Sygn. akt: KIO 3157/23

WYROK
z dnia 7 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę: **A.K.-W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W., Aleja Wolności 4, 42-217 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 4101, ul. Sobieskiego 35, 42-700 Lubliniec,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: A.K.-W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W. z siedzibą w Częstochowie, powtórzenie czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 4101, ul. Sobieskiego 35, 42-700 Lubliniec,** i:
   - **2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A.K.-W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W., Aleja Wolności 4, 42-217 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,
   - **2.2** zasądza kwotę 11 455 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) od zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 4101, ul. Sobieskiego 35, 42-700 Lubliniec** na rzecz wykonawcy: **A.K.-W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W., Aleja Wolności 4, 42-217 Częstochowa,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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: ……

Sygn. akt: KIO 3157/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Jednostka Wojskowa nr 4101 - Jednostka Wojskowa Komandosów z siedzibą w Lublińcu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym w przedmiocie „Dostawa sprzętu górskiego dla Jednostki Wojskowej 4101 w Lublińcu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00363498/01.

Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp w dniu 17 października 2023 r., natomiast w dniu 19 października 2023 r. informację o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oferty wykonawcy A.K.-W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W. z siedzibą w Częstochowie.

Wykonawca, A.K.-W.prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W., na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), wniósł odwołanie wobec:

1. czynności unieważnienia postępowania;
2. czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 255 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący w należyty sposób skonkretyzował przedmiot zamówienia w zakresie pozycji numer 1 formularza cenowego, i w związku z tym, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a w dalszej konsekwencji - postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlega unieważnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Gdyby nie odrzucenie oferty Odwołującego oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, to oferta Odwołującego miałaby duże szanse zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem XV ust. 5 pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał, żeby oferta zawierała między innymi wypełniony formularz cenowy, którego wzór stanowił załącznik numer 4 do SWZ. We wzorze formularza cenowego Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia oraz pozostawił kilka kolumn, które powinny zostać wypełnione przez wykonawców, w tym kolumna o nazwie „Producent, nazwa, model".

Odwołujący w zakresie pozycji numer 1 w ww. kolumnie wskazał oznaczenie „Mammut Barryvox".

W dniu 5 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy Stotech sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Na tym etapie oferta Odwołującego nie została odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 25 września 2023 r. w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2683/23 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Stotech oraz wykonawcy Rojam Major, Predkiel spółka jawna z siedzibą w Gdańsku.

Pismem z dnia 17 października 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. W tym samym dniu Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

W związku z tym, że oferta Odwołującego nie została odrzucona, Odwołujący w dniu 18 września 2023 r. wystosował do Zamawiającego pismo, w którym zawnioskował o wyjaśnienie, czy oferta Odwołującego faktycznie została odrzucona, czy może w dokumencie „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania" znajduje się omyłka, a jeżeli oferta Odwołującego została faktycznie odrzucona, to Odwołujący wniósł o doręczenie dokumentu zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne tej decyzji.

Zamawiający w dniu 19 października 2023 r. przesłał pismo stanowiące o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu: *„W odpowiedzi na pismo z dnia 18.10.2023 r. informuję co następuje. Zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2023 r. – sygn. akt.: KIO 2683/23, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert – wszystkich ofert, z tym zastrzeżeniem, że obligatoryjnie odrzuceniu podlegają wykonawcy Stotech sp. z o.o. z siedzibą w Psarach i wykonawcy Rojam Major, Predkiel sp. j. z siedzibą w Gdańsku. Treść wyroku nie budzi wątpliwości Zamawiającego i jest jednoznaczna. Zamawiający dokonał zatem badania pozostałych ofert tj. oferty złożonej przez A.K.-W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Taternicki.pl" A.K.-W. z siedzibą w Częstochowie – dalej Taternicki.pl. W związku z powyższym stwierdzono, że wbrew wymaganiom Zamawiającego określonym w warunkach zamówienia – Taternicki.pl nie dokonał, w wymagany sposób skonkretyzowania formularza cenowego pod pozycją 1 (Detektor Barryvox Europe lub równoważny) wskazując w ostatniej kolumnie jednie producenta, nazwę oferowanego asortymentu (Mammut Barryvox), bez wskazania modelu (producent oferuje przynajmniej dwa różne modele: Mammut Barryvox Europe i Mammut Barryvox S Europe), a co jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, który wymagał podania producenta, nazwy i modelu oferowanego produktu. Przy czym zauważyć trzeba, że Zamawiający oczekiwał podania przez wszystkich wykonawców takich danych, które pozwolą na etapie badania i oceny ofert jednoznacznie stwierdzić czy oferowany produkt spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia, a wymogi te w ocenie również Izby - jw., wskazane jednoznacznie w postanowieniach SWZ były klarowne, precyzyjne i nie budziłby wątpliwości. Z treści oferty Tarenicki.pl pod wskazaną pozycją nie wynika zatem dla Zamawiającego jakiego modelu dotyczy oferta. Takiej sytuacji - braku nie można konwalidować poprzez zastosowanie chociażby art. 223 ust. 1 ustawy pzp, bowiem jak wskazuje również Izba: „w tym znaczeniu wyjaśnienie treści oferty zmierza do wyjaśnienia wewnętrznych sprzeczności (…) niedozwolone jest w tym trybie uzupełnianie ofert, czy też negocjowanie ich treści (…) wyjaśnienia powinny sprowadzać się do ustalenia jak należy rozumieć treść zawartą w ofercie, a nie rozszerzać tą treść bądź ograniczać". Analogiczny stan faktyczny - braki skutecznie podniesione i wytknięte przez Odwołującego w postępowaniu - sygn. akt.: KIO 2683/23 skutkowały min. wskazanym jak na wstępie wyrokiem i odrzuceniem (obligatoryjnym) oferty przedsiębiorcy Rojam Major, Predkiel sp. j. z siedzibą w Gdańsku.*

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z uwagi na brak ważnych tj. niepodlegających odrzuceniu ofert w prowadzonym postępowaniu, zgodnie z art.255 pkt 2 pzp Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania".

