

**Sygn. akt: KIO 847/15**

**Sygn. akt: KIO 848/15**

## **WYROK**

**z dnia 22 maja 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach  
Emil Kuriata  
Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2015 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2015 r. przez:

- A. wykonawcę: „Z.” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Tużycka 8, 03-683 Warszawa (sygn. akt KIO 847/15);
- B. wykonawcę: Ratownik M. W. Spółka jawna z siedzibą w Jabłonnej, ul. Konwaliowa 24, 05-110 Jabłonna (sygn. akt 848/15),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu, ul. Świętego Józefa 53-59, 87-100 Toruń**

przy udziale: wykonawcy **W.A.S. Wietmarscher-Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Lubiczu Górnym, ul. Nowa 2, 87-162 Lubicz Górny**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 847/15 oraz KIO 848/15 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala w całości odwołanie wniesione przez wykonawcę: „Z.” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 847/15).
2. A. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę: Ratownik M. W. Spółka jawna z siedzibą w Jabłonnej (sygn. akt KIO 848/15) i nakazuje Zamawiającemu
  - 2.1. dokonanie zmiany postanowień Załącznika Nr 3/1 oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt III.3. przez dopuszczenie jako jednego z możliwych rozwiązań – „napędu na koła przednie” oraz
  - 2.2. dokonanie zmiany postanowień Załącznika Nr 3/1 oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt I.7. przez wprowadzenie jako wymogu granicznego dotyczącego drzwi bocznych prawych przeszklonych wysokości - „minimum 178 cm” **lub** przez wprowadzenie jako wymogu granicznego dotyczącego drzwi bocznych prawych przeszklonych wysokości - „minimum 178 cm” oraz wprowadzenie jako dodatkowo punktowanego w ramach oceny dodatkowo punktowanych parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych pojazdów parametru odnoszącego się do wysokości drzwi bocznych prawych przeszklonych po spełnieniu określonego minimum (tj. „178 cm”), według wyboru Zamawiającego co do jednej z alternatywnych opcji wskazanych powyżej i przy uwzględnieniu jego potrzeb.
2. B. W pozostałym zakresie odwołanie (sygn. akt KIO 848/15) oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: „Z.” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 847/15) oraz Zamawiającego: Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu (sygn. akt KIO 848/15), i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „Z.” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 847/15) i wykonawcę Ratownik M. W. Spółka jawna z siedzibą w Jabłonnej (sygn. akt KIO 848/15), tytułem wpisów od odwołań,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego: Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Rydygiera w Toruniu na rzecz wykonawcy: Ratownik M. W. Spółka jawna z siedzibą w Jabłonnej (sygn. akt KIO 848/15) kwotę 18 645 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów parkingu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 847/15**

**Sygn. akt: KIO 848/15**

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

Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi – w trybie przetargu nieograniczonego - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: *Dostawa w formie leasingu: a/ ambulansów ratunkowych typ C z wyposażeniem medycznym, b/ ambulansów ratunkowych typ C bez wyposażenia medycznego z zestawem noszy głównych*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2015 roku pod numerem 2015/S 053-092294. Także w dniu 17 marca 2015 roku Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia [zwaną dalej: „SIWZ”].

W dniu 14 kwietnia 2015 roku Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ i udostępnił ją na stronie internetowej Zamawiającego, jak również w tym samym dniu Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o modyfikacji SIWZ za pośrednictwem faksu. W dniu 13 kwietnia 2015 roku Zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej pytania i odpowiedzi do SIWZ, jak również w tym samym dniu przesłał je wykonawcom biorącym udział w postępowaniu za pośrednictwem faksu.

### **A. Sygn. akt KIO 847/15**

W dniu 24 kwietnia 2015 roku wykonawca „Z.” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 14 kwietnia 2015 roku, polegającej na zaniechaniu wykonania działania, do którego zobowiązał się Zamawiający oraz modyfikacji treści SIWZ w sposób uniemożliwiający zachowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) mogące mieć wpływ lub mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie uniemożliwiających uczciwą konkurencję postanowień, szczegółowo opisanych w treści odwołania [rozpatrywanych łącznie z pozostałymi postanowieniami SIWZ];
- 2) mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności, do których zobowiązał się Zamawiający poprzez uwzględnienie odwołania w całości, które to determinowało zastosowanie się przez Izbę do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp ab initio.

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

- doprowadzenie opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z prawem, tj. wykreślenia lub modyfikacji uniemożliwiających uczciwą konkurencję wymogów [w sposób szczegółowo wskazany w treści odwołania];
- wykonania przez Zamawiającego czynności do których zobowiązał się uwzględniając w całości pierwotne odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w dniu 14 kwietnia 2015 roku Zamawiający wystosował pismo informujące o modyfikacji [zmianie] SIWZ w wyniku uznania zarzutów odwołań oraz zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ po modyfikacji z rzekomym uwzględnieniem uznanego w całości odwołania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił w całości odwołania w zakresie zarzutu 2 pierwotnego odwołania, ponieważ zmodyfikował parametr momentu obrotowego opisując go jako min. 380 Nm, co jest niezgodne z podniesionymi zarzutami. Stwierdził, że w pierwotnym odwołaniu wyraźnie wskazał na możliwość zaoferowania silnika o mocy 163 KM i momencie obrotowym 360 Nm oraz pojemnością silnika powyżej 2000 cm<sup>3</sup>. Tymczasem Zamawiający uwzględnił w zmodyfikowanej SIWZ jedynie zmianę dotyczącą pojemności silnika zmieniając wymóg minimalny na min. 1900 cm<sup>3</sup>, podczas, gdy Odwołujący deklarował możliwość i chęć zaoferowania pojazdu o mocy 163 KM, pojemności powyżej 2000 cm<sup>3</sup> oraz momencie obrotowym 360 Nm. W ocenie Odwołującego, modyfikacja wprowadzona przez Zamawiającego określająca wymóg zaoferowania momentu obrotowego min. 380 Nm jest niezgodna z odwołaniem, a ponadto stanowi świadomy i celowy czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dalszym ciągu faworyzuje pojazd marki VW Crafter W.A.S Wietmarscher o następujących parametrach: silnik - 163 KM, pojemność - 1968 ccm oraz moment obrotowy - 400 Nm. Według Odwołującego, sposób modyfikacji

