego przez Przystępującego tj. korespondencji mailowej z dnia 22 kwietnia 2024 r. Izba oddaliła dowody złożone przez Odwołującego z uwagi na fakt, że dotyczyły one montażu urządzenia w ambulansie, a więc sposobu odmiennego od zastosowanego przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu i w konsekwencji nie mających wpływu na ocenę zgodności oferty Przystępującego z SWZ.

Izba oddaliła również w całości zarzut nr 3 odwołania, w którym Odwołujący wskazywał, że zaoferowany przez Konsorcjum wentylator dachowy musi być zamontowany wraz z obudową i w takim przypadku, jego wydajność wynosi

295,2 m³ /h, a nie jako to zaoferowało Konsorcjum 670m³/h. Izba uznała, bowiem, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy skonstruował zarzut, uniemożliwiający jego rozpoznanie. Podkreślić należy, że Odwołujący nie przytoczył żadnych postanowień SWZ, z którymi niezgodna byłaby w tym zakresie oferta Przystępującego. Nie przywołał jakichkolwiek okoliczności faktycznych na potwierdzenie, że zaoferowany wentylator nie osiągnie parametrów wskazanych w ofercie przez Przystępującego, nie wykazał również że wydajność na poziomie 295,5 m³/h powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej”*. Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 PrZamPubl stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 PrZamPubl KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia”*.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, każda argumentacja faktyczna przedstawiona w trakcie rozprawy w odniesieniu do podniesionych zarzutów odwołania stanowiąca uzupełnienie niezawartej w odwołaniu argumentacji została przez Izbę pominięta. Gdyby bowiem Izba poddała argumentację ocenie naruszyłaby obowiązujące regulacje prawne.

Izba oddaliła dowody złożone przez Odwołującego w postaci korespondencji mailowej Odwołującego dot. zaoferowanego przez Przystępującego wentylatora z uwagi na fakt, że jak wyżej wskazano zarzut ten podlegał oddaleniu ze względów formalnych, a więc niespełnienia wymogów wynikających z art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Oddaleniu podlegał również dowód stanowiący wydruk z podręcznika operatora urządzeń X Series Advanced, bowiem dowód ten został wskazany na okoliczność sposobów pozyskiwania wartości częstości akcji serca z określonych funkcji, które to okoliczności faktyczne wykraczały poza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu i jak wyżej wskazano, zostały przez Izbę pominięte.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp.

Przewodnicząca: