

**WYROK**

**z dnia 11 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ w Poznaniu przy udziale wykonawcy RescueLine Sp. z o.o. w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w zakresie dotyczącym spełnienia wymagania dotyczącego wentylacji, oddala odwołanie w zakresie naruszenia przepisów wskazanej ustawy w zakresie dotyczącym spełnienia wymagania dotyczącego wagi respiratora;
2. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz Wojewódzką Stacją Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie;
  - 2.2. zasądza od Wojewódzką Stacją Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ w Poznaniu na rzecz Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie kwotę 9.300 zł (słownie: dziewięć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu Samodzielny Publiczny ZOZ w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup 20 sztuk ambulansów z pełnym wyposażeniem dla Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Poznaniu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 121-318315. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

20 września 2021 r. wykonawca Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie wniósł odwołanie dotyczące części 6, w której zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę RescueLine Sp. z o.o. w Zielonej Górze. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1, art. 223 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i wniósł o unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty RescueLine Sp. z o.o. oraz o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w SWZ, OPZ i treści załącznika technicznego nie postawił wymogu, by waga respiratora miała dotyczyć gotowego do pracy urządzenia na zasilaniu stacjonarnym wraz z zamontowaną akcesoryjną baterią do zasilania w ruchu. Wskazał, że w żadnym z punktów formularza parametrów oferowanych zamawiający nie wspomina o akumulatorze.

Odwołujący wyjaśnił, że respirator AMBUL 6000S posiada bazowy tryb pracy na standardowym źródle zasilania zasilaczu sieciowym oraz dodatkowo podczas poruszania się na zasilaniu akumulatorowym. Źródła zasilania są więc opcjonalnymi do wyboru akcesoriami do urządzenia. Respirator waży 1,2 kg, co jest zgodne z opisanymi wymaganiami zamawiającego, który nie wymagał w zakresie wagi, aby podana ona została wraz z akcesoriami/akumulatorami. Potwierdzeniem, że respirator pracuje na 2 źródłach zasilania, jest aktualna instrukcja obsługi str. 2 i str. 6.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający oparł się jedynie na ogólnym folderze urządzenia i nie wymagał dostarczenia instrukcji obsługi przy składaniu ofert oraz nie poprosił o dokument przy wezwaniu do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, a przed odrzuceniem oferty odwołującego nie wykorzystał instytucji wyjaśnień treści oferty.

Podniósł ponadto, że potwierdził spełnienie wymagania, aby respirator mógł być bezpiecznie wykorzystywany do wentylacji dorosłych, dzieci i niemowląt od 10 kg masy ciała. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie ujawnił w uzasadnieniu odrzucenia, na jakiej podstawie

faktycznej sądzi, że respirator AMBUL 6000S nie spełnia tego parametru. Twierdzenie takie jest nieuprawnione i sprzeczne z deklaracją producenta. Zarzucił, że zamawiający przed odrzuceniem nie wykorzystał instytucji wyjaśnień treści oferty opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przy sformułowaniu przez zamawiającego wezwania na podstawie tego przepisu odwołujący z pewnością wyjaśniłby i wykazał prawidłowość parametrów oferowanego urządzenia.

Odwołujący wywodził, że odrzuceniu może podlegać jedynie oferta niezgodna z SWZ, natomiast jego oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami zamawiającego postawionymi w dokumentacji.

Wykonawca RescuLine Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Strony i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w załączniku 1.6. do SWZ.

W pkt 4 tego załącznika ustalił, że respirator jest przeznaczony do wentylacji dorosłych, dzieci i niemowląt od 10 kg masy ciała. Pkt 21 tego załącznika stanowi, że waga respiratora powinna wynosić maksymalnie 1,2 kg (+/-5%). To wymaganie było przedmiotem pytania nr 63, w odpowiedzi na które zamawiający doprecyzował, że waga respiratora nie może przekraczać 1,2 kg (+5%) tj. 1,26 kg.

Na potwierdzenie spełniania wymagań wykonawca zobowiązany był do złożenia formularza oferowanych parametrów, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 11.6 do SWZ.

W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę, w której wskazał respirator transportowy AMBUL 6000S. W pkt 5 oferowanych parametrów odwołujący potwierdził, że respirator jest przeznaczony do wentylacji dorosłych, dzieci i niemowląt od 10 kg masy ciała, a w pkt 21, że waga respiratora wynosi 1,2 kg.

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych, a po ich ocenie pismem z 10 września 2021 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uzasadniając tę czynność zamawiający wskazał, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w załączniku 1.6 - „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Część nr 6 - Respirator transportowy” wymagał, aby waga respiratora wynosiła maksymalnie 1,2 kg (+/- 5%), w toku wyjaśnień do pytań, które złożyli wykonawcy, zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 63 doprecyzował, że waga respiratora nie może przekraczać 1.2 kg (+5%) tj. 1,26 kg. Wykonawcą w formularzu parametrów oferowanych dołączonego do oferty potwierdził, że oferowany respirator transportowy AMBUL 6000S waży 1,2

kg. Działając na podstawie art. 107 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz postanowień zawartych w SWZ zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie folderu z dokładnymi parametrami technicznymi. Z treści otrzymanego dokumentu w języku polskim wynika, że waga respiratora wynosi ok. 1.3 kg z dopiskiem 1.2 kg bez akumulatora. Zamawiający wskazał, że określając maksymalną wagę urządzenia, nie dopuścił możliwości dekompletowania urządzeń w celu spełnienia wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z instrukcją obsługi respiratora AMBUL 6000S w punkcie - dane techniczne producent określił wagę urządzenia na około 1,3 kg. Zamawiający wskazał również, że wymagał, aby respirator mógł być bezpiecznie wykorzystywany do wentylacji dorosłych, dzieci i niemowląt od 10 kg masy ciała. Opis w instrukcji obsługi respiratora AMBUL 6000S wyraźnie wskazuje, że urządzenie przeznaczone jest do wentylacji pacjentów o wadze 15 kg i większej.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie powołanych pism oraz protokołu postępowania znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Okoliczności faktyczne sprawy nie są sporne. Waga respiratora oferowanego przez odwołującego wynosi 1.3. kg, bez akumulatora 1,2. kg. Zamawiający nie wyjaśniał z odwołującym kwestii związanych z wagą respiratora oraz minimalnej masy ciała pacjenta, lecz swoją ocenę oparł (jak oświadczył na rozprawie) na dokumentacji pochodzącej od producenta zamieszczonej w języku angielskim w internecie. Z instrukcji złożonej we fragmentach przez odwołującego na rozprawie wynika, że respirator jest zaprojektowany do zapewniania kontrolowanej wentylacji u pacjentów od 10 kg.

Izba zgodziła się z zarzutem odwołującego, że zamawiający dokonując oceny zgodności treści oferty odwołującego z SWZ wyłącznie na podstawie dokumentów, których nie uzyskał od odwołującego, z pominięciem zwrócenia się do niego o wyjaśnienia, naruszył art. 223 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek w toku badania i oceny ofert zamawiający może i powinien wykorzystać swoją wiedzę oraz doświadczenie, a także może uwzględnić informacje i dokumenty powszechnie dostępne, to jednak nie może pominąć informacji pozyskanych od wykonawcy. Z zasad prowadzenia postępowania opisanych w art. 16 Pzp należy wywieść również prawo do obrony przez

wykonawcę swojej oferty. Oparcie się zamawiającego wyłącznie na dokumentach zewnętrznych powoduje nieprzejrzystość jego działania i może prowadzić do wadliwych wniosków. W szczególności uwzględnić, że informacje zamieszczane w internecie nie zawsze mogą obrazować rzeczywisty stan rzeczy.

