

Sygn. akt: KIO 476/18

WYROK
z dnia 29 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 marca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez **wykonawcę Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Województwo Opolskie**

przy udziale **wykonawcy G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gravitec z siedzibą w Jankach**, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 476/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Opolskie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa defibrylatorów AED” znak sprawy DOA-IV.272.8.2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2018 r. za numerem 515334-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 12 marca 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 6 marca 2018 r., polegającej na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gravitec z siedzibą w Janki – dalej Przystępujący, wykonawcy ADPLA Sp. z o.o. oraz wykonawcy AGM M. Ł. sp.j.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Przystępującego oraz wykonawców: ADPLA Sp. z o.o., AGM M. Ł. sp.j. mimo, iż treść ofert złożonych przez wykonawców jest sprzeczna z treścią SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych tj. z dnia 13 października 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077) poprzez zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnień treści oferty w zakresie wskazania z nazwy oferowanego urządzania mimo, iż jeszcze przed dniem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy zgłaszali, że oferty konkurencyjne nie odpowiadają treści SIWZ.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przystępującego;
- 2) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia ofert wykonawcy Przystępującego oraz wykonawców: ADPLA Sp. z o.o. i AGM M. Ł. sp. j.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego. W wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes prawny. Działanie Zamawiającego może doprowadzić do powstania szkody w postaci utraconych korzyści, w związku z czym nie ulega wątpliwości, że jest on legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W zakresie stawianych zarzutów Odwołujący wskazał:

1. Oferta Przystępującego, model: Philips FRx, Philips Heart Start HS1 (nie spełnia wymogu SIWZ – IP51), nie spełnia wymaganych parametrów (Gablota z IP55): Gablota ROTAID - IP54 oraz nie spełnia zarządzania siecią, panelu graficznego i przycisku włącz;
2. Oferta ADPLA Sp. z o.o., model: LifePak CR 2, LifePak 1000 (nie spełnia wymogu SIWZ - waga 3,2 kg, nie spełnia wymaganych parametrów (Gablota z IP55): Gablota ROTAID - IP54 oraz nie spełnia zarządzania siecią, panelu graficznego i przycisku włącz;
3. Oferta AGM M. Ł. sp.j., model: Nihon Kohden cardiolife 3100, nie spełnia wymaganych parametrów (Gablota z IP55): Gablota ROTAID - IP54 oraz nie spełnia zarządzania siecią, panelu graficznego i brak przycisku włącz - otwarcie klapki powoduje włączenie urządzenia.

Zamawiający nie podjął żadnej próby w zakresie weryfikacji poprawności złożonych ofert w szczególności zaniechał pozyskania istotnych danych dotyczących oferowanych urządzeń. W zestawieniu powyżej Odwołujący przyjął założenie, które jest wynikiem wieloletniej znajomości rynku Odwołującego. Zamawiający winien możliwie jak najszybciej otrzymać od pozostałych wykonawców dane pozwalające mu na samodzielną ocenę prawidłowości złożonych ofert. Opieranie się nadal jedynie na ogólnikowym zapewnieniu o zgodności oferty z treścią SIWZ stanowi w ocenie Odwołującego zaniechanie badania ofert.

Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował prawdziwości twierdzeń wykonawców znanych mu jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, co do których nie posiada koniecznych informacji w przedmiocie modelu oferowanego urządzenia. Taki stan rzeczy już choćby z perspektywy ustawy o finansach publicznych - jest niedopuszczalny. Postawa taka stanowi także naruszenie zasady uczciwej konkurencji przewidzianej w ustawie pzp oraz jest próbą obejścia przepisów ustawy pzp, nakazujących badanie zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ przed wyborem oferty najkorzystniejszej, nie zaś po podpisaniu umowy w procedurze odbiorowej. Delegowanie badania rzeczywistej treści oferty pod względem zgodności z SIWZ na etap po podpisaniu umowy pozbawia sensu bytu

przepisów ustawy pzp —dotyczącej badania rzeczywistej treści oferty, możliwości zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Dodatkowo samego Zamawiającego na niecelowe wydatkowanie środków publicznych i stratę czasu, a co za tym idzie niezaspokojenie potrzeb na czas.

Odwołujący wskazał także, że możliwość badania dodatkowych wyjaśnień treści oferty została potwierdzona w orzecznictwie KIO, a więc będą mogły być wzięte pod rozwagę (wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2009 r. sygn. akt.: KIO/UZP 412/09, wyrok KIO z dnia 14 maja 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 570/09, KIO/UZP 571/09). Z powyższych przykładów wynika, iż bez wątplenia na treść oferty składa się w szczególności zakres i sposób realizacji zobowiązania wykonawcy. Tym samym w kontekście analizy pod kątem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ to w szczególności taka, w której wykonawca określił przedmiot świadczenia czy sposób wykonania zobowiązania niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, przy czym niezgodność ma wymiar merytoryczny. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1548/11.

Odwołujący podkreślił, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna się przede wszystkim przejawiać w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Stanowisko to znajduje akceptację w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 218/08, gdzie wyrażono pogląd, iż „(...) oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Odwołujący wskazał także na wyrok KIO z dnia 6 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 151/08, wyrok SO w Warszawie z dnia 28 listopada 2005 r., sygn. akt V Ca 398/05, SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 września 2005 r. sygn. akt II Ca 29/05, wyrok ZA z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05, wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/ UZI) 1429/08, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/09).

Dnia 22 marca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wskazał, że

odwołanie zostało wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 264 110,00 zł. Informacja o wyborze oferty została wykonawcom przesłana drogą elektroniczną w dniu 2 marca 2018 r. Odwołujący już od tej daty powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także zapoznał się z punktacją przyznaną pozostałym wykonawcom. Następnie Zamawiający na informację przekazaną przez wykonawcę AGM M. Ł. Sp. j. na czynność oceny ofert powtórzył wybór. Powtórzenie to nie miało wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gravitec G. D., a jedynie nastąpiła korekta w przyznaniu punktów w ofercie wykonawcy ADPLA Sp. z o.o. (z miejsca drugiego na trzecie). Powtórne zawiadomienie zostało przesłane wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 6 marca 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie licząc termin 5 dni od daty otrzymania powtórzonego zawiadomienia tj. w dniu 12 marca 2018 r. Odwołujący w dniu 22 lutego 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wszystkich ofert. Skany ofert zostały przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną w tym samym dniu. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przestania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Stąd licząc pięciodniowy termin od dnia 2 marca 2018 r. — termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 7 marca 2018 r.

Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, które w jego ocenie jest bezprzedmiotowe, bowiem Odwołujący kwestionuje zapisy SIWZ po składaniu ofert na etapie badania i oceny ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na „Dostawę defibrylatorów AED” w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lutego 2018 r. z terminem na składanie ofert na 20 lutego 2018 r. Wykonawcy mieli zatem 14 dni na zapoznanie się z zapisami SIWZ i wnoszeniem do niej zastrzeżeń. Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 i 30 ustawy pzp określając szczegółowo wymagania dotyczące funkcjonalności i wydajności urządzeń, w tym wymagań środowiskowych i warunków bezpieczeństwa, z precyzyjnym określeniem ich parametrów. W pkt 13 OPZ Zamawiający wymagał, aby zaoferowane urządzenia posiadały wymagane polskimi i europejskimi przepisami certyfikaty i aprobaty techniczne. Zamawiający nie wymienił tych dokumentów, jako obligatoryjnie, które należy złożyć na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Od samego początku przygotowania ofert wykonawcy wiedzieli zatem, jakie wymagania muszą spełniać oferowane urządzenia. Zamawiający na etapie do składania ofert nie wymagał również podania modelu ani producenta oferowanych defibrylatorów AED i nie zawarł tego wymogu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca winien być w posiadaniu dokumentów

potwierdzających cechy jakościowe oferowanych urządzeń i ich dopuszczenie do stosowania, na co złożył odpowiednie zapewnienie w treści oferty.

W związku z powyższym na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest upoważniony do wezwania wykonawców do złożenia dokumentów niewskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu ani SIWZ. W przypadku złożenia tych dokumentów wraz z ofertą nie mogą one być brane pod uwagę przy ocenie ofert. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może prowadzić do uzupełnienia treści oferty. Powyższy wywód potwierdza wyrok o sygn. akt: KIO 425/12 z dnia 12 marca 2012 r. Wykonawcy na etapie przygotowania ofert zwracali się do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ, ale żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie kwestionował jej zapisu w zakresie, o którym mowa powyżej. Wszystkie wymagania były znane wykonawcom w chwili przygotowania ofert co oznacza, że wykonawcy byli traktowani na równych zasadach przez Zamawiającego. Wobec powyższego zarzut Odwołującego, że treść ofert złożonych przez wykonawców jest sprzeczna z treścią SIWZ jest bezpodstawny. Odwołujący nie wykazał w sposób merytoryczny na czym ta sprzeczność polega i na jakiej podstawie taką ocenę sformułował. Zamawiający zapewnił sobie wybór oferty gwarantującej realizację zamówienia poprzez następujące działanie: Zamawiający od wykonawców wymagał spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (art. 25 ust. 1 ustawy pzp) poprzez żądanie wykazania wymaganego doświadczenia w realizacji dostawy defibrylatorów wraz z dokumentem potwierdzającym należyte ich wykonanie. Wykazane doświadczenie daje podstawę do oceny zdolności wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia Zamawiającego. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 91 ustawy pzp. Ustalone przez Zamawiającego kryteria jakościowe oceny ofert, z wagą wyższą aniżeli cena oferty, gwarantują wybór urządzeń o parametrach określających wymaganą wysoką jakość. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę złożone na piśmie oświadczenia wszystkich wykonawców, Zamawiający miał podstawę do oceny wiarygodności wykonawców na etapie badania ofert zgodnych z przepisami ustawy pzp i nie miał podstaw do kwestionowania prawdziwości złożonych oświadczeń przez wykonawców.

Zamawiający nie zgadza się również z zarzutem naruszenia art. 44 ustawy o finansach publicznych, ponieważ zdaniem Zamawiającego wybrana oferta najkorzystniejsza ekonomicznie przez Zamawiającego uzyska najlepszy efekt z danych nakładów. Oferta wybranego wykonawcy przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert (40% cena i 60% pozostałe kryteria). Zamawiający za cenę oferowaną w najkorzystniejszej ofercie otrzyma urządzenia ocenione najwyżej w kryteriach

jakościowych spośród wszystkich oferowanych urządzeń. Wszystkie oferty poza wybraną ofertą Przystępującego przewyższają kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kwota ta wynosi 294 684,30 zł brutto, a cena wybranej oferty to 289 588,74 zł brutto.

W piśmie Odwołujący przedstawił tabelę z wykazem urządzeń oferowanych na rynku przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, które hipotetycznie oferują. Jest to tylko sugestia i przypuszczenie Odwołującego. Na tej podstawie Zamawiający nie może obiektywnie stwierdzić, czy dane są wiarygodne i czy rzeczywiście wykonawca zaoferuje sprzęt niezgodny z SIWZ oraz nie może zakładać, że taka sytuacja wystąpi. Natomiast przywołane przez Odwołującego cytaty z wyroków KIO, które definiują co prawda kluczowe kwestie zamówień publicznych, dotyczą jednak odmiennego stanu faktycznego, który nie sposób odnieść bezpośrednio na grunt przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie naruszył interesu prawnego Odwołującego, ani nie naruszył przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp, gdyż działał zgodnie z przepisami tej ustawy. Odwołujący od momentu wszczęcia postępowania miał możliwość zapoznania się z warunkami udziału w postępowaniu i na etapie, gdy miał do tego prawo nie kwestionował ich. Odwołujący w treści odwołania wzywa Zamawiającego do dokonania czynności badania i oceny ofert w sposób nieprzewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 15 marca 2018 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a z daleko idącej ostrożności procesowej zgłosił sprzeciw, o którym mowa w art. 186 § 3 ustawy pzp na wypadek uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego. W ocenie Przystępującego, Zamawiający prawidłowo uznał ofertę Przystępującego za zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocena zgodności została dokonana z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności przepisów ustawy pzp. Przystępujący wskazał, że:

1. brak w odwołaniu uzasadnienia naruszenia art. 7 ustawy pzp, a właśnie żądania Odwołującego mogłyby stanowić naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;
2. brak wskazania, w którym konkretnie miejscu oferty złożonej przez Przystępującego jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co mogłoby stanowić przesłankę odrzucenia oferty Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Niezgodność z SIWZ dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na

sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Niezgodność obu dokumentów oceniana jest przez porównanie treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. art. 87 ust. 1 ustawy pzp ma charakter fakultatywny tj. zamawiający może żądać wyjaśnienia treści oferty, ale nie jest do tego zobowiązany. Wezwany wykonawca może nie zastosować się do wezwania nie będąc narażonym z tego tytułu na żadne sankcje, a jedynym skutkiem nie zastosowania się do wezwania jest ocena oferty wykonawcy w takim zakresie, w jakim została złożona (tak: KIO 1694/16).

4. Przystępujący potwierdził spełnienie wszelkich wymogów SIWZ przez oferowane produkty, wskazując, że zarzuty Odwołującego nie mają żadnego uzasadnienia faktycznego i stworzone zostały na potrzeby niniejszego postępowania. W związku z powyższym zapewnił, że: Gabłota do instalacji na zewnątrz posiada parametr IP 55, Defibrylator oferowany przez Przystępującego posiada panel graficzny (podświetlane są na nim odpowiednie diody w zależności od etapu, na którym znajduje się ratownik), Defibrylator oferowany przez Przystępującego posiada odrębny przycisk włączania/wyłączania, produkt oferowany przez Przystępującego korzysta z modułu, który poprzez sieć GSM zarówno na platformę internetową jak i na zaprogramowane numery telefonów przesyła wszystkie informacje dotyczące m.in. otwarcia kapsuły z defibrylatorem, ruch urządzenia, jego włączenie czy awarię.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 27 marca 2018 r., w którym podtrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu oraz wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Przystępującego na okoliczność tożsamości, identyfikacji urządzenia opisanego i stanowiącego przedmiot jego oferty, tj. wskazania nazwy handlowej zaoferowanego urządzenia, co nie spowoduje zwłoki w postępowaniu, a okoliczność ta jest istotna dla rozstrzygnięcia odwołania. Powołał się na wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2806/15. W zakresie zarzutu dotyczącego panelu graficznego powołując się na załączony do pisma procesowego wyciąg z wymogów Zamawiającego wraz z modyfikacjami na skutek zadawanych pytań wskazał, że żadne z oferowanych urządzeń nie spełnia wymogów zamawiającego zawartych w odpowiedzi na pytanie II.1. w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 15 lutego 2018 r., a to brak w ofertach jednoznacznych poleceń wizualnych wyświetlanych na ekranie lub panelu graficznym zgodnych z wytycznymi ERC 2015 zapewniających prowadzenie wysokiej jakości RKO dot. głębokości uciśnień oraz ułożenia rąk/miejsca ucisku klatki piersiowej. Odnośnie wytycznych ERC dotyczących wysokiej jakości RKO Odwołujący wskazał, że Wykonawcy

zaoferowali jedynie polecenia wydawane dźwiękowo a nie wizualnie w zakresie głębokości uciśnień, ułożenia rąk/ miejsca ucisku klatki piersiowej, częstotliwości ucisków. Odwołujący wywiódł również, że skoro pozostali Wykonawcy nie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego to niejako zgodzili się ze stanowiskiem Odwołującego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1222/17, KIO 1224/17. Wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy pzp poprzez wybiórcze traktowanie wymagań SIWZ (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09). Zamawiający zaniechał jakichkolwiek wyjaśnień treści ofert Wykonawców, pomimo że przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszej wpłynęły do Zamawiającego dwie informacje o nieprawidłowościach w złożonych ofertach. Kolejna wypłynęła po wyborze oferty Przystępującego. Dokonując wyboru ofert Zamawiający miał pełną świadomość wadliwości ofert. Zamawiający nie skorzystał z możliwości jakie daje mu treść art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 740/17. Sam fakt złożenia oferty i wypełnienia formularza ofertowego nie przesądza o zgodności z treścią SIWZ merytorycznej warstwy oferty. Powołał się na wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 588/16, a także wyrok KIO 928/17, 934/17 oraz 937/17.

W dniu 27 marca 2018 r. na rozprawie Odwołujący wobec złożonych przez Przystępującego oświadczeń oraz dowodów wycofał częściowo zarzuty odwołania w zakresie oferty Przystępującego, a mianowicie dotyczących: posiadania przycisku włącz/wyłącz, posiadania parametru IP 55, zarządzania siecią. Wycofany został również wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, z uwagi na jego złożenie po terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Izba wskazuje, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonana w dniu 2 marca 2018 r. została następnie unieważniona, bowiem Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 6 marca 2018 r. Wykonawcy nie przysługuje odwołanie od czynności nieistniejącej, a zatem odwołanie zostało wniesione od czynności nowej - powtórzonej, z zachowaniem ustawowego terminu w dniu 12 marca 2018 r. Dlatego też Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gravitec z siedzibą w Janki spełniało wymogi formalne

określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp i jako takie było skuteczne. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gravitec z siedzibą w Janki w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. W przypadku uwzględnienia odwołania w całości oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Przystępującego, oferty ADPLA sp. z o.o. oraz oferty AGM M. Ł. sp. j., pisma Odwołującego z dnia 20 lutego 2018 r. oraz odpowiedzi Zamawiającego oraz pism Wykonawców z dnia 5 i 6 marca 2018 r. Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego: wyciąg z wymogów SIWZ po uwzględnieniu zmian dokonywanych wyjaśnieniami Zamawiającego, wydruk ze strony internetowej firmy ADPLA sp. z o.o., a także wydruk ze strony internetowej Przystępującego, zestawienie własne Odwołującego w zakresie wymogów dodatkowo punktowanych zadeklarowanych przez oferentów, pozwalające na identyfikację urządzeń na podstawie tych kryteriów, trzy zdjęcia urządzeń oferowanych przez pozostałych Wykonawców, pięć wyciągów z instrukcji obsługi urządzeń, podręcznik użytkownika Defibrylatora HEARTSTART FRx firmy Philips wydanie 5, wytyczne resuscytacji z 2015 r. oraz Przystępującego: dwie wizualizacje urządzenia, pismo producenta urządzenia potwierdzające posiadanie parametru IP55 (również przetłumaczone na język polski), screen z panelu administratora systemu zarządzania siecią, wyciąg z instrukcji obsługi oraz aktualny katalog dla urządzenia.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się dnia 20 lutego 2018 r., a w postępowaniu oferty złożyło czterech Wykonawców. Wykonawca Przystępujący (cena ofertowa brutto: 289 588,74 zł), Wykonawca ADPLA Sp. z o.o. (cena ofertowa brutto: 402 447,60 zł), Wykonawca AGM M. Ł. Sp. j. (cena ofertowa brutto: 338 827,95 zł) oraz Odwołujący (cena ofertowa brutto: 314 708,10 zł). Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła: 294 684,30 zł. W dniu 6 marca 2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze

najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, który otrzymał maksymalną ilość punktów w kryterium „cena” - 40 pkt, 40 pkt za dodatkowe funkcjonalności urządzenia oraz 10 pkt za termin dostarczenia urządzeń, łącznie 90 pkt. Oferta Odwołującego zgodnie z przyznaną punktacją zajmowała ostatnie miejsce w rankingu ofert.

Zgodnie z pkt 3.1. SIWZ: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa do wyznaczonych lokalizacji na terenie województwa opolskiego 43 defibrylatorów AED (w tym 3 sztuk defibrylatorów treningowych) wraz z montażem i oznaczeniem oraz systemem zarządzania siecią i kontrolą ich stanu z poziomu platformy internetowej, a także, szkoleń z zakresu udzielania pierwszej pomocy z użyciem defibrylatora AED. 1. Defibrylator AED z modułem zarządzania siecią defibrylatorów – 40 sztuk, 2. Defibrylator AED treningowy – 3 sztuki, 3. Szafka/gablota/kapsuła zewnętrzna – 3 sztuki, 4. Szafka/gablota/kapsuła wewnętrzna – 37 sztuk, 5. Szkolenia z zakresu udzielania pierwszej pomocy z użyciem defibrylatora AED.

Zgodnie z pkt 13 SIWZ dotyczącym kryteriów oceny ofert Zamawiający ustalił między innymi kryterium: „Jakość - parametry techniczne urządzeń medycznych oraz ich właściwości funkcjonalne”, które obejmowało podkryteria dotyczące: wskaźników dźwiękowych, dodatkowej funkcji mobilności urządzeń, zarządzania siecią defibrylatorów, dodatkowej funkcji elektrod, wagi urządzeń, temperatury pracy urządzenia. W podkryterium „wskaźniki dźwiękowe” wskazano: „1) Dotyczy pkt 8 Opz (wskaźniki dźwiękowe), 0 pkt – otrzyma oferta, w której w oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w pkt 8 Opz. 100 pkt otrzyma oferta, której defibrylator posiada dodatkową funkcję informacji zwrotnej w czasie rzeczywistym i wydaje instrukcje dotyczące RKO, mając na celu poprawę jakości RKO.”

Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp - brak takich wymagań w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z pkt 2.2 SIWZ: „Zamawiający stosuje procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W OPZ (załącznik nr `1 do SIWZ) wskazano: „6. JEZYK: użytkownik w czasie korzystania z urządzenia jest prowadzony przez jednoznaczne polecenia głosowe i wizualne (wyświetlane na ekranie lub panelu graficznym) w języku polskim, zgodnie z Wytycznymi ERC. 7. Defibrylator wyposażony w minimum dwa przyciski pełniące następującą funkcję: przycisk uruchamiający urządzenie i przycisk wywołujący defibrylację oraz ewentualnie przyciski do obsługi parametrów technicznych urządzenia. Uruchomienie defibrylatora i

uzyskanie przez niego gotowości do pracy nie wymaga wykonania żadnych dodatkowych czynności oprócz samego włączenia urządzenia (np.: nie jest wymagane podłączania wtyczek, kabli.) Po uruchomieniu urządzenie wydaje komunikat głosowy instruujący użytkownika nt. działania, które powinien podjąć w celu podjęcia akcji ratowniczej z użyciem defibrylatora AED. 8. WSKAŹNIKI WIDOCZNE NA PANELU/WSKAŹNIKI DŹWIĘKOWE: informujące m.in: a) o nieprawidłowym podłączeniu elektrod lub ich braku, b) o wymaganej defibrylacji lub braku wskazań do jej przeprowadzenia, c) o prowadzonej analizie rytmu pracy serca i ewentualnych zakłóceniach, d) gotowości defibrylatora do pracy, e) technicznej sprawności defibrylatora lub jej braku. 19. Defibrylatory zainstalowane na zewnątrz budynku: umieszczone w szafce/gablocie/kapsule o odporności na całoroczne warunki atmosferyczne, tj. min. IP 55.” 25. Waga defibrylatora wraz z baterią i elektrodami: do 3 kg. 32. W celu zarządzania siecią defibrylatorów: wymagany jest moduł pozwalający na całkowicie zdalne zarządzanie siecią defibrylatorów i kontrolę gotowości urządzeń do pracy ich stanu z poziomu platformy. Moduł do zarządzania siecią defibrylatorów powinien być zintegrowany z defibrylatorem, a nie z szafką/gablota/kapsułą. 33. Dostawa defibrylatorów AED nastąpi wraz z szafkami, według poniższej specyfikacji: 3 szafki/gablota/kapsuły zewnętrznych do przechowywania defibrylatorów, o następujących parametrach: wykonana zgodnie z procedurą obowiązującą przy produkcji szafek/gablota/kapsuły o szczelności IP 55 (zgodnie z PN-EN 60529) lub równoważną, wykonaną z materiału odpornego na korozję i uszkodzenia.”

W istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w § 3 ust. 8 i 9 wskazano: „8. W terminie 3 dni przed terminem dostawy Wykonawca dostarczy dokumentację techniczną defibrylatorów AED i szafek/gablota/kapsuły potwierdzającą spełnienie wymagań opisu przedmiotu zamówienia. 9. Wymagania dotyczące warunków bezpieczeństwa użytkowania oraz warunków środowiskowych pracy defibrylatora, dostarczone na 3 dni przed terminem dostawy: - wymagania bezpieczeństwa - certyfikat zgodności PN-EN 60601, - stopień ochrony - certyfikat zgodności PN-EN 60529 (lub równoważne) nie mniej niż klasa IP55, - ochrona przed pyłem (IP 5X), - ochrona przed strugą wody (12,5 l/min) laną na obudowę z dowolnej strony (IP X5).” Natomiast § 6 ust. 1 stanowi: „1. Odbiór przedmiotu umowy dokonany będzie w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego na podstawie protokołu odbioru podpisanego w terminie do 3 dni od dnia dostarczenia przedmiotu zamówienia i obejmować będzie: 1) sprawdzenie zgodności przedmiotu zamówienia z zaakceptowanym projektem i Opisem przedmiotu zamówienia, 2) sprawdzenie ilości.” W myśl § 9 ust. 1 pkt 1 i 2: „1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu następujące kary umowne: 1) W razie stwierdzonego i uzasadnionego przez Zamawiającego w formie pisemnej nienależytego wykonania przedmiotu umowy

Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w wysokości 10 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1. 2) Przez nienależyte wykonanie uznaje się realizację dostawy niezgodnie oraz opisem przedmiotu zamówienia, o którym mowa w §1 umowy, jak również nieprawidłowości we wszelkich wymaganych niniejszą umową i przekazanych Zamawiającemu dokumentach i realizowanych postanowieniach umownych.”

W formularzu ofertowym Przystępujący oraz pozostali Wykonawcy oświadczyli: „oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym SIWZ wraz z załącznikami, do której nie wnoszę zastrzeżeń. Akceptuję Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do SIWZ i przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiące załącznik do SIWZ. W przypadku wyboru niniejszej oferty zobowiązuję się do zawarcia umowy na określonych w niej warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Oświadczam, że czuję się związany niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ”.

Przystępujący w formularzu ofertowym w zakresie pkt II. „Jakość - parametry techniczne urządzeń medycznych oraz ich właściwości funkcjonalne, w tym podkryteria” Przystępujący nie zaznaczył funkcji: „1) wskaźniki dźwiękowe; defibrylator posiada dodatkową funkcję informacji zwrotnej w czasie rzeczywistym i wydaje instrukcje dotyczące RKO, mając na celu poprawę jakości RKO.”

W formularzu ofertowym Wykonawca ADPLA Sp. z o.o. w zakresie pkt II. „Jakość - parametry techniczne urządzeń medycznych oraz ich właściwości funkcjonalne, w tym podkryteria” Wykonawca ADPLA Sp. z o.o. zaznaczył funkcję: „1) wskaźniki dźwiękowe; defibrylator posiada dodatkową funkcję informacji zwrotnej w czasie rzeczywistym i wydaje instrukcje dotyczące RKO, mając na celu poprawę jakości RKO.” Ale również pozostałe funkcje dodatkowo punktowane. W ofercie Wykonawca wskazał, że będzie polegał na zasobach Wykonawcy Physio-Control Poland Sales sp. z o.o. w zakresie 20 szt. defibrylatorów.

W formularzu ofertowym Wykonawca AGM M. Ł. sp. j. podał nazwę defibrylatora: „AED NIHON KOHDEN CARDIOLIFE AED-3100”. W zakresie pkt II. „Jakość - parametry techniczne urządzeń medycznych oraz ich właściwości funkcjonalne, w tym podkryteria” Wykonawca nie zaznaczył funkcji: „1) wskaźniki dźwiękowe; defibrylator posiada dodatkową funkcję informacji zwrotnej w czasie rzeczywistym i wydaje instrukcje dotyczące RKO, mając na celu poprawę jakości RKO.” Wykonawca oświadczył również w ofercie, że „oferowane urządzenia spełniają Opis przedmiotu zamówienia załącznik nr 1 do SIWZ wraz ze wszelkimi

jego zmianami dokonany przez Zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego oraz wyjaśnieniami i odpowiedziami na pytania.”

W wyjaśnieniach Zamawiającego do SIWZ z dnia 15 lutego 2018 r. w zakresie pytania: „Pytania II: Pytanie 1. Opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu, dot. Pkt. 6. Czy zamawiający w ramach poleceń głosowych i wizualnych będzie wymagał, by poza informacją słowną (tekstową) było wskazane miejsce uciskania klatki piersiowej uszkodzonego w sposób graficzny/wizualny? Informacja wizualna o miejscu ucisków klatki piersiowej jest informacją kluczową dla przypadkowych osób używających AED podczas RKO. Taka informacja może upewnić (pozytywnie wzmocnić) osobę, która rozpoczęła uciski klatki piersiowej. Ponadto zastosowanie graficznej formy jest przeznaczone dla osób głuchoniemych, jako informacja o miejscu ucisków klatki piersiowej. „Urządzenia przekazujące informację zwrotną podczas RKO są przydatne, aby poprawić częstotliwość uciśnień, ich głębokość, relaksację klatki piersiowej oraz położenie rąk. Urządzenia emitujące dźwięk poprawiają jedynie częstotliwość uciśnień i mogą mieć niekorzystny wpływ na głębokość uciśnień, jeśli ratownik skoncentruje się na częstotliwości” str. 10 Wytyczne resuscytacji 2015.” Zamawiający wyjaśnił: „Zamawiający wymaga, aby w czasie korzystania z defibrylatora AED, użytkownik był prowadzony przez jednoznaczne polecenia głosowe i wizualne (wyświetlane na ekranie lub panelu graficznym) w języku polskim, zgodne z Wytycznymi ERC, czyli skutecznie instruując użytkownika w celu przeprowadzenia wysokiej jakości RKO. Biorąc to pod uwagę, miejsce uciskania klatki piersiowej powinno być wskazane na panelu graficznym.”

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia nie był ujednolicony w zakresie wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w toku ogłoszonego postępowania. Wyjaśnienia miały stanowić integralną część SIWZ, którą należało uwzględnić składając ofertę.

Na pytanie Odwołującego z dnia 20 lutego 2018 r.: „Proszę o informację na jakiej podstawie będą wybierane urządzenia AED. W formularzu nie było miejsca na podanie nazwy urządzenia w związku z czym trudno będzie ocenić czy dane urządzenie spełnia podstawowe wymogi.” Zamawiający w dniu 22 lutego 2018 r. udzielił następującej odpowiedzi: „Odpowiadając na Pana pytanie w sprawie wyboru urządzeń AED przesłane e-mailem w dniu 20.02.2018r. wyjaśniam, że Zamawiający w postępowaniu wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 91 ustawy Pzp. Oferta jest oświadczeniem woli Wykonawcy o realizacji zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ, a w tym w opisie przedmiotu zamówienia i istotnych

postanowieniach umowy. Dostarczone urządzenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana, będą podlegały procedurze i odbiorowi określonymi m.in. w paragrafie 3 oraz 6 istotnych postanowień umowy.”

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1 odwołania: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Przystępującego oraz wykonawców: ADPLA Sp. z o.o., AGM M. Ł. sp.j. mimo, iż treść ofert złożonych przez wykonawców jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ofertę natomiast w rozumieniu art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.) stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeśli określa istotne postanowienia tej umowy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to zamawiający, jako gospodarz postępowania określa wymagany zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. „Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi

fragmentami czy normami SIWZ” (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18).

W niniejszym postępowaniu, co jest bezsporne pomiędzy Stronami i zostało przyznane przez Pełnomocnika Odwołującego na rozprawie, Zamawiający nie żądał podania przez Wykonawców w ofertach nazwy oraz modelu oferowanych defibrylatorów. Zamawiający nie wymagał również od wykonawców złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W formularzach ofertowych Wykonawcy oświadczyli, że oferują wykonanie zamówienia zgodnie z rzeczowym przedmiotem zamówienia zawartym w SIWZ. W postanowieniach umowy Zamawiający przewidział mechanizm weryfikacji dostarczanych urządzeń w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia podczas procedury odbioru, a ewentualne niezgodności prowadziłyby do zastosowania wobec wykonawcy sankcji w postaci kar umownych. Pomimo tego, Wykonawcy w tym również Odwołujący zarówno po otwarciu ofert jak i po wyborze najkorzystniejszej oferty, kierując pisma do Zamawiającego i wskazując na nieprawidłowości w przygotowaniu postępowania domagali się, aby Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą podał model oraz nazwę oferowanego urządzenia. Wskazać również należy, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu oraz prezentowana na rozprawie opierała się na hipotetycznej treści ofert, których niezgodność z SIWZ Odwołujący kwestionował. Odwołujący przedstawił w odwołaniu oraz złożonym piśmie procesowym niezgodności z wymogami SIWZ urządzeń, które na podstawie jego wiedzy i doświadczenia najprawdopodobniej zaoferowali Wykonawcy w postępowaniu. Na te okoliczności Odwołujący skierował również złożone przez siebie na rozprawie dowody. Odwołujący wywodził, że na urządzenia te wskazują i pozwalają na ich identyfikację funkcjonalności, jakie zaoferowali Wykonawcy w formularzu ofertowym. Izba nie może na podstawie Tabeli przedstawionej w tym zakresie przez Odwołującego stwierdzić, czy te funkcjonalności wskazują wyłącznie na urządzenia podane przez Odwołującego, czy nie ma innych defibrylatorów na rynku, które te funkcjonalności, a także pozostałe wymagania opisu przedmiotu zamówienia spełniają, a mogą być zaoferowane przez Wykonawców. Izba nie ma wiedzy, a Odwołujący nie złożył dowodu, który świadczyłby, że np. Wykonawca ADPLA Sp. z o.o. nie posiada w swojej ofercie jeszcze innego modelu urządzenia. W ocenie Izby zarzuty odwołania nie dotyczą właściwie treści ofert złożonych przez Wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy złożyli oferty zgodnie z wymogami postawionymi w SIWZ. Skoro Zamawiający nie żądał podania modelu i nazwy urządzenia ergo brak jest takich informacji w ofertach. Izba zaznacza, że nie mogą zostać uznane za uzasadnione twierdzenia

Odwołującego o niezgodności treści ofert (w tym przypadku urządzenia - oferowanego defibrylatora) z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, jeśli takiej treści - nazwy i modelu urządzenia - nie ma w treści złożonych ofert. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego w tym zakresie za irrelevantne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Niemniej jednak Izba wskazuje dodatkowo, że w zakresie wydruku ze strony internetowej Wykonawcy ADPLA Sp. z o.o. z którego wynika, że Firma ta jest autoryzowanym przedstawicielem producenta defibrylatorów AED Lifepack - światowego lidera techniki medycznej PHYSIO-CONTROL, Izba nie może stwierdzić na podstawie tego dowodu, czy jest to urządzenie oferowane przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Nie jest wiadome czy ta oferta jest aktualna, czy Wykonawca nie oferuje jeszcze innych urządzeń poza wskazanymi w wydruku. Podobne wnioski wynikają z trzech złożonych przez Odwołującego instrukcji obsługi użytkownika trzech różnych defibrylatorów, z których jeden w ocenie Odwołującego oferuje Wykonawca ADPLA Sp. z o.o.