W tym samym dniu Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo, w którym Odwołujący sprostował, że Zamawiający błędnie założył, że nazwa producenta to „Mammut Barryvox", podczas gdy w istocie nazwa producenta to „Mammut" (a na tę okoliczność załączył zrzut ekranu z oficjalnej strony producenta). Ponadto, Odwołujący wskazał, że model oferowanego produktu to „Barryvox". Odwołujący wyjaśnił, że producent ma w swojej ofercie dwa zbliżone produkty, tj. „Barryvox" oraz „Barryvox S". W żadnym z oznaczeń tych produktów nie występuje jednak słowo „Europe". Na dowód tego Odwołujący załączył linka do oficjalnej strony internetowej producenta oraz załączył jej zrzut ekranu. W konsekwencji Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący przesłał do Zamawiającego także pismo z dnia 20 października 2023 r. pochodzące od podmiotu Uni-Sport sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, czyli oficjalnego i wyłącznego dystrybutora na terenie Polski producenta Mammut, w którym jednoznacznie stwierdzono, że producent Mammut posiada w swojej ofercie dwa rodzaje detektorów lawinowych – „Barryvox" oraz „Barryvox S".

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten koresponduje z treścią art. 218 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Definicja „warunków zamówienia" zawarta jest w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: (…) warunkach zamówienia - należy przez to 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.*

W ocenie Odwołującego, oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący w należyty sposób skonkretyzował przedmiot zamówienia podając oznaczenie producenta („Mammut"), jak i nazwę i model („Barryvox").

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w oficjalnej nomenklaturze producenta Mammut nie istnieją nazwy i modele o oznaczeniach „Mammut Barryvox Europe" i „Mammut Barryvox S Europe". Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił deklaracje zgodności dla produktów „Barryvox" i „Barryvox S" oraz oświadczył, że nie istnieje deklaracja zgodności dla takich produktów jak „Mammut Barryvox Europe" i „Mammut Barryvox S Europe".

Odwołujący przedstawił w załączeniu do odwołania pismo z dnia 20 października 2023 r. pochodzące od podmiotu Uni-Sport, oficjalnego i wyłącznego dystrybutora na terenie Polski producenta Mammut, w którym jednoznacznie stwierdzono, że producent Mammut posiada w swojej ofercie dwa rodzaje detektorów lawinowych – „Barryvox" oraz „Barryvox S".

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bez jakiegokolwiek wcześniejszego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia powyższych kwestii.

Pismem z dnia 2 listopada 2023 r. w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Podniósł, że nie jest prawdziwe stwierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający uznał, że „Mammut Barryvox" to desygnat nazwy producenta. Zamawiający rozróżnia przedmiotowe kwestie. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący przedstawia fakty w sposób selektywny. Powołuje się na nazewnictwo (typologię) w oparciu o informacje pochodzące ze strony internetowej producenta detektora lawinowego (strona internetowa www.mammut.com) natomiast całkowicie pomija, że oferowane urządzenie– PRODUCENT: Mammut, NAZWA: Barryvox występuje w dwóch rodzajach, jako: Mammut Barryvox oraz Mammut Barryvox S jednakże – detektory występują (są oferowane przez producenta – MAMMUT) w trzech modelach/typach/wersjach (zrzuty ekranu strony internetowej) mianowicie: „Europe", „USA/Canada/NZ", „Japan" przy czym są to urządzenia o różnych parametrach częstotliwościach pracy. Zamawiający załączył wydruk e-mail od przedstawiciela firmy Mammut na Polskę i wskazał, że na polskiej stronie internetowej producenta – przedstawiciela handlowego – www.mammut.pl urządzenia dostępne są pod nazwą – PRODUCENT: „Mammut", NAZWA: „Barrywox" MODEL/TYP/WERSJA: „Europe" oraz odpowiednio „Barryvox S Europe". Prowadzący sklep internetowy – powyższą witrynę jest przedsiębiorstwo Uni – Sport Sp. z o.o. – wyłączny dystrybutor marki Mammut w Polsce, na którego pismo powołuje się Odwołujący w odwołaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że owa różnica (specyfikacja) odnosząca się do modelu/typu/wersji urządzenia jest istotna dlatego, że są to zasadniczo różniące się urządzenia, stąd też w załączniku ofertowym kolumna druga (2 – przedmiot zamówienia, L.p. 1) nieprzypadkowo i niebezzasadnie Zamawiający wymagał wskazania: DETEKTOR „Barryvox Europe lub równoważny". Tylko urządzenia Barryvox Europe spełniają potrzeby Zamawiającego i wypełniają warunki zamówienia zawarte w OPZ. Odwołujący zaoferował produkt Mammut Barryvox bez wskazania modelu (rynkowego) stąd też Zamawiający logicznie uznał, że albo Odwołujący nie wie, że urządzenie to występuje w trzech modelach jak wspomniano wyżej albo nie ma to dla Odwołującego znaczenia jaki model dostarczy, bądź też oferuje, że dostarczy wszystkie. Zamawiający nie antycypuje zamierzeń wykonawcy lecz jest związany w tej kwestii jednoznacznym ale nie precyzyjnym (nie takiego sprecyzowania wymagał Zamawiający) wskazaniem Odwołującego na Detektor: Mammut

Barryvox. Hipotetycznie zatem, gdyby Zamawiający wyraził zgodę, to jest przyjął przedmiotową ofertę – urządzenie Detektor: Mammut Barryvox to oznaczało by to, że Zamawiający może otrzymać wskazany detektor w każdej z trzech wersji/modelu tj. Mammut Barryvox Europe, Mammut Barryvox USA/Canada/NZ, Mammut Barryvox Japan ze skutkiem takim, że Zamawiający nie mógłby odmówić przyjęcia dostawy detektorów z uwagi na fakt, że wykonawca zaoferował urządzenie Mammut Barryvox w każdym z modeli/typów pomimo, że modele Mammut Barryvox USA/Canada/NZ, Mammut Barryvox Japan są dla Zamawiającego bezużyteczne, nie spełniają warunków postępowania, a ich zakup stanowiłby szkodę w mieniu jednostki organizacyjnej – Skarbu Państwa. Taka sytuacja byłaby dla Zamawiającego niedopuszczalna i nieakceptowalna. Zamawiający bowiem tak opisał przedmiot zamówienia, aby otrzymać urządzenie spełniające jego potrzeby.

Przedłożony przez Odwołującego dowód w postaci deklaracji zgodności urządzenia Mammut Barryvox i Mammut Barryvox S stanowią potwierdzenie, że urządzenia wskazane spełniają normy prawne z przeznaczeniem dla poszczególnych rynków handlowych np. Unii Europejskiej czy Stanów Zjednoczonych. Powyższego faktu jednak Zamawiający nie kwestionował. Natomiast z analizy innych dokumentów eksploatacyjno – technicznych, tj. instrukcji urządzeń zamieszczonych na oficjalnej stronie producenta – karta 47-48 wynika jednoznacznie, że posiadają one różne częstotliwości robocze, w szczególności istotna dla Zamawiającego częstotliwość W-Link – umożliwiająca precyzyjne i szybkie rejestrowanie i wyszukiwanie zasypanych obiektów, właściwe dla określonych obszarów geograficznych – wskazuje na to korespondencja mailowa od przedstawiciela handlowego Uni – Sport Sp. z o.o. wyłącznego dystrybutora. Różne częstotliwości W-link oznaczają zatem, że urządzenia Mammut Barryvox i Mammut Barryvox S „Europe" nie będzie działać we właściwy sposób np. w Stanach Zjednoczonych i na odwrót.

Zamawiający przedstawił jako dowód: instrukcję użytkownika urządzenia Mammut Barryvox dostępna pod linkiem https://static.mammut.com/file/2710-00150_man_no_3-4_Barryvox_Referanshandbok.pdf oraz zrzut ekranu informacji mailowej udzielonej przez przedstawiciela handlowego MAMMUT – Uni Sport Sp. z o.o. z dnia 20 października 2023 r.

Na marginesie Zamawiający podniósł, że przedmiotowe wymagania zawarte w warunkach zamówienia, OPZ, załączniku tabelarycznym nie były poddawane w wątpliwość przez pozostałych wykonawców, którzy odpowiednio oferowali detektory, jak w załączeniu, co zdaniem Zamawiającego świadczy o tym, że warunki, kryteria były sformułowane przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i oczywisty. Odwołujący nie kierował w tej sprawie wniosków o wyjaśnienie do Zamawiającego na etapie postępowania gdzie mógł takie pytania przedstawiać i wnosić w zakresie udzielenia wyjaśnień co do potrzeb i warunków postępowania Odwołujący jednoznacznie wskazał na urządzenie Mammut Barryvox zatem Zamawiający nie ma podstaw, aby podważać lub mieć uzasadnione wątpliwości co do tak jednoznacznego wskazania wynikającego z oferty, co oznacza dla Zamawiającego, że przedsiębiorca zaoferował w istocie każdy z trzech możliwych modeli/typów/wariantów urządzenia Mammut Barryvox.

Zamawiający wyjaśnił, że oczekiwał podania przez wszystkich wykonawców takich danych, które pozwolą na etapie badania i oceny ofert jednoznacznie stwierdzić, czy oferowany produkt spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Z treści oferty Odwołującego - pod wskazaną pozycją, nie wynika dla Zamawiającego jakiego modelu/typu/wariantu dotyczy oferta. Jak wskazuje Izba - wyrok KIO 2683/23, w takiej sytuacji - braku nie można konwalidować poprzez zastosowanie chociażby art. 223 ust. 1 Pzp, bowiem: „*w tym znaczeniu wyjaśnienie treści oferty zmierza do wyjaśnienia wewnętrznych sprzeczności (…) niedozwolone jest w tym trybie uzupełnianie ofert, czy też negocjowanie ich treści (…) wyjaśnienia powinny sprowadzać się do ustalenia jak należy rozumieć treść zawartą w ofercie, a nie rozszerzać tą treść bądź ograniczać*".

W związku z tym, że Odwołujący nie złożył oferty zgodnej z warunkami zamówienia – Zamawiający wymagał w tym względzie wskazania urządzenia „Barryvox Europe" oraz nie zaoferował urządzenia równoważnego, Zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z uwagi na brak ważnych, tj. niepodlegających odrzuceniu ofert w prowadzonym postępowaniu, zgodnie z art.255 pkt. 2 Pzp Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 5 listopada 2023 r. Odwołujący przedstawił replikę do odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący podtrzymał wszystkie postawione zarzuty i wnioski.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający podając uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego (w dniu 19 października 2023 r.) podniósł, że: wskazanie przez Odwołującego w pozycji numer 1 formularza cenowego określenie Mammut Barryvox nienależycie konkretyzuje przedmiot oferty oraz że producent (Mammut) oferuje przynajmniej dwa różne modele, tj. Mamut Barryvox Europe i Mammut Barryvox S Europe. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 listopada 2023 r. Zamawiający nieco zmodyfikował i rozszerzył swoje stanowisko względem uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający stoi w tym momencie na stanowisku, że faktycznie określenie Mammut to oznaczenie producenta, natomiast określenia Barryvox oraz Barryvox S to (cytat Zamawiającego) „rodzaje produktu". Natomiast każdy z tych rodzajów produktów w opinii Zamawiającego oferowane są w „trzech modelach/typach/wersjach", tj. Europe, USA/Canada/NZ oraz Japan.

Zamawiający podniósł również zagadnienie różnicy w częstotliwości.

Odwołujący oświadczył, że w sposób należyty i jednoznaczny skonkretyzował przedmiot zamówienia jako Mammut (oznaczenie producenta) Barryvox (nazwa/model urządzenia). Taki sposób oznaczenia produktu należycie i jednoznacznie go konkretyzuje. Odwołujący przyznał jednocześnie, że produkt Barryvox posiada odrębne dostosowania geograficzne (regiony W-Link), jednak nie stanowią one o nazwie, czy modelu urządzenia i nie mają większego praktycznego znaczenia.

Podnoszone przez Zamawiającego zagadnienie różnicy w częstotliwości W-Link nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, gdyż przede wszystkim Zamawiający nigdzie w opisie przedmiotu zamówienia nie odnosił się do parametrów częstotliwości, a ponadto wszystkie okoliczności dotyczące parametrów częstotliwości W-Link podnoszone przez Zamawiającego są niezgodne z rzeczywistością.

Z treści oferty Odwołującego i okoliczności sprawy bezsprzecznie wynika, że wolą Odwołującego było zaoferowanie produktu Barryvox ze wstępnym dostosowaniem geograficznym W-Link dla Europy. Odwołujący podkreślił, że: określenie „Mammut" stanowi oznaczenie producenta, określenie „Barryvox" stanowi wskazanie nazwy/modelu urządzenia.

Taka nazwa modelu jest nazwą nadaną przez producenta i pod takim oznaczeniem została wprowadzona do powszechnego obrotu handlowego. Pod taką również nazwą modelu powyższy produkt otrzymał deklaracje zgodności. Poza tymi określeniami producent w żaden inny sposób nie konkretyzuje swojego produktu. Podstawowym argumentem w tym zakresie jest dołączona przez Odwołującego do odwołania z dnia 23 października 2023 r. [załącznik numer 4 do odwołania] deklaracja zgodności.

Odwołujący wskazał, że sporny przedmiot zamówienia należy zakwalifikować jako urządzenie radiowe, a w związku z powyższym musi ono spełniać wymagania określone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE (Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 153, str. 62) [dalej: „dyrektywa radiowa"].

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 dyrektywy radiowej:

„Deklaracja zgodności UE musi zawierać stwierdzenie, że wykazano spełnienie zasadniczych wymagań określonych w art. 3.

Deklaracja zgodności UE ma układ odpowiadający wzorowi określonemu w załączniku VI, zawiera elementy określone w tym załączniku oraz jest systematycznie aktualizowana. Musi ona zostać przetłumaczona na język (lub języki) wymagany (wymagane) przez państwo członkowskie, w którym urządzenie radiowe wprowadza się do obrotu lub udostępnia na rynku."

Zgodnie natomiast ze wskazywanym załącznikiem VI do dyrektywy radiowej wzór deklaracji zgodności zawiera:

1. Urządzenie radiowe (numer produktu, typu, partii lub serii):

2. Nazwa i adres producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela:

3. Niniejszą deklarację zgodności wydaje się na wyłączną odpowiedzialność producenta.

4. Przedmiot deklaracji (identyfikator urządzenia radiowego umożliwiający jego identyfikowalność; może zawierać obraz barwny wystarczająco wyraźny, kiedy konieczne jest zidentyfikowanie urządzenia radiowego):

5. Wymieniony powyżej przedmiot niniejszej deklaracji jest zgodny z odnośnymi wymaganiami unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego: dyrektywą 2014/53/UE, innym unijnym prawodawstwem harmonizacyjnym, w stosownych przypadkach.

6. Odwołania do odnośnych norm zharmonizowanych, które zastosowano, lub do innych specyfikacji technicznych, w stosunku do których deklarowana jest zgodność. Odwołania muszą być podane wraz z ich numerami identyfikacyjnymi i wersjami oraz w stosownych przypadkach z datą wydania:

7. W stosownych przypadkach, jednostka notyfikowana … (nazwa, numer) … przeprowadziła … (opis interwencji) … i wydała certyfikat badania typu UE: …

8. W stosownych przypadkach, opis elementów dodatkowych lub komponentów, w tym oprogramowania, które umożliwiają działanie urządzenia radiowego zgodnie z przeznaczeniem i które są objęte deklaracją zgodności UE:

9. Informacje dodatkowe:

Podpisano w imieniu: …

(miejsce i data wydania):

(imię i nazwisko, stanowisko) (podpis):"

Z powyższego wynika jednoznacznie, że deklaracja zgodności dla urządzenia radiowego musi zawierać między innymi przedmiot deklaracji (oznaczenie produktu), identyfikator umożliwiający jego identyfikowalność.

W deklaracji zgodności dla produktu „Barryvox" [załącznik numer 4 do odwołania] wyraźnie wskazano wyłącznie oznaczenie „Barryvox". Jest to bowiem oznaczenie umożliwiające jednoznaczną identyfikowalność produktu.

Jednocześnie nigdzie w deklaracji zgodności nie występują sugerowane przez Zamawiającego oznaczenia „Europe", „USA/Canada/NZ" oraz „Japan" (ani nie istnieje żadna odrębna deklaracja zgodności, w której znajdowałyby się te oznaczenia). Oznaczenia sugerowane przez Zamawiającego nie identyfikują bowiem produktu. Gdyby bowiem te oznaczenia miały identyfikować produkt, to musiałyby znaleźć się w deklaracji zgodności. Ponadto, nie mają one większego praktycznego znaczenia.

Odwołujący podkreślił, że opiera się na dokumentach i oświadczeniach podmiotów posiadających największą wiedzę na temat spornego produktu (tj. na jego producencie oraz oficjalnym i wyłącznym dystrybutorze w Polsce). Tymczasem Zamawiający poparcia swoich tez szuka na stronach internetowych dalszych sprzedawców, czy sklepach internetowych, które to podmioty siłą rzeczy posiadają mniejszą wiedzę niż producent czy oficjalny dystrybutor. Odwołujący nie może odpowiadać i nie można wobec Odwołującego wyciągać negatywnych skutków za ewentualne błędne czy wprowadzające w błąd oznaczenia stosowane przez takie podmioty jak dalsi sprzedawcy, czy sklepy internetowe.

Odwołujący wskazał także na instrukcję obsługi produktu Barryvox dostępną na stronie internetowej producenta Mammut, która zawiera wyłącznie określenie Barryvox, bez żadnych innych dodatków. Również w przewodniku użytkownika wskazane jest wyłącznie określenie Barryvox.

Określenie „Barryvox", którego Odwołujący użył w formularzu cenowym, należycie i jednoznacznie identyfikuje produkt. Takim określeniem posługuje się sam producent (przede wszystkim w treści deklaracji zgodności, która zgodnie z przepisami musi zapewniać jednoznaczną identyfikowalność produktu).

Okoliczności związane z częstotliwością podnoszone przez Zamawiającego są niezgodne z rzeczywistością oraz nie znajdują żadnego oparcia w dokumentacji zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający zdecydował się opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, że wskazał znak towarowy oraz wskazał bardzo szczegółowe kryteria stosowane w celu oceny równoważności (zgodnie z art. 99 ust. 6 Pzp).

Dla spornego produktu (pozycja numer 1 formularza cenowego) kryteria stosowane w celu oceny równoważności zostały określone w taki sposób, że wśród tych bardzo szczegółowych kryteriów równoważności nie ma nic (żadnej wzmianki) na temat częstotliwości. Oznacza to, że na etapie do momentu upływu terminu składania ofert zagadnienie częstotliwości nie miało dla Zamawiającego żadnego znaczenia, gdyż nie wskazał w kryteriach równoważności kwestii związanych z częstotliwością. Tym samym mogłaby się zdarzyć teoretyczna sytuacja, w której jakiś z wykonawców zaoferowałby Zamawiającemu nie produkt referencyjny (Barryvox), lecz produkt równoważny. Jeżeli produkt równoważny spełniałby wszystkie parametry równoważności tak szczegółowo opisane przez Zamawiającego, ale posiadałby inną częstotliwość niż wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 listopada 2023 r., to oferta takiego wykonawcy byłaby i tak zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie miałby prawa odrzucić oferty takiego wykonawcy. Częstotliwość nie była bowiem w żaden sposób opisana jako kryterium stosowane w celu oceny równoważności. Z tego powodu wszystkie twierdzenia Zamawiającego związane z częstotliwością należy uznać wyłącznie za specyficzną taktykę procesową Zamawiającego polegającą na wprowadzeniu po terminie składania ofert nowego elementu opisu przedmiotu zamówienia, co jednak jest niezgodne z treścią art. 286 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może w uzasadnionych przypadkach zmienić treść SWZ, ale tylko przed upływem terminu składania ofert.

Niezależnie jednak od tego, że częstotliwość nie stanowiła w żaden sposób elementu opisu przedmiotu zamówienia (a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego), to dodatkowo wszystkie okoliczności podnoszone przez Zamawiającego są niezgodne z rzeczywistością.

Odwołujący zwrócił się do oficjalnego i wyłącznego dystrybutora z prośbą o sprostowanie informacji przekazanych przez pracownika sklepu internetowego.

W odpowiedzi otrzymał jednoznaczną informację, że:

- produkt Barryvox (jak również Barryvox S) operują na jednej standardowej częstotliwości 457 kHz,
- oprócz standardowej częstotliwości występuje również częstotliwość W-Link (o której wspomina Zamawiający),
- częstotliwość W-Link faktycznie jest w różny sposób wstępnie skonfigurowana w zależności od regionu geograficznego (co związane jest z różnymi wymaganiami prawnymi w poszczególnych krajach),
- nie ma jednak żadnego znaczenia, a urządzenia są w 100% kompatybilne z innymi detektorami lawinowymi oraz miedzy sobą.

Ta informacja wynika również z przewodnika użytkownika dla produktu Barryvox, jak i z deklaracji zgodności.

Z treści oferty Odwołującego i okoliczności sprawy bezsprzecznie wynika, że wolą Odwołującego było zaoferowanie wstępnego dostosowania geograficznego W-Link dla Europy. Przede wszystkim w Europie nie da się zamówić innego wstępnego dostosowania geograficznego W-Link niż to właściwe dla Europy. Żeby to potwierdzić Odwołujący skontaktował się bezpośrednio z producentem Mammut (zarówno z europejską centralą, jak i przedstawicielstwem na Stany Zjednoczone) i uzyskał jednoznaczną informację, że nie jest możliwy zakup w Europie

wstępnego dostosowania geograficznego W-Link innego niż dla Europy. Odwołujący przedstawił jako dowód: korespondencję pomiędzy Odwołującym a producentem Mammut (europejska centrala) oraz korespondencję pomiędzy Odwołującym a producentem *Mammut (przedstawicielstwo na Stany Zjednoczone Ameryki Północnej)*- na okoliczność ustalenia, że nie jest możliwy zakup w Europie dostosowania geograficznego W-Link innego niż dla Europy.

Co więcej, z e-maila producenta Mammut przedstawicielstwo na Stany Zjednoczone) wynika również, że częstotliwość W-Link – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – nie ma żadnego znaczenia. Producent wskazuje bowiem: *„Prawdą jest, że kiedy kupujesz detektor w danym kraju, W-Link tego detektora musi (zgodnie z prawem) być zgodny z regulacjami rządowymi tego kraju. Jeśli jednak kupisz detektor na rynek europejski i przyjedziesz do USA, możesz go przekonfigurować, aby dopasować go do częstotliwości łącza W-Link w Ameryce Północnej".* Sam więc producent wskazuje, że wstępne dostosowanie częstotliwości W-Link nie ma żadnego znaczenia, gdyż nawet mając wersję kupioną jako wstępna częstotliwość W-Link dla Europy można w Stanach Zjednoczonych dokonać konfiguracji i dostosować do częstotliwości łącza W-Link dla Stanów Zjednoczonych (i na odwrót) oraz korzystać z produktu na takich samych zasadach. Jednocześnie Odwołujący podkreślił niemożliwość zakupu w Europie wstępnego dostosowania geograficznego W-Link innego niż dla Europy, więc obawy Zamawiającego w tym zakresie są zupełnie bezpodstawne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zasadne są zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, i w konsekwencji - naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący w należyty sposób skonkretyzował przedmiot zamówienia w zakresie pozycji numer 1 formularza cenowego i w związku z tym jego oferta nie podlega odrzuceniu, a w dalszej konsekwencji postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlega unieważnieniu.

Zgodnie z rozdziałem XV ust. 5 pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał, żeby oferta zawierała między innymi wypełniony formularz cenowy, którego wzór stanowił załącznik numer 4 do SWZ. We wzorze formularza cenowego Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia oraz pozostawił kilka kolumn, które powinny zostać wypełnione przez wykonawców, w tym kolumna o nazwie „Producent, nazwa, model". W pozycji 1 ww. formularza cenowego Zamawiający opisał produkt jako „Detektor Mammut Barryvox Europe lub równoważny".

W złożonej ofercie Odwołujący w ww. pozycji 1 w formularzu cenowym, w kolumnie „Producent, nazwa, model" podał oznaczenie „Mammut Barryvox".

Zamawiający w dniu 19 października 2023 r. podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że w ramach badania i oceny ww. oferty stwierdził, że wbrew wymaganiom Zamawiającego określonym w warunkach zamówienia – Odwołujący nie dokonał w wymagany sposób skonkretyzowania formularza cenowego pod pozycją 1 (Detektor Barryvox Europe lub równoważny) wskazując w ostatniej kolumnie jednie producenta, nazwę oferowanego asortymentu (Mammut Barryvox), bez wskazania modelu, biorąc pod uwagę, że producent oferuje przynajmniej dwa różne modele: Mammut Barryvox Europe i Mammut Barryvox S Europe, co jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, który wymagał podania producenta, nazwy i modelu oferowanego produktu. Zamawiający wyjaśnił też, że oczekiwał podania przez wszystkich wykonawców takich danych, które pozwolą na etapie badania i oceny ofert jednoznacznie stwierdzić, czy oferowany produkt spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia, a wymogi te zostały wskazane jednoznacznie w postanowieniach SWZ, były klarowne, precyzyjne i nie budziłby wątpliwości. Z treści oferty Odwołującego pod wskazaną pozycją nie wynika zatem dla Zamawiającego jakiego modelu dotyczy oferta.

W oparciu o zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający błędnie przyjął, że podana przez Odwołującego treść w kolumnie „Producent, nazwa, model" w postaci „Mammut Barryvox" nie spełnia wymagania SWZ co do skonkretyzowania treści oferty w pkt 1 formularza cenowego. Podana przez Odwołującego nazwa producenta to „Mammut" natomiast nazwa i model urządzenia to „Barryvox" w odróżnieniu od drugiego modelu tego urządzenia oznaczonego przez ww. producenta jako „Barryvox S".

Z treści przedstawionego przez Odwołującego pisma z dnia 20 października 2023 r. pochodzącego od podmiotu Uni-Sport sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, który jest oficjalnym i wyłącznym dystrybutorem na terenie Polski producenta Mammut, wynika jednoznacznie, że producent Mammut posiada w swojej ofercie dwa rodzaje (modele) detektorów lawinowych – „Barryvox" oraz „Barryvox S".

Co prawda Zamawiający zawarł w opisie zamawianego detektora określenie „Detektor Barryvox Europe lub

równoważny", jednak dodatek „Europe" nie występuje w nazwie/modelu tego urządzenia, co potwierdzają dowody przedłożone w toku postępowania. Jak wynika z dokumentów technicznych dotyczących powyższego produktu, w żadnym miejscu tej dokumentacji nie występuje oznaczenie Barryvox Europe oraz Barryvox S Europe. Potwierdzają to również deklaracje zgodności dla produktów „Barryvox" i „Barryvox S".I zba nie podzieliła zatem poglądu Zamawiającego, że oferowane urządzenie: PRODUCENT: Mammut, NAZWABarryvox występuje w dwóch rodzajach, tj. jako Mammut Barryvox oraz Mammut Barryvox S, które występują (są oferowane przez producenta Mammut) w trzech modelach, tj.: „Europe", „USA/Canada/NZ", „Japan".

Zauważyć należy, że w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 listopada 2023 r. Zamawiający zmodyfikował i rozszerzył swoje stanowisko w porównaniu do treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 19 października 2023 r.

Podkreślić też należy, że Zamawiający nie wymagał w SWZ podania przez wykonawców rodzaju produktu tylko nazwę/model, nie wymagał również podania „modelu/typu/wariantu".

Bezsporne jest, że produkt Barryvox posiada odrębne dostosowania geograficzne (regiony W-Link), jednak nie stanowią one o nazwie ani o modelu urządzenia.

Detektory lawinowe należy zakwalifikować jako urządzenia radiowe, a w związku z powyższym muszą one spełniać wymagania określone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE (Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 153, str. 62).Dyrektywa określa zasady dotyczące wprowadzania urządzeń radiowych na rynek wewnętrzny Unii Europejskiej. Zasady te wprowadzono w celu dostosowania przepisów do realiów stale rosnącego rynku urządzeń radiowych, a przede wszystkim w celu zapewnienia, by urządzenia radiowe nie zakłócały pracy innych urządzeń oraz by spełniały zasadnicze wymagania w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa. Dyrektywa określa również dodatkowe środki nadzoru rynku umożliwiające identyfikowanie i monitorowanie urządzeń, które nie spełniają zasadniczych wymagań (np. w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa).

Zgodnie z dyrektywą, producenci powinni sporządzić deklarację zgodności UE dla tych urządzeń, zawierającą wymagane na mocy niniejszej dyrektywy informacje na temat zgodności urządzeń radiowych z wymogami niniejszej dyrektywy i pozostałych właściwych przepisów unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego. Oznakowanie CE, wykazujące zgodność urządzeń radiowych, jest widoczną konsekwencją całego procesu obejmującego ocenę zgodności w szerokim znaczeniu. Ogólne zasady dotyczące oznakowania CE określonow rozporządzeniu (WE) nr 765/2008. Zgodnie definicją zawartą w ww. dyrektywie, „oznakowanie CE" oznacza oznakowanie, poprzez które producent wskazuje, że urządzenie radiowe spełnia mające zastosowanie wymagania określone w unijnym prawodawstwie harmonizacyjnym przewidującym umieszczanie tego oznakowania. Wskazać należy m.in. na następujące przepisy dyrektywy radiowej:

„Artykuł 10

Obowiązki producentów

1. Producenci wprowadzający swoje urządzenia radiowe do obrotu gwarantują, że zostały one zaprojektowane i wytworzone zgodnie z zasadniczymi wymaganiami określonymi w art. 3.

2. Producenci zapewniają, aby urządzenia radiowe były skonstruowane w taki sposób, by można było ich używać w co najmniej jednym państwie członkowskim bez naruszania mających zastosowanie wymogów dotyczących wykorzystania widma radiowego.

3. Producenci sporządzają dokumentację techniczną, o której mowa w art. 21, i przeprowadzają lub zlecają przeprowadzenie odpowiedniej procedury oceny zgodności, o której mowa w art. 17.

Jeśli w wyniku tej procedury oceny zgodności wykazano zgodność urządzenia radiowego z mającymi zastosowanie wymaganiami, producenci sporządzają deklarację zgodności UE i umieszczają oznakowanie CE.

[…]

6. Producenci są zobowiązani zapewnić opatrzenie urządzeń radiowych, które wprowadzili do obrotu, nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację, lub w przypadku gdy wielkość lub rodzaj urządzenia to uniemożliwiają, umieszczenie wymaganych informacji na opakowaniu lub w dokumencie załączonym do urządzenia radiowego.

7. Producenci są zobowiązani umieścić na urządzeniach radiowych, a jeżeli wielkość lub rodzaj urządzeń radiowych to uniemożliwiają — na opakowaniu lub w dokumencie załączonym do tych urządzeń, swoją nazwę, zarejestrowaną nazwę handlową lub zarejestrowany znak towarowy i swój pocztowy adres kontaktowy. W adresie zostaje wskazany jeden punkt, w którym można skontaktować się z producentem. Dane kontaktowe są podawane w języku łatwo zrozumiałym dla użytkowników końcowych i organów nadzoru rynku.

[…]

9. Producenci zapewniają, by do każdego urządzenia radiowego dołączona była kopia deklaracji zgodności UE lub uproszczona deklaracja zgodności UE. Jeżeli dostarcza się uproszczoną deklarację zgodności UE, to powinna ona zawierać dokładny adres internetowy, pod którym można uzyskać pełny tekst deklaracji zgodności UE.

Artykuł 13

Obowiązki dystrybutorów

1. Przy udostępnianiu urządzeń radiowych na rynku dystrybutorzy zobowiązani są zachować w swoich działaniach należytą staranność w odniesieniu do wymagań niniejszej dyrektywy.

2. Przed udostępnieniem urządzenia radiowego na rynku dystrybutorzy sprawdzają, czy urządzenie radiowe jest opatrzone oznakowaniem CE i czy towarzyszą mu wymagane na mocy niniejszej dyrektywy dokumenty oraz instrukcje i informacje dotyczące bezpieczeństwa w języku zrozumiałym dla konsumentów i innych użytkowników końcowych w państwie członkowskim, w którym urządzenie radiowe ma być udostępnione na rynku, a także czy producent i importer spełnili wymagania określone odpowiednio w art. 10 ust. 2 i 6–10 oraz w art. 12 ust. 3.