przez Zamawiającego parametrów, wymusza na Odwołującym konieczność zaoferowania samochodu o dużo wyższych parametrach silnika, by w ogóle wystartować w tym postępowaniu, a tym samym skazuje go na przegraną finansową. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego, tj. zmianę parametrów silnika w taki sposób, aby Odwołujący mógł zaoferować równoważny pojazd o mocy silnika 163 KM, pojemności silnika 2143 cm<sup>3</sup> oraz momencie obrotowym 360 Nm, zgodnie z deklaracją Odwołującego zawartą w odwołaniu z dnia 27 marca 2015 r.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie uwzględnił pierwotnego odwołania w zakresie zarzutu 6, bowiem zamiast zamienić rozszerzenie A1 na A2 [zgodnie z przyjętą przez Polski Komitet Normalizacyjny] aktualizacją, zupełnie usunął rozszerzenia normy PN EN 1789. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego, tj. umieszczenie w SIWZ poprawnej nazwy normy aktualnie obowiązującej, czyli PN EN 1789:A2 2015.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu 7 pierwotnego odwołania, bowiem zapis miał zostać usunięty, a został przesunięty do parametrów punktowanych, które zostały celowo zmodyfikowane tak by w dalszym ciągu pojazd VW Crafter W.A.S Wietmarscher był faworyzowany i otrzymał wyższą liczbę punktów. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego, tj. usunięcie zapisu dotyczącego wymagania gwarancji mechanicznej 36 miesięcy zarówno w postaci wymogu obligatoryjnego, jak i punktowanego.

Ponadto, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten zmienił kryteria i sposób oceny ofert tak, aby parametry, które miał usunąć, mógł dodatkowo punktować na korzyść pojazdu VW Crafter W.A.S Wietmarscher, spełniającego wszystkie kryteria dodatkowe. W ocenie Odwołującego taki zabieg jest celowy i ukierunkowany na eliminację ewentualnej konkurencji. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację kryteriów i sposobu oceny ofert, polegającą na usunięciu z nich parametrów, które winny zostać usunięte z SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający, na podstawie odpowiedzi na pytania z dnia 14 kwietnia 2015 roku zmodyfikował § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy zgodnie z propozycją jednego z wykonawców. Odwołujący stwierdził, że zmiana ta, wprowadzona po terminie zadawania pytań, powoduje to, iż jedynie ten wykonawca spełni wymagania projektu umowy w zakresie terminów płatności. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o cofnięcie tej modyfikacji, określonej w sposób obligatoryjny i uznanie jej jako wiążącej jedynie w przypadku wyboru oferty wykonawcy, który zadał pytanie, natomiast w przypadku wyboru oferty innego wykonawcy, wnioskował, aby pozostały ważne pierwotne zapisy w tym zakresie.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2015 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 4 i 5, potwierdzając, że przedmiot zamówienia zgłosi do ubezpieczenia w dniu podpisania protokołu odbioru i w ciągu 14 dni od odbioru przedmiotu zamówienia przedstawi dowód zawarcia ubezpieczenia. Zdaniem Odwołującego, zarówno Pytający, jak i Zamawiający, zignorowali obowiązujące przepisy prawa wskazujące na konieczność obowiązkowego ubezpieczenia pojazdów mechanicznych co najmniej w zakresie OC od dnia rejestracji pojazdu. Podkreślił, że Zamawiający wymaga dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia dowodów rejestracyjnych, co oznacza, że pojazdy należy zarejestrować jeszcze przed odbiorem protokolem. Podniósł, że przedmiot zamówienia przez cały okres leasingowania jest własnością Finansującego, który w żaden sposób nie ma prawa godzić się by jego ambulanse sanitarne były wydane do użytkowania bez ubezpieczenia szczególnie ze względu na fakt, że jest on znacznej wartości. Zwrócił też uwagę na to, że Zamawiający zgodził się przejąć odpowiedzialność prawną i finansową za nie ubezpieczony przedmiot zamówienia. Wobec powyższego wnosił o modyfikację przedmiotowych odpowiedzi w następujący sposób: *„Korzystający w dniu rejestracji zawrze umowę ubezpieczenia w pełnym zakresie OC/AC/NNW oraz przedstawi potwierdzenie opłaty jednorazowej składki ubezpieczeniowej za pierwsze 12 miesięcy od dnia rejestracji. Korzystający co roku będzie wznawiał umowę ubezpieczenia wraz z przedstawieniem dowodów wpłaty składek jednorazowo płatnych jako dowód ważności ubezpieczenia”*.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

- oddalenie odwołania jako bezzasadnego w odniesieniu do zarzutów nr 2 i 3,
- odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż dotyczy czynności w wyniku uwzględnienia zarzutu w odwołaniu, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
- odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 4, 5 i 6 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W toku posiedzenia w dniu 19 maja 2015 roku Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów wskazanych w punkcie 5 i 6 uzasadnienia odwołania, tj. dotyczących odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców dotyczące § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy i modyfikacji w tym zakresie oraz w zakresie postanowień dotyczących zgłoszenia do ubezpieczenia przedmiotu zamówienia.

## **B. Sygn. akt KIO 848/15**

W dniu 24 kwietnia 2015 roku wykonawca Ratownik M. W. Spółka jawna z siedzibą w Jabłonnej [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 17 marca 2015 roku, polegającej na zaniechaniu wykonania działania, do którego zobowiązał się Zamawiający oraz modyfikacji treści SIWZ w sposób uniemożliwiający zachowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Przy czym należy uznać, że Odwołujący omyłkowo powołał się na datę 17 marca 2015 roku, bowiem z dalszej części odwołania wynika, że zmodyfikowana treść SIWZ, stanowiąca podstawę wniesienia odwołania, została opublikowana w dniu 14 kwietnia 2015 roku, co jest zgodne z rzeczywistością.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) mogące mieć wpływ lub mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie uniemożliwiających uczciwą konkurencję postanowień, szczegółowo opisanych w treści odwołania [rozpatrywanych łącznie z pozostałymi postanowieniami SIWZ];
- 2) mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności, do których zobowiązał się Zamawiający poprzez uwzględnienie odwołania w całości, które to determinowało zastosowanie się przez Izbę do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp ab initio.

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

- doprowadzenie opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z prawem, tj. wykreślenia lub modyfikacji uniemożliwiających uczciwą konkurencję wymogów [w sposób szczegółowo wskazany w treści odwołania];
- wykonania przez Zamawiającego czynności do których zobowiązał się uwzględniając w całości pierwotne odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w dniu 14 kwietnia 2015 roku Zamawiający wystosował pismo informujące o modyfikacji [zmianie] SIWZ w wyniku uznania zarzutów odwołań oraz zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ po modyfikacji z rzekomym uwzględnieniem uznanego w całości odwołania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił w całości odwołania w zakresie zarzutu 2 pierwotnego odwołania, ponieważ zmodyfikował parametr momentu obrotowego opisując go jako min. 380 Nm, co jest niezgodne z podniesionymi zarzutami.