Przechodząc do podważanej oferty Przystępującego to na jawnej rozprawie Przystępujący przedstawił szereg dowodów na potwierdzenie prawidłowości oferowanego urządzenia, pomimo iż w ocenie Izby nie było konieczności wykazywania tych okoliczności wobec braku wymagania Zamawiającego podania modelu i nazwy urządzenia w ofercie. Okoliczności podnoszone na rozprawie i tak nie mogłyby zmienić treści już złożonej przez Przystępującego oferty. Niemniej jednak Przystępujący udowodnił, że urządzenie, które planuje dostarczyć Zamawiającemu spełnia wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Na skutek złożonych dowodów Odwołujący wycofał trzy z czterech zarzutów, dotyczących urządzenia. W zakresie podważanego parametru dotyczącego panelu graficznego Izba stwierdziła, że również ten zarzut nie potwierdził się w postępowaniu. Odwołujący kwestionował posiadanie przez urządzenie marki Philips - defibrylator HeartStart FRx - wskazania miejsca na panelu graficznym ucisku klatki piersiowej, a także brak głębokości uciśnięć zgodnej z wytycznymi ERC z 2015 r. Powyższe argumentował treścią OPZ czytana łącznie z wyjaśnieniami Zamawiającego. Wskazywał także na treść wytycznych ERC, które zostały złożone jako dowód. Izba zauważyła, że w pkt 6 OPZ Zamawiający postanowił, że użytkownik w czasie korzystania z urządzenia ma być prowadzony przez jednoznaczne polecenia głosowe i wizualne (wyświetlane na ekranie lub panelu graficznym) w języku polskim, zgodne z Wytycznymi ERC. W wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2018 r. Zamawiający doprecyzował postanowienia OPZ i wskazał również że „wymaga, aby w czasie korzystania z defibrylatora AED, użytkownik był prowadzony przez jednoznaczne polecenia głosowe i wizualne (wyświetlane na ekranie lub panelu graficznym) w języku

polskim, zgodne z Wytycznymi ERC, czyli skutecznie instruując użytkownika w celu przeprowadzenia wysokiej jakości RKO. Biorąc to pod uwagę, miejsce uciskania klatki piersiowej powinno być wskazane na panelu graficznym.” Wszystkie polecenia mogą być zatem przekazywane głosowo oraz na panelu graficznym lub wyświetlane na ekranie, jedynie miejsce uciskania klatki piersiowej powinno być wskazane na panelu graficznym. Przechodząc do terminu „wysokiej jakości RKO” to w Wytycznych złożonych przez Odwołującego określono, że „wysokiej jakości RKO pozostaje najistotniejszym elementem wpływającym na poprawę przeżywalności. Osoby prowadzące RKO powinny wykonywać uciśnięcia klatki piersiowej na odpowiednią głębokość (tj. przynajmniej 5 cm, lecz nie głębiej niż 6 cm), a częstość uciśnień klatki piersiowej powinna wynosić 100-120/ min. Po każdym uciśnięciu należy pozwolić klatce piersiowej powrócić do wyjściowego kształtu. Należy także minimalizować przerwy w prowadzeniu uciśnień klatki piersiowej. Prowadząc oddechy ratownicze, należy poświęcić około 1 sekundy na wdech, dostarczając objętość odpowiednią do osiągnięcia widocznego uniesienia się klatki piersiowej. Stosunek uciśnień klatki piersiowej do wentylacji pozostaje 30:2. W celu wykonania wentylacji nie należy przerywać uciśnień klatki piersiowej na dłużej niż 10 sekund.” We wskazanym fragmencie Wytycznych zaznaczonym przez Odwołującego, jako potwierdzających jego argumentację, brak jest zdaniem Izby informacji, że aby uzyskać wysokiej jakości RKO to na panelu graficznym urządzenia (defibrylatora) powinno być wskazane miejsce ucisku klatki piersiowej oraz głębokość uciśnień. Powyższego nie potwierdza również drugi fragment Wytycznych: „Urządzenia przekazujące informację zwrotną podczas RKO są przydatne, aby poprawić częstotliwość uciśnień, ich głębokość, relaksację klatki piersiowej oraz położenie rąk. Urządzenia emitujące dźwięk poprawiają jedynie częstotliwość uciśnień i mogą mieć niekorzystny wpływ na głębokość uciśnień, jeśli ratownik skoncentruje się na częstotliwości.” Fragment ten po pierwsze donosi się do funkcji informacji zwrotnej, która była dodatkowo punktowana w postępowaniu, a Przystępujący nie zaznaczył tej funkcjonalności. Po drugie Zamawiający oświadczył na rozprawie, że nie wymagał tej funkcjonalności od wszystkich wykonawców, gdyż miał świadomość, iż w ten sposób utrudni uczciwą konkurencję i dostęp do zamówienia. Po trzecie zaś, we fragmencie tym mowa że urządzenia emitujące dźwięk „mogą” mieć niekorzystny wpływ na głębokość uciśnień - mogą czyli nie muszą, a co za tym idzie Wytyczne 2015 r. nie wymagają, aby głębokość uciśnień była wskazana na panelu graficznym. Zaznaczyć także należy, że konkretne funkcjonalności, które podważa Odwołujący odnośnie panelu graficznego zostały przedstawione przez niego dopiero na rozprawie i w piśmie procesowym z dnia 27 marca 2018 r. Abstrahując od powyższego, Odwołujący przedstawił dowody, że urządzenie które planuje dostarczyć Zamawiającemu