Jeżeli dystrybutor uznaje lub ma powody, by uważać, że urządzenie radiowe nie jest zgodne z zasadniczymi wymaganiami określonymi w art. 3, nie wolno mu udostępniać tego urządzenia radiowego na rynku, dopóki nie zostanie zapewniona jego zgodność. Ponadto jeżeli urządzenie radiowe stwarza zagrożenie, dystrybutor informuje o tym producenta lub importera oraz organy nadzoru rynku.

[…]

Artykuł 18

Deklaracja zgodności UE

1. Deklaracja zgodności UE musi zawierać stwierdzenie, że wykazano spełnienie zasadniczych wymagań określonych w art. 3.

2. Deklaracja zgodności UE ma układ odpowiadający wzorowi określonemu w załączniku VI, zawiera elementy określone w tym załączniku oraz jest systematycznie aktualizowana. Musi ona zostać przetłumaczona na język (lub języki) wymagany (wymagane) przez państwo członkowskie, w którym urządzenie radiowe wprowadza się do obrotu lub udostępnia na rynku.

Uproszczona deklaracja zgodności UE, o której mowa w art. 10 ust. 9, zawiera elementy określone w załączniku VII i jest systematycznie aktualizowana. Musi ona zostać przetłumaczona na język (lub języki) wymagany (wymagane) przez państwo członkowskie, w którym urządzenie radiowe wprowadza się do obrotu lub udostępnia na rynku. Pełny tekst deklaracji zgodności UE jest udostępniany pod adresem internetowym, o którym mowa w uproszczonej deklaracji zgodności UE w języku (lub językach) wymaganym (wymaganych) przez państwo członkowskie, w którym urządzenie radiowe wprowadza się do obrotu lub udostępnia na rynku.

3. Jeżeli urządzenie radiowe podlega więcej niż jednemu aktowi prawa unijnego wymagającego deklaracji zgodności UE, sporządzana jest jedna deklaracja zgodności UE odnosząca się do wszystkich takich aktów prawa unijnego. W deklaracji takiej wskazane są odpowiednie unijne akty prawne, włącznie z odniesieniem do ich publikacji.

4. Poprzez sporządzenie deklaracji zgodności UE producent przyjmuje na siebie odpowiedzialność za zgodność urządzenia radiowego z wymaganiami określonymi w niniejszej dyrektywie."

Zgodnie zatem z wzorem deklaracji zawartym w załączniku VI do dyrektywy radiowej, deklaracja zgodności dla urządzenia radiowego musi zawierać dokładne dane określające przedmiot deklaracji (oznaczenie produktu), identyfikator umożliwiający jego identyfikowalność.

W deklaracji zgodności dla produktu „Barryvox" wyraźnie wskazano wyłącznie oznaczenie „Barryvox". Jest to bowiem oznaczenie umożliwiające jednoznaczną identyfikację tego produktu. Jednocześnie nigdzie w treści deklaracji zgodności nie występują wskazane przez Zamawiającego oznaczenia „Europe", „USA/Canada/NZ" lub „Japan".

Potwierdza powyższe także oświadczenie oficjalnego i wyłącznego dystrybutora producenta Mammut w Polsce - firmy Uni-Sport sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, a także instrukcja obsługi produktu Barryvox dostępna na stronie internetowej producenta Mammut, gdzie wskazane jest wyłącznie określenie Barryvox, bez żadnych innych dodatków, identyfikujących jakikolwiek rynek geograficzny. Również w przewodniku użytkownika wskazane jest wyłącznie określenie Barryvox:

W ocenie Izby, nie można wobec Odwołującego wyciągać negatywnych skutków za ewentualne błędne czy wprowadzające w błąd oznaczenia produktu stosowane np. przez sklepy internetowe.

Oficjalny i wyłączny dystrybutor produktów firmy Mammut jednoznacznie wyjaśnił w przekazanej Odwołującemu informacji (e-*mail z dnia 3 listopada 2023 r.),* że:

„Wyjaśniamy informacje przekazane przez pracownika naszego sklepu internetowego i oświadczamy, że detektory lawinowe firmy Mammut, modele Barryvox oraz Barryvox S, operują na jednej standardowej częstotliwości (457 kHz), ich oprogramowanie jest dostosowane do wymogów prawnych trzech regionów geograficznych (częstotliwości W-Link), w których są sprzedawane i są w pełni kompatybilne ze sobą."

Nie zostały przedstawione w toku postępowania żadne dowody na okoliczność, że poza określeniami Barryvox i Barryvox S ich producent w jakikolwiek inny sposób konkretyzuje powyższe produkty, wprowadzając je do obrotu na terenie Europy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten koresponduje z treścią art. 218 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Definicja „warunków zamówienia" zawarta jest w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym oferta Odwołującego jest zatem w pełni zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący w należyty sposób skonkretyzował przedmiot zamówienia, podając oznaczenie producenta („Mammut") oraz nazwę i model oferowanego urządzenia („Barryvox"). Z treści oferty Odwołującego i okoliczności sprawy wynika jednoznacznie, że zgodnie z wolą Odwołującego, został przez niego zaoferowany produkt Barryvox ze wstępnym dostosowaniem geograficznym W-Link dla Europy. Nazwa modelu „Barryvox" jest nazwą nadaną przez producenta i pod takim oznaczeniem została wprowadzona do obrotu handlowego. Pod taką też nazwą modelu powyższy produkt posiada deklaracje zgodności CE.

W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że określenie „Barryvox", którego Odwołujący użył w formularzu cenowym złożonej oferty, należycie i jednoznacznie identyfikuje produkt spełniający wymagania Zamawiającego, tj. detektor Barryvox przeznaczony do sprzedaży na terenie Europy. Tym samym oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 2 Pzp, zatem Zamawiający obowiązek unieważnić powyższe czynności i powtórzyć ocenę ofert.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 i 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……