Stwierdził, że w pierwotnym odwołaniu wyraźnie wskazał na możliwość zaoferowania silnika o momencie obrotowym 360 Nm. Stwierdził, że modyfikacja wprowadzona przez Zamawiającego, określająca wymóg zaoferowania momentu obrotowego min. 380 Nm jest niezgodna z odwołaniem, a ponadto stanowi świadomy i celowy czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dalszym ciągu faworyzuje pojazd marki VW Crafter W.A.S Wietmarscher o następujących parametrach: silnik - 163 KM, pojemność - 1968 ccm oraz moment obrotowy - 400 Nm. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego, tj. zmianę parametrów silnika w taki sposób, aby Odwołujący mógł zaoferować równoważny pojazd o momencie obrotowym 360 Nm, zgodnie z deklaracją Odwołującego zawartą w odwołaniu z dnia 27 marca 2015 r.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający w pierwotnej SIWZ wymagał napędu na koła tylne lub przednie, natomiast obecnie Zamawiający zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że wymaga napędu jedynie na koła tylne lub 4 x 4. Odwołujący podkreślił, że taka modyfikacja nie była żądaniem odwołania. Jego zdaniem, Zamawiający dokonał tej modyfikacji, aby wyeliminować produkty Renault z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził, że wprowadzona modyfikacja uniemożliwia zaoferowania większości pojazdów bazowych na których w UE wykonywane są zabudowy ambulansów, tj.: Renault Master, Nissan Interstar, Opel Movano, Citroen Jumper, Peugeot Boxer, Fiat Ducato, zaś umożliwia złożenie oferty jedynie na produkty typ Sprintara i Craftera.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający aktualnie wymaga także, aby drzwi boczne miały wysokość min. 180 cm, natomiast Renault Master ma wysokość drzwi 178 cm, a w konsekwencji wymóg ten uniemożliwia złożenie oferty. Podkreślił, że różnica dwóch centymetrów jest na tyle nieistotna, że nie powinna skutkować całkowitą niemożnością złożenia oferty. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o dopuszczenie wysokości 178 cm i wskazał, że ewentualnie Zamawiający w kryterium dodatkowym powinien punktować różnicę wysokości.

Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający aktualnie wymaga także zaoferowania "kurtyn powietrznych dla kierowcy i pasażera". Zauważył, że kurtyn bocznych nie posiadają pojazdy bazowe: Renault Master, Nissan Interstar, Opel Movano, Citroen Jumper, Fiat Ducato, Peugeot Boxer oraz, że pojazdy te mają inne rozwiązanie technologiczne, a mianowicie poduszki powietrzne boczne, które zapewniają równie wysoki poziom bezpieczeństwa. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ umożliwiającą zaoferowanie pojazdu z bocznymi poduszkami, a także wskazał, że ewentualnie Zamawiający powinien punktować pojazdy z kurtynami, o ile ten parametr jest istotny dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający aktualnie wymaga także w zakresie wymogów dotyczących respiratora transportowego: trybu wentylacji CPAP; zastawki ciśnieniowej bezpieczeństwa min. 10-65 mbar oraz temperatury pracy od -15°C do +40°C. Odwołujący podkreślił, że ww. parametry traktowane łącznie z pozostałymi wymogami opisują jedynie respirator Medumat Standard 2 produkcji Weinmann i nie dopuszczają zaoferowania innego urządzenia o parametrach równoważnych. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o: wykreślenie trybu wentylacji CPAP; dopuszczenie zastawki ciśnieniowej bezpieczeństwa min. 20-60 mbar oraz o dopuszczenie temperatury pracy w zakresie co najmniej od -10°C do +40°C. Jednocześnie wskazał, iż pożądane wymogi są w pełni zgodne z wymogami obowiązującej normy PN-EN 794-3 dla respiratorów transportowych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

- oddalenie odwołania jako bezzasadnego w odniesieniu do zarzutów nr 2 i 3,
- odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż dotyczy czynności w wyniku uwzględnienia zarzutu w odwołaniu, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
- odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 4 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie,
- odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 5 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz dotyczy czynności w wyniku uwzględnienia zarzutu w odwołaniu, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W toku posiedzenia w dniu 19 maja 2015 roku Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu wskazanego w punkcie 5 uzasadnienia odwołania, tj. dotyczącego określenia parametrów odnoszących się do respiratora transportowego.

#### **W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 756/15 i KIO 760/15:**

W dniu 27 kwietnia 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść*

*strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 30 kwietnia 2015 roku wykonawca W.A.S. Wietmarscher-Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Lubiczu Górnym, zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej, przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 847/15 i KIO 848/15 po stronie Zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony, a także załączył dowody przekazania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że wykonawca W.A.S. Wietmarscher-Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Lubiczu Górnym spełnił przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że ww. wykonawca skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, a tym samym stał się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Ponadto, w dniu 30 kwietnia 2015 roku wykonawca Medline Sp. z o. o. z siedzibą w Zielonej Górze, zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Do zgłoszenia przystąpienia nie załączono żadnych dokumentów, z których wynikałoby umocowanie osoby, która podpisała pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia, do reprezentowania ww. wykonawcy. Ponadto, z treści zgłoszenia przystąpienia nie wynika, do którego z postępowań odwoławczych [tj. KIO 847/15 czy 848/15 czy też do obu], zostało zgłoszone przystąpienie. Z oświadczenia Zamawiającego złożonego w toku posiedzenia wynika, że nie otrzymał on kopii zgłoszenia przystąpienia od ww. wykonawcy, a Odwołujący wskazał, że wykonawca przekazał mu jedynie informację o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w powołanym powyżej przepisie, a tym samym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu wykonawcy Medline Sp. z o. o. z siedzibą w Zielonej Górze nie było skuteczne i nie nabył on statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Należy też stwierdzić, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, dlatego poszczególne zarzuty odwołania, co do których ziściłyby się przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza pozostawia bez rozpoznania.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że obu Odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego. Mianowicie, Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu Odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również dowody z dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania. Izba ponadto zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty znajdujące się w aktach sprawy o sygn. akt KIO 623/15 i KIO 624/15.

Izba postanowiła oddalić wniosek złożony przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z pisemnej opinii biegłego o specjalności „Technika samochodowa” lub „Pomiar Prędkości pojazdów” na okoliczność wykazania, iż pojazdy Renault Master z silnikiem 360 Nm oraz Mercedes Sprinter 360 Nm nie odbiegają co do wartości przyśpieszenia pojazdu od VW Crafter w wersji opisanej w pierwotnym siwz, a wartość osiąganego przyśpieszenia gwarantuje mobilność na poziomie wystarczającym dla świadczenia usług ratownictwa medycznego w zgodzie z ustawą o ratownictwie medycznym, Prawo o ruchu drogowym i Polskimi Normami PN EN w zakresie ambulansów medycznych, z uwagi na to, że rozstrzygnięcie zarzutu w ramach, którego został powołany ww. wniosek dowodowy nie wymagało wiadomości specjalnych, gdyż kwestią zasadniczą było ustalenie czy Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego podniesiony w odwołaniu z dnia 27 marca 2015 roku co do parametru odnoszącego się do momentu obrotowego silnika.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania wyrażone w pismach [odwołania z dnia 24 kwietnia 2015 roku, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania datowane na dzień 5 maja 2015 roku, pisma procesowe Odwoływających z dnia 8 maja 2015 roku], a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 maja 2015 roku, 8 maja 2015 roku oraz 19 maja 2015 roku.

Rozpatrując odwołania w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

### **A. Sygn. akt KIO 847/15**

Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Odwoływającego podlega oddaleniu w całości.

W pierwszej kolejności Odwoływający podnosił zarzut, że Zamawiający nie uwzględnił w całości odwołania w zakresie zarzutu 2 pierwotnego odwołania, stwierdzając, że Zamawiający zmodyfikował parametr momentu obrotowego opisując go jako min. 380 Nm, co jest niezgodne z podniesionymi zarzutami oraz, że wyraźnie wskazał na możliwość zaoferowania silnika o mocy 163KM i momencie obrotowym 360 Nm. Zdaniem Odwoływającego, dokonana przez Zamawiającego modyfikacja jest niezgodna z odwołaniem oraz w dalszym ciągu faworyzuje pojazd marki VW Crafter W.A.S. Wietmarscher.

Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się w okolicznościach niniejszej sprawy.

W odwołaniu z dnia 27 marca 2015 roku [Zarzut 2.] Odwoływający podnosił, że: *„Zamawiający w punkcie II.2 i II.3 i 4 określił wymagania co do silnika „Silnik o pojemności 1900 - 2000 cm<sup>3</sup> ... Silnik o mocy min. 160 KM... Moment obrotowy min. 400 Nm”. Zapisy te umożliwiają zaoferowanie tylko i wyłącznie pojazdu jednej marki tj. Volkswagen typ Crafter. Pojazd ten posiada silnik o pojemności 1968 cm<sup>3</sup>, o mocy 163 KM o momencie obrotowym 400 Nm czyli dokładnie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Niczym nie uzasadnionym jest określenie pojemności silnika w zakresie tj. od 1900 do 2000 cm<sup>3</sup>, czy też określenie minimalnego momentu obrotowego akurat na 400 Nm. Dyskusyjne jest wymaganie akurat określonego poziomu Nm, jednakże z uwagi, iż w ocenie Odwoływającej nie właściwości jezdne pojazdu przyświecają określonym wymogom, lecz bezprawna chęć ograniczenia konkurencji bez znaczenia jest przytaczanie argumentacji o składnikach właściwości jezdnych pojazdów w kontekście korelacji pomiędzy ich masą, pojemności silnika, mocy, aerodynamiki, sprawności skrzyni biegów i momentu obrotowego. Na rynku dostępne są bowiem ambulanse,*

*które spełniają wymóg minimalnej mocy [tj. 160 KM], ale nie spełniają pozostałych wymagań - dla przykładu ambulans Renault Master ma silnik o mocy 163 KM, lecz o pojemności 2299cm<sup>3</sup> i o momencie obrotowym 360 Nm, ambulans Mercedes-Benz Sprinter ma silnik o mocy 163 KM, o momencie obrotowym 360 Nm. Nie sposób uznać, że Volkswagen typ Crafter ma lepsze właściwości jezdne od Renault Master czy MB Sprinter.*

*Wymagania Zamawiającego opisujące jedynie jeden produkt spośród wielu na rynku nie mogą się ostać i nie zasługują na ochronę prawną. W związku z czym Odwołująca wnosi o wykreślenie zapisów, bądź ich modyfikację, w ten sposób, by umożliwiły zaoferowanie ambulansów z silnikiem spełniającym wymóg minimalnej mocy tj. 160 KM, o innej niż dotychczas wskazana i wymagana pojemności silnika oraz odmiennym momencie obrotowym”.*

W dniu 3 kwietnia 2015 roku Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, w następstwie czego zostało umorzone postępowanie odwoławcze na mocy postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2015 roku [sygn. akt KIO 623/15 i KIO 624/15].

*Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Podkreślić należy, że w odwołaniu z dnia 27 marca 2015 roku Odwołujący nie sprecyzował swojego żądania w zakresie parametru odnoszącego się do wartości pojemności silnika i momentu obrotowego silnika. Wnosił bowiem jedynie, jak już zostało wskazane powyżej, o: „wykreślenie zapisów, bądź ich modyfikację w ten sposób, by umożliwiły zaoferowanie ambulansów z silnikiem spełniającym wymóg minimalnej mocy tj. min. 160 KM o innej niż dotychczas wskazana i wymagana pojemności silnika oraz odmiennym momencie obrotowym”.

Zamawiający w dniu 14 marca 2015 roku powiadomił wykonawców o modyfikacji SIWZ w wyniku uznania zarzutów odwołań. Zamawiający dokonał modyfikacji pkt II.4 Załącznika Nr 3/1 do SIWZ oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ przez nadanie brzmienia: „Moment obrotowy min. 380 Nm”, w miejsce dotychczasowego: „Moment obrotowy min. 400 Nm”.

W ocenie Izby Zamawiający przez dokonanie modyfikacji treści SIWZ w sposób opisany powyżej, zadośćuczynił żądaniu Odwołującego, wynikającemu z zarzutu 2 odwołania z dnia 27 marca 2015 roku.

Stwierdzić należy, że w przypadku podnoszenia zarzutów do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym do opisu przedmiotu zamówienia i żądania modyfikacji jej treści konieczne jest precyzyjne formułowanie żądań w tym zakresie, tak aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do żądań wykonawcy i co do tego jakiej zmiany oczekuje wykonawca. Zamawiający jest zobowiązany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i staranny dokonać opisu przedmiotu zamówienia, co wynika bezpośrednio z dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też żądania w tym zakresie również powinny być formułowane w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Zamawiający nie powinien się domyślać zakresu żądanej zmiany, a ewentualne nieścisłości i niejednoznaczności, wynikające z pewnej niestaranności wykonawcy nie powinny obciążać Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko, że żądania należy rozpatrywać w kontekście postawionych zarzutów. Jednak samo żądanie powinno być na tyle uchwytnie i precyzyjne, aby Zamawiający mógł je uwzględnić i zrealizować. To na podstawie sformułowanych żądań Zamawiający niejednokrotnie podejmuje decyzję co do uwzględnienia poszczególnych zarzutów bądź też całego odwołania. W kontekście żądania postawionego przez Odwołującego w ocenie Izby, Zamawiający mógł dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób w jaki to uczynił, a mianowicie poprzez obniżenie wartości parametru momentu obrotowego do poziomu 380 Nm. Podkreślić raz jeszcze należy, że w samym żądaniu Odwołujący nie wskazał konkretnych wartości parametru momentu obrotowego silnika czy pojemności silnika. Wnosił jedynie, aby Zamawiający określił te wartości w sposób odmienny od dotychczas wskazanych i wymaganych wartości. Wprawdzie w okolicznościach, stanowiących uzasadnienie podnoszonego zarzutu, Odwołujący odnosił się do wartości 360 Nm, jednak już samo sformułowanie: *„Na rynku dostępne są bowiem ambulanse, które spełniają wymóg minimalnej mocy [tj. 160 KM], ale nie spełniają pozostałych wymagań - dla przykładu [...]”* wskazuje, że przykładowo zostały podane te wartości. Nie zostało w sposób wyraźny określone, że Odwołujący oczekuje modyfikacji treści SIWZ przez określenie momentu obrotowego silnika na poziomie 360 Nm.

Zamawiający nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnego sformułowania wniosków odwołania. Istota wniosku Odwołującego o dokonanie modyfikacji treści SIWZ w powyższym zakresie została w istocie ujawniona dopiero na etapie obecnego odwołania, tj. odwołania z dnia 24 kwietnia 2015 roku, w którym Odwołujący wnosił o: *„modyfikację SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego tj. zmianę parametrów silnika*

*tak by Odwołujący mógł zaoferować równoważny pojazd o mocy silnika 163 KM, pojemności silnika 2143 cm<sup>3</sup> oraz momencie obrotowym 360 Nm zgodnie z deklaracją Odwołującego zawartą w odwołaniu z dnia 27.03.2015 r.”.*

Odwołujący w pierwotnym odwołaniu nie sprecyzował w jaki sposób Zamawiający ma zmienić wartość przedmiotowego parametru, a nie wynikało to w sposób jednoznaczny z treści zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut zawarty w odwołaniu z dnia 27 marca 2015 roku. Nie zostało zatem wykazane, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, warto zauważyć, że Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, wobec czego w sytuacji, gdy nawet nie jest związany żądaniem Odwołującego powinien wziąć pod rozwagę wszelkie okoliczności, które mają wpływ na poszanowanie reguł uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu potrzeb Zamawiającego. Prawidłowy, czyniący zadość potrzebom Zamawiającego i uzasadniony tymi potrzebami ale także realizujący zasady uczciwej konkurencji, dający szansę wykonawcom na złożenie konkurencyjnych ofert, opis przedmiotu zamówienia stanowi fundament postępowania o zamówienie publiczne. Wszelkie wymagania stawiane wobec przedmiotu zamówienia winny znajdować uzasadnienie w potrzebach postępowania i nie powinny mieć charakteru wybiórczych. Zamawiający powinien zatem poddać refleksji wszelkie sygnały, niezależnie od ich źródła i sfery formalnoprawnej związanej z takim lub innym postawieniem żądań w odwołaniu, jeśli ich wynikiem jest stwierdzenie niedoskonałości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz ukształtowania postępowania. Zmiana SIWZ mająca na celu realizację zasad postępowania jest więc zawsze dopuszczalna a nawet konieczna, jeśli prowadzi do usunięcia dostrzeżonych wad w postępowaniu. Jak bowiem wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r. w spr. V Ca 3065/13: *„Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 7 maja 2013 r., KIO 898/13, że zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonywać zmiany SIWZ. Takiego wymogu nie stawia ani przepis art. 38 Pzp ani inne przepisy tej ustawy. Zmiana SIWZ zatem może nastąpić w każdym czasie. Jedynym ograniczeniem jest termin składania ofert. Konieczność zmian SIWZ może wpływać zarówno z otrzymywanych od wykonawców pytań zmierzających do wyjaśnienia jej treści, z uwzględnienia odwołania jak też z inicjatywy samego zamawiającego czy to na skutek pytań wykonawców co do treści SIWZ czy też na skutek dokonania przez zamawiającego zmiany oceny swoich potrzeb.”*



W niniejszej sprawie, Zamawiający podnosił, że dokonał modyfikacji SIWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego, nie wykazał natomiast, że różnica momentu obrotowego pomiędzy wartością 380 Nm a 360 Nm ma na tyle istotne znaczenie, że musi zostać utrzymana jako wymóg obligatoryjny [o podanej wartości] co do parametrów silnika. Zamawiający, kształtując treść SIWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia, powinien rozważyć nie tylko wynik własnych analiz, ale również i wszelkie rzeczowe sygnały pochodzące od wykonawców, w tym zarówno wynikające z pytań i uwag wykonawców zmierzających do wyjaśnienia treści SIWZ, jak i wynikające z odwołań, czy też wynikające z działań samego Zamawiającego, który dokonał rozeznania rynku.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie uwzględnił pierwotnego odwołania w zakresie zarzutu 6, ponieważ zamiast zmienić rozszerzenie A1 na A2, zgodnie z przyjętą przez Polski Komitet Normalizacyjny aktualizacją, zupełnie usunął rozszerzenia normy PN EN 1789. Odwołujący wnosil o modyfikację SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego, tj. umieszczenie w SIWZ poprawnej nazwy normy aktualnie obowiązującej, czyli PN EN 1789:A2 2015.

Izba uznała, że również powyższy zarzut nie potwierdził się w okolicznościach niniejszej sprawy.

W odwołaniu z dnia 27 marca 2015 roku [Zarzut 6.] Odwołujący podnosił, że: *„Zamawiający powołuje się na nieobowiązujące już normy m.in. normę PN EN 1789+A1. W dniu 12 stycznia 2015 r. Prezes Polskiego Komitetu Normalizacyjnego zatwierdził normę PN-EN 1789+A2:2015-01 [numer referencyjny], która zastąpiła normę PN-EN 1789+ A1:2011. Odwołująca wnosi o skorygowanie zapisu na zgodny z prawem, tj. dotyczący spełniania obowiązującej normy PN-EN 1789+A2:2015-01”.*

Zamawiający w dniu 14 marca 2015 roku dokonał modyfikacji pkt X.1 [oświetlenie przedziału medycznego] i XI.1 [wyposażenie przedziału medycznego] Załącznika Nr 3/1 do SIWZ oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ, gdzie zawarł odesłanie do normy PN EN 1789. W pierwotnej treści SIWZ odwoływał się do normy PN EN 1789+A1.

Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że sposób modyfikacji treści SIWZ w zakresie odesłania do normy PN EN 1789 wynika ze szczególnej sytuacji w jakiej znajduje się Zamawiający, iż obecny okres to okres przejściowy, gdy norma PN EN 1789+A1 jest wycofywana, a w jej miejsce ma zostać wprowadzona norma PN-EN 1789+A2:2015-01. Podkreślił, że dokonana przez niego modyfikacja uwzględnia uwarunkowania wynikające z dynamiki zmian, jak i uwzględnia żądanie Odwołującego. Wskazał, że nie może zawrzeć odesłania wyłącznie do normy PN-EN 1789+A2:2015-01, która nie jest jeszcze normą zharmonizowaną [na dzień dokonania modyfikacji SIWZ]. Powołał się przy tym

na obwieszczenie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 20 stycznia 2015 roku w sprawie wykazu norm zharmonizowanych [M.P. 2015.194], gdzie w załączniku nr 19 została wymieniona norma PN-EN 1789+A1:2011 *Pojazdy medyczne i ich wyposażenie – Ambulanse drogowe* oraz na Zarządzenie Nr 2/2014/DSM Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 22 stycznia 2014 roku zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju ratownictwo medyczne, gdzie w Załączniku Nr 3 powołano się na Polską Normę PN EN 1789 w zakresie wymagań technicznych środka transportu drogowego.

Natomiast Odwołujący wskazywał, że norma PN EN 1789+A1 jest normą wycofaną i nieobowiązującą, na potwierdzenie czego w piśmie procesowym z dnia 8 maja 2015 roku zamieścił zrzut ze strony Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z informacją, że norma PN-EN 1789+A1:2011 została wycofana i zastąpiona przez normę PN-EN 1789+A2:2015-01.

Przede wszystkim należy wskazać, że z art. 13 ust. 3 ustawy z dnia z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie oceny zgodności [j. t. Dz. U. z 2014 r., poz. 1645 ze zm.] wynika, iż *Prezes Polskiego Komitetu Normalizacyjnego ogłasza dwa razy w roku, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski", numery i tytuły norm zharmonizowanych wraz z tytułami aktów prawnych wdrażających dyrektywy nowego podejścia i danymi dotyczącymi miejsca ich publikacji, a także informacje o ogłoszonych przez Komisję Europejską okresach przejściowych stosowania domniemania zgodności i ostrzeżeniach dotyczących ograniczenia domniemania zgodności, według stanu na dzień 30 czerwca i dzień 31 grudnia każdego roku.*

Na podstawie powołanej powyżej delegacji ustawowej zostało ogłoszone obwieszczenie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 20 stycznia 2015 roku w sprawie wykazu norm zharmonizowanych, na które powoływał się Zamawiający.

W ocenie Izby Zamawiający przez dokonanie modyfikacji treści SIWZ w sposób opisany powyżej, zadośćuczynił żądaniu Odwołującego, wynikającemu z zarzutu 2 odwołania z dnia 27 marca 2015 roku, gdyż jak wynika ze stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, a które to stanowisko należy uznać za wiążące go w tym zakresie, dopuścił możliwość zaoferowania ambulansów odpowiadających normie PN-EN 1789+A2:2015-01, jak tego żądał Odwołujący, przy jednoczesnym dopuszczeniu możliwości zaoferowania ambulansów odpowiadających obowiązującej aktualnie normie. Dokonana modyfikacja w ocenie Izby uwzględnia szczególną sytuację związaną z wycofywaniem jednej normy i zastępowaniem jej przez drugą, na co wskazywał Zamawiający i zmierza do wyeliminowania wątpliwości co do tego, wymagania której normy ma spełniać pojazd.

Zatem, należy uznać, że Zamawiający zadośćuczynił żądaniu Odwołującego, a dokonana modyfikacja zabezpiecza zarówno interes Odwołującego, jak i potrzeby Zamawiającego oraz umożliwi zaoferowanie przez wykonawców ambulansów odpowiadających zmieniającemu się stanowi w zakresie wskazanych norm.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, iż Zamawiający nie uwzględnił zarzutu 7, pierwotnego odwołania, gdyż nie usunął wymagania co do gwarancji mechanicznej, lecz jedynie przesunął do parametrów punktowanych, Izba stwierdziła, że także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu z dnia 27 marca 2015 roku [Zarzut 7.] Odwołujący podnosił, że: *„Zamawiający w punkcie XIV wymaga gwarancji mechanicznej „min. 36 miesięcy [z limitem min. 250.000 km]”. Dokładnie taką gwarancję mechaniczną udziela marka Volkswagen. Pośrednio preferuje to Niemiecki koncern. Pozostali producenci pojazdów udzielają zgodnej z obowiązującym prawem gwarancji mechanicznej wynoszącej 24 miesiące bez limitu km. Niniejszy wymóg ogranicza możliwość zaoferowania innych niż ambulansów VW Crafter. Wymagania Zamawiającego nie mogą się ostać i nie zasługują ochrony prawną. W związku z czym Odwołująca wnosi o wykreślenie ww. zapisu”.*

Zamawiający w dniu 14 marca 2015 roku dokonał modyfikacji pkt XIV.1 Załącznika Nr 3/1 do SIWZ oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *„Gwarancja mechaniczna – zgodnie z terminem określonym w ofercie, nie krócej jednak niż 24 miesiące [bez limitu km]”*, przy czym wykonawca jest zobowiązany podać ilość miesięcy gwarancji. Zamawiający jednocześnie zmienił odpowiednio postanowienie punktu 11 w rozdziale IV SIWZ dotyczącego wymaganej gwarancji. Jednocześnie Zamawiający wprowadził nowe kryterium oceny ofert, tj. wprowadził kryterium – *Okres gwarancji mechanicznej na oferowane ambulanse* – przyznając wagę 5% temu kryterium.

Poprzednio postanowienie pkt XIV.1 Załącznika Nr 3/1 oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ brzmiało następująco: *„Gwarancja mechaniczna - min. 36 miesięcy [z limitem min. 250 000 km]”*.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że dopuszczalność praktyki, polegającej na wprowadzeniu dodatkowych zmian w SIWZ, aniżeli wynikające z wydanego orzeczenia [ewentualnie: uwzględnienia odwołania przez zamawiającego] dopuszczona została w orzecznictwie. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r. w spr. V Ca 3065/13 wskazano: *„[...] w ocenie Sądu Okręgowego KIO ma rację twierdząc, że zamawiający mimo treści wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013r. był władny dokonać zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez odstąpienie od dodatkowego kryterium przyjętym w pierwotnej specyfikacji tj. kryterium jakościowego*

i poprzestaniu tylko na kryterium cenowym. Zmiana ustawy prawa zamówień publicznych dokonana w dniu 4 września w 2009 r., która uchyliła ust. 5 i zmieniła ust. 4 art. 38 ustawy Pzp wprowadziła tym samym dopuszczalność zmiany specyfikacji. W poprzednim stanie prawnym obowiązywał zakaz takiej zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Obecnie zatem zamawiający ma prawo dokonania zmian w treści SIWZ w pełnym zakresie i właściwie bez żadnych ograniczeń. Jedynym warunkiem dokonania takich zmian jest wystąpienie uzasadnionych okoliczności przy czym żaden przepis prawa nie określa co należy rozumieć pod tym pojęciem. Zaś zgodnie z poglądami doktryny i stanowiskiem orzecznictwa można przyjąć, że praktycznie każda potrzeba będzie uzasadniona i trudno będzie ją podważyć.”

W ocenie Izby Zamawiający uwzględnił zarzut podniesiony w pierwotnym odwołaniu przez skrócenie wymaganego okresu gwarancji mechanicznej do 24 miesięcy bez limitu kilometrów jako wymogu obligatoryjnego. Jednocześnie wprowadził dodatkową punktację za zaoferowanie dłuższego okresu gwarancji mechanicznej, co w ocenie Izby jest w pełni dopuszczalne i uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż długość gwarancji mechanicznej na oferowane ambulanse ma istotne znaczenie, ze względu na ewentualną możliwość ponoszenia kosztów bądź ich nie ponoszenia w określonym czasie np. z tytułu napraw pojazdów. Działanie takie nie ogranicza konkurencji, gdyż powszechnie wiadomym jest, że producenci pojazdów często proponują opcjonalne przedłużenie okresu gwarancji mechanicznej.

Co do zarzutu dotyczącego zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert, tak by parametry, które Zamawiający miał usunąć mógł dodatkowo punktować na korzyść pojazdu VW Crafter W.A.S. Wietmarscher nie potwierdził się.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że Odwołujący sformułował ten zarzut w sposób wysoce nieprecyzyjny i lakoniczny, nie odnosząc się w nim do konkretnych parametrów. Żądanie sformułowane przez Odwołującego jest również nieprecyzyjnie. Dopiero w trakcie rozprawy Odwołujący podnosił dodatkowe okoliczności na potwierdzenie zarzutu w tym zakresie. To Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie wskazał, że może domyślać się jakie parametry Odwołujący miał na myśli i dokonał ich analizy. Tym bardziej, że parametry dotyczące długości przedziału medycznego, jak i przegrody oddzielającej kabinę kierowcy od przedziału medycznego wyposażonej w otwierane drzwi o min. 1,60 m nie były przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu wykonawcy, wnoszącego obecnie odwołanie w sprawie KIO 847/15 [tj. Z. Sp. o. o.], lecz odnosiły się do zarzutów podnoszonych przez obecnego Odwołującego w sprawie KIO 848/15 [Ratownik M. W. Sp. j.]. Dlatego też wniosek dotyczący modyfikacji kryteriów i sposobu oceny ofert polegającej na usunięciu parametrów, które winny

być usunięte z SIWZ zgodnie z deklaracją Zamawiającego jest niejednoznaczny. Zamawiający miał prawo dokonać modyfikacji kryteriów i sposobu oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut jest bezzasadny.

## **B. Sygn. akt KIO 848/15**

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił zarzut, że Zamawiający nie uwzględnił w całości odwołania w zakresie zarzutu 2 pierwotnego odwołania, stwierdzając, że Zamawiający zmodyfikował parametr momentu obrotowego opisując go jako min. 380 Nm, co jest niezgodne z podniesionymi zarzutami oraz, że w odwołaniu wyraźnie wskazał na możliwość zaoferowania silnika o momencie obrotowym 360 Nm. Zdaniem Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego modyfikacja jest niezgodna z odwołaniem oraz w dalszym ciągu faworyzuje pojazd marki VW Crafter W.A.S. Wietmarscher.

Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się w okolicznościach niniejszej sprawy, przy czym argumentacja w tym zakresie jest analogiczna jak argumentacja powołana przy sprawie KIO 847/15 w odniesieniu do pierwszego ze wskazanych zarzutów.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów odwołania Izba uznała, że zarzuty wskazane w punkcie 2 i 3 uzasadnienia odwołania zasługują na uwzględnienie, i że w tym zakresie Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*.

Zarzut wskazany w punkcie 2 dotyczył modyfikacji SIWZ w zakresie wymaganego napędu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w pierwotnej SIWZ wymagał napędu na koła tylne lub przednie, zaś obecnie Zamawiający zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że wymaga napędu jedynie na koła tylne lub 4 x 4.

Faktem jest, że postanowienie pkt III.3 Załącznika Nr 3/1 do SIWZ oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ w pierwotnym brzmieniu było następujące: „*Napęd na koła przednie lub tylne*”. W dniu 14 kwietnia 2015 roku Zamawiający dokonał modyfikacji tego postanowienia określając jego treść w sposób następujący: „*Napęd na koła tylne lub 4 x 4*”.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp *W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków*

zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

Z powyżej powołanego przepisu wynika, że Zamawiający może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy zachowaniu wskazanych warunków.

W ocenie Izby zarzut podnoszony przez Odwołującego się potwierdził.

Argumentacja Zamawiającego, przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie nie była przekonująca i nie potwierdzała zasadności wprowadzenia zmian dotyczących wymaganego napędu. Zamawiający złożył w toku rozprawy dowody, tj. Plan Działania Systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne dla Województwa Kujawsko-Pomorskiego opracowanego przez Wojewodę Kujawsko-Pomorskiego [tabela nr 11 i 23] oraz mapę obrazującą zagrożenie powodziowe rzeki Wisły w Województwie Kujawsko-Pomorskim na potwierdzenie, że w rejonach operacyjnych działań Zespołów Ratownictwa Medycznego Zamawiającego znajdują się obszary, gdzie napęd 4 x 4 znajduje swoje pełne uzasadnienie. Jednocześnie nie wykazał w sposób przekonujący dlaczego jednocześnie napęd na koła tylne jest lepszy od napędu na koła przednie i w jaki sposób zmiana innego parametru przekłada się na konieczność modyfikacji parametru dotyczącego napędu.

Zamawiający wielokrotnie podkreślał zalety napędu 4 x 4, a przecież jednocześnie dopuścił alternatywne rozwiązanie z napędem na koła tylne. Zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał zasadności tak sformułowanego wymogu, dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu dopuszczenie jako jednego z możliwych rozwiązań – „napędu na koła przednie”.

Kolejny zarzut dotyczył wysokości drzwi bocznych prawych [parametr określony w punkcie I.7 Załącznika Nr 3/1 oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ]. Pierwotne brzmienie tego punktu było następujące: „*Drzwi boczne prawe przeszklone, przesuwane, z otwieraną szybą, z fabrycznym systemem elektrycznym wspomagającym zamykanie drzwi [podać kod opcji producenta pojazdu bazowego tego wyposażenia....]*”. W dniu 14 kwietnia 2015 roku Zamawiający zmodyfikował treść tego punktu w sposób następujący: „*Drzwi boczne prawe przeszklone o wys. min. 1,80 m, przesuwane, z otwieraną szybą, z systemem elektrycznym wspomagającym zamykanie drzwi [system elektryczny wspomagający zamykanie drzwi jako parametr fakultatywny]*”.

Odwołujący podnosił, że Renault Master ma wysokość drzwi 178 cm, a w konsekwencji wymóg ten uniemożliwia złożenie oferty. Podkreślił, że różnica dwóch centymetrów jest na tyle nieistotna, że nie powinna skutkować całkowitą niemożnością złożenia oferty. Odwołujący

wnosił o dopuszczenie wysokości 178 cm i wskazał, że ewentualnie Zamawiający w kryterium dodatkowym powinien punktować różnicę wysokości.

Co do parametru dotyczącego wysokości drzwi bocznych prawych przeszklonych Izba wskazuje, że Zamawiający nie wykazał, że różnica 2 cm [pomiędzy 180 cm wymaganymi przez Zamawiającego a 178 cm wnioskowanymi przez Odwołującego] jest na tyle istotna, żeby uczynić z tego warunek graniczny. Zamawiający złożył oświadczenia swoich pracowników zatrudnionych w Zespołach Ratownictwa Medycznego, na potwierdzenie, iż drzwi boczne prawe ambulansu powinny mieć wysokość min. 180 cm. z uwagi na bezpieczeństwo i charakter pracy. Zauważyć należy, że większość osób, które złożyły oświadczenie cechuje wzrost powyżej 180 cm. Zatem, tak czy inaczej, ich wzrost przekracza minimum określone przez Zamawiającego, tak jak i przekracza wysokość 178 cm. W ocenie Izby Zamawiający nie uzasadnił w sposób wystarczający istotności różnicy [2 cm] między wysokością 178 cm a 180 cm. Podkreślić należy, że w pierwotnej treści SIWZ Zamawiający w ogóle nie postawił warunku granicznego odnoszącego się do wysokości drzwi bocznych prawych ambulansu. W związku z powyższym Izba nakazała dokonanie zmiany treści SIWZ [pkt I.7 Załącznika Nr 3/1 oraz Załącznika Nr 3/2 do SIWZ] poprzez wprowadzenie jako wymogu granicznego dotyczącego drzwi bocznych prawych przeszklonych wysokości - „minimum 178 cm”.

Jednocześnie uznając, że wysokość drzwi może mieć znaczenie zarówno dla komfortu pracy, jak i bezpieczeństwa pracowników i pacjentów, Izba stwierdza, że Zamawiający, jeżeli uznaje ten parametr za znaczący, to wówczas może wprowadzić dodatkową punktację uzależnioną od wysokości drzwi oferowanych przez wykonawców, przy spełnieniu określonego minimum i dlatego jako opcję alternatywną dopuściła możliwość modyfikacji treści SIWZ w przedmiotowym zakresie również przez wprowadzenie jako wymogu granicznego dotyczącego drzwi bocznych prawych przeszklonych wysokości - „minimum 178 cm” oraz wprowadzenie jako dodatkowo punktowanego w ramach oceny dodatkowo punktowanych parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych pojazdów parametru odnoszącego się do wysokości drzwi bocznych prawych przeszklonych po spełnieniu określonego minimum [tj. „178 cm”], według wyboru Zamawiającego co do jednej z alternatywnych opcji wskazanych powyżej i przy uwzględnieniu jego potrzeb.

Z kolei odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymagania Zamawiającego w zakresie „*kurtyn powietrznych dla kierowcy i pasażera*”, określonego w pkt 1.14 w Załączniku Nr 3/1 i Załączniku Nr 3/2 do SIWZ należy stwierdzić, że jest to zarzut spóźniony, a jako taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Podnieść należy, że pkt 1.14 zarówno Załącznika nr 3/1, jak i Załącznika 3/2 do SIWZ, nie został w żaden sposób zmodyfikowany przez Zamawiającego i jego treść nie uległa

jakiegokolwiek zmianie od daty opublikowania pierwotnej treści SIWZ w dniu 17 marca 2015 roku. Brzmienie tego postanowienia od początku było następujące: „*Poduszka powietrzna dla kierowcy i pasażera, dwie poduszki boczne oraz kurtyny powietrzne dla kierowcy i pasażera*” – TAK i nie uległo jakiegokolwiek zmianie. W związku z powyższym termin wniesienia odwołania w tym zakresie należy liczyć od dnia 17 marca 2015 roku. Termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni.

Zgodnie zaś z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 2 *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Skoro ustawa Pzp nie dopuszcza możliwości częściowego odrzucenia odwołania, to ww. zarzut, jako zarzut spóźniony, należało pozostawić bez rozpoznania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz. U. Nr 41, poz. 238].

Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów z tytułu zastępstwa w sprawie o sygn. akt KIO 847/15, gdyż faktura sporządzona przez pełnomocnika Zamawiającego nie jest prawidłowa. Jako nabywcę wskazano Krajową Izbę Odwoławczą, która w istocie nie jest nabywcą usługi, objętej przedmiotową fakturą. Zatem nieprawidłowo została określona strona.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....