Tak się stało w okolicznościach badanej sprawy w odniesieniu do parametru minimalnej masy ciała pacjenta. Gdyby zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia, uzyskałby prawdziwą informację potwierdzającą spełnianie swoich wymagań. W konsekwencji zaniechania wyjaśnień zamawiający doszedł do błędnego przekonania, że wymagania opisane w pkt 4 załącznika nr 1.6. do SWZ nie zostały spełnione. W tym zakresie odrzucenie oferty odwołującego stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Nie doszło natomiast do naruszenia tego przepisu w związku z ustaleniem przez zamawiającego, że nie zostało spełnione jego wymaganie dotyczące maksymalnej masy respiratora. Odwołujący próbował kwestionować prawidłowość czynności zamawiającego przez wskazanie, że zamawiający w pkt 21 załącznika nr 1.6. nie doprecyzował, czy waga 1,2, kg dotyczy respiratora, czy respiratora wraz z akumulatorem. Dla wzmocnienia tej argumentacji odwołujący wskazywał, że inni zamawiający w prowadzonych przez siebie postępowaniach zastrzegali, że przy masie respiratora należy uwzględnić akumulator. Z tego poglądu wynikać ma a *contrario*, że brak takiego zastrzeżenia oznacza w badanym postępowaniu, że zamawiający przy ocenie parametru masy powinien pominąć wagę akumulatora i uwzględnić wyłącznie masę respiratora.

Izba nie zgodziła się z tym poglądem. Po pierwsze, w powołanym przez odwołującego postępowaniu prowadzonym przez Wielką Orkiestrę Świątecznej Pomocy przedmiotem zamówienia był respirator przeznaczony na dziecięcy blok operacyjny/salę wybudzeń. Po drugie, we wszystkich trzech wskazanych przez odwołującego postępowaniach masa respiratora była większa niż wymagana w tym postępowaniu. Nie można więc wykluczyć, że w tych postępowaniach (dowód na twierdzenie przeciwne nie został złożony) wymagania zamawiających powodowały, że oferowane respiratory mogły być wyposażone w dodatkowo dołączane akumulatory, co uzasadniało sens poczynionego zastrzeżenia. Tymczasem w badanym postępowaniu odwołujący, wbrew twierdzeniu zawartemu w odwołaniu, nie zaoferował zamawiającemu respiratora, w którym akumulator/bateria stanowiły akcesorium, dodatkowe źródło zasilania. Z opisu produktu wynika, że źródło zasilania inne niż kabel zasilający nie zostało wyszczególnione odrębnie. Brak jest zatem podstaw ku temu, aby uznać, że zamawiający zamawiając respirator transportowy, przeznaczony do wykorzystania w zespołach ratownictwa medycznego, a zatem – jak zostało opisane w SWZ – zapewniający możliwość przewożenia i użytkowania respiratora w trakcje jazdy ambulansem oraz możliwość zabrania respiratora do pacjenta i jego używanie w miejscu zdarzenia, opisał swoje wymagania z pominięciem źródła zasilania respiratora, które jest niezbędne do prawidłowej pracy urządzenia. Respirator pozbawiony źródła zasilania jest bezużyteczny.

Odwołujący domaga się rozstrzygnięcia sporu wyłącznie o wymaganie pkt 21 załącznika nr 11 z pominięciem przeznaczenia zamawianego respiratora, a zatem kontekstu eksponowanego przez siebie wymagania. Takiej możliwości sprzeciwia się art. 65 § 1 k.c. znajdujący zastosowanie na gruncie Pzp w związku z odesłaniem zawartym w art. 8 ust. 1 Pzp. Przy wykładni oświadczenia nie można pominąć okoliczności jego złożenia. W badanym postępowaniu okoliczności relewantne dla ustalenia wymagania zamawiającego jest możliwe do ustalenia bez trudu, już przez uwzględnienie przeznaczenia respiratora.

Spóźnione zatem jest stanowisko odwołującego, że interpretacja zaprezentowana przez zamawiającego, a podzielona przez skład orzekający, powoduje, że postępowanie zostało ogłoszone pod konkretny produkt oferowany przez RescuLine sp. z o.o. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia mogą być podnoszone wyłącznie w zawitym terminie określonym w art. 515 ust. 2 Pzp liczonym od dnia opublikowania SWZ na stronie zamawiającego. Argument ten nie może zatem zostać uwzględniony na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała zatem, że odrzucenie oferty odwołującego z powodu niespełnienia wymagania dotyczącego wagi respiratora nie narusza art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie jednego z dwóch podniesionych w nim zarzutów, czyli jednej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego. Uzasadnia to obciążenie stron postępowania kosztami w równych częściach, ku czemu podstawę stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). W poczet podlegających sumowaniu i rozdzieleniu kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła, oprócz wpisu, koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia.

**Przewodnicząca:** .....