spełnia wymaganie przekazywania poleceń zgodnych z Wytycznymi RKO głosowych i wizualnych. Wynika to m.in. z wyciągu z instrukcji obsługi, gdzie wskazano jak urządzenie prowadzi użytkownika wydając polecenia głosowe i wizualne, a także z aktualnego katalogu urządzenia Philips: „Wystarczy nacisnąć przycisk informacji „i”, aby uzyskać pomoc przy RKO, a funkcja Life Guidance wyświetli ikony i zacznie wydawać komunikaty głosowe dotyczące liczby, częstości i głębokości uciśnień klatki piersiowej, a także momentu, w którym należy wykonać oddechy ratunkowe”. Odnośnie wskazania na panelu graficznym miejsca ucisku klatki piersiowej, to Przystępujący złożył dowód w postaci wizualizacji urządzenia, na którym to miejsce zostało wskazane. Odwołujący podważał wiarygodność tego dowodu, jednakże jak wskazał Przystępujący jest to wizualizacja urządzenia, które zostanie dostarczone Zamawiającemu. Zmiana w stosunku do urządzenia standardowego nie powoduje, że takiego produktu nie ma. Co istotne, zmiana ta ma polegać na umieszczeniu ikony miejsca uciśnień klatki piersiowej na urządzeniu, co w ocenie Przystępującego, a które stanowisko Izba podziela, nie powoduje ingerencji w substancję urządzenia.

Odnosząc się do oferty Firmy AGM M. Ł. sp. j. to Wykonawca ten jako jedyny wskazał nazwę i model oferowanego urządzenia, pomimo braku takiego wymagania ze strony Zamawiającego. Wykonawca wskazał na urządzenie AED Nihon KOHDEN CARDIOLIFE AED 3100. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że to oferowane urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ. Na podstawie złożonego dowodu - zdjęcia urządzenia - Odwołujący wskazywał, że nie posiada ono na panelu graficznym miejsca, gdzie powinna być uciskana klatka piersiowa. Nie ma również przycisku „włącz”, jest jedynie zwolnienie klapki w postaci strzałki, co uruchamia urządzenie. W ocenie Izby dowód ten nie jest wiarygodny, bowiem Izba nie ma wiedzy czy tak właśnie wygląda urządzenie oferowane przez Wykonawcę AGM M. Ł. sp. j., jest to wyłącznie twierdzenie Odwołującego. Nie jest wiadome skąd pochodzą zdjęcia tych urządzeń, brak jest jakiegokolwiek informacji dotyczącej nazwy czy modelu urządzenia widocznego na zdjęciu. Dodatkowo Izba zauważyła, że na urządzeniu jest widoczny przycisk „On” i „Off”, co nie wymaga tłumaczenia i jest faktem powszechnie znanym, co oznaczają te terminy. Ponadto nie jest wiadome, czy Wykonawca ten podobnie jak Przystępujący nie doda do urządzenia ikony wskazującej na miejsce ucisku klatki piersiowej nie ingerując w substancję urządzenia.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołania bowiem Odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie udowodnił, że zachodzi niezgodność treści ofert złożonych przez Wykonawców (treści tej również nie wskazał, poza

ofertą Wykonawcy AGM M. Ł. sp. j.) z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Nie doszło również do naruszenia art. 7 ustawy pzp. Zamawiający równo potraktował Wykonawców w postępowaniu.

Zarzut nr 2 odwołania: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych tj. z dnia 13 października 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077) poprzez zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnień treści oferty w zakresie wskazania z nazwy oferowanego urządzenia mimo, iż jeszcze przed dniem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy zgłaszali, że oferty konkurencyjne nie odpowiadają treści SIWZ.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Co istotne, zwrócenie się przez zamawiającego z żądaniem wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego determinowanym treścią ofert.

W niniejszej sprawie treść złożonych ofert, jak wskazywał Zamawiający, nie budziła wątpliwości Zamawiającego, co więcej Zamawiający nie był uprawniony aby domagać się od Wykonawców uzupełnienia treści ofert o dodatkowe, niewymagane SIWZ informacje. W ocenie Izby, to takie działanie Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący, jak również pozostali Wykonawcy kierowali do Zamawiającego informacje o nieprawidłowościach, które upatrywali w braku wskazania w ofercie przez Wykonawcę Przystępującego nazwy i modelu urządzenia - defibrylatora. Odwołujący argumentował zarzut naruszenia art.87 ust. 1 ustawy pzp brakiem reakcji ze strony Zamawiającego pomimo zgłaszanych przez Wykonawców uwag. Jak zostało już wskazane, przy okazji omawiania poprzedniego zarzutu odwołania, Zamawiający opisał parametry i funkcjonalności urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia, a ocena zgodności dostarczanych defibrylatorów z SIWZ miała odbywać się w trakcie odbioru urządzeń. Zamawiający nie żądał aby wykonawcy wskazali w ofercie nazwy i model urządzeń, które planują dostarczyć. Skierowanie wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp było zatem nieuzasadnione i jak słusznie podnosił Przystępujący mogłoby spotkać się z uprawnionym brakiem reakcji ze strony Wykonawców. Niezasadne są również twierdzenia Odwołującego, że informacja o udostępnieniu zasobów podmiotu

trzeciego w ofercie Wykonawcy ADPLA Sp. z o.o. miałyby sugerować czy pośrednio wskazywać na modele urządzenia niespełniające wymagań SIWZ. Zamawiający nie był uprawniony wobec jednoznacznych postanowień SIWZ oceniać oferty w tym zakresie, czy formułować wyjaśnień na podstawie hipotetycznych założeń. W odniesieniu do oferty Wykonawcy AGM M. Ł. sp. j., to Wykonawca ten pomimo braku takiego wymagania w SIWZ, podał w formularzu ofertowym nazwę i model urządzenia. Odwołujący nie udowodnił niezgodności wskazanego urządzenia z wymaganiami SIWZ, jak również nie wykazał, że konieczne jest prowadzenie jakichkolwiek wyjaśnień względem tej oferty.

W świetle powyższego, Zamawiający nie naruszył również art. 44 ustawy o finansach publicznych, który stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zamawiający dokonał wyboru oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów oceny ofert, spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017 r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: