

**Sygn. akt: KIO/UZP 43/10**

**WYROK**  
**z dnia 23 lutego 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Jolanta Markowska**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Renata Łuba**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o., Marcin Wnorowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „RATOWNIK M. Wnorowski”, 00-102 Warszawa, ul. Marszałkowska 111** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Powiatowy w Wołominie Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej, 05-200 Wołomin, ul. Gdyńska 1/3** protestu z dnia 28 grudnia 2009 r.

przy udziale **Prime Car Management S.A., 80-308 Gdańsk, ul. Polanki 4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Powiatowy w Wołominie Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej, 05-200 Wołomin, ul. Gdyńska 1/3** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o., Marcin Wnorowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „RATOWNIK M. Wnorowski”, 00-102 Warszawa, ul. Marszałkowska 111;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote) przez **Szpital Powiatowy w Wołominie Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej, 05-200 Wołomin, ul. Gdyńska 1/3** na rzecz **Konsorcjum firm: SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o., Marcin Wnorowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „RATOWNIK M. Wnorowski”, 00-102 Warszawa, ul. Marszałkowska 111**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o., Marcin Wnorowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „RATOWNIK M. Wnorowski”, 00-102 Warszawa, ul. Marszałkowska 111.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Powiatowy w Wołominie Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Gdyńska 1/3, 05-200 Wołomin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Leasing 3 sztuk ambulansów typu C dla Szpitala Powiatowego w Wołominie*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 października 2009 r. pod numerem 2009/S 193-277734.

Pismem z dnia 16 grudnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę Prime Car Management S.A.; 80-308 Gdańsk, ul. Polanki 4.

Pismem z dnia 28 grudnia 2009 roku, Konsorcjum firm: SG Equipment Leasing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Marszałkowska 111; 0-102 Warszawa (pełnomocnik) Marcin Wnorowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „RATOWNIK M. Wnorowski”, ul. Odyńca 55/10; 02-606 Warszawa, wniosło protest.

W opinii wnoszącego protest Zamawiający poprzez swe czynności i zaniechania naruszył przepisy:

- 1) art. 7 ust 1 i 3, art. 82 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp, poprzez niezgodnie z prawem i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Prime Car Management S.A.,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Prime Car Management S.A., który podał w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 pzp, poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Protestujący wniósł o:

- a) unieważnianie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Prime Car Management S.A.,
- b) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
- c) wykluczenie Prime Car Management S.A.,

d) odrzucenie oferty złożonej przez Prime Car Management S.A.,

alternatywnie o:

e) unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. W ofercie firmy Car Management S.A. błędnie obliczono cenę brutto podaną liczbowo i słownie oraz kwotę należnego podatku VAT.

II. Wskazana w ofercie Prime Car Management S.A. cena brutto wyrażona słownie jest odmienne niż podana liczbowo. W takim wypadku Zamawiający winien był przyjąć za prawidłową cenę podaną słownie.

III. Prime Car Management S.A. zadeklarował nosze „z możliwością skrócenia ramy noszy w pozycję krzesła transportowego w sposób realizowany w noszach reanimacyjnych lecz odmienny niż w noszach Ferno EFX zgodnie z pkt. 4.2 normy PN EN 1865...”. Informacja ta jest nieprawdziwa. Jak widać na rysunkach instrukcji zaoferowanych noszy ich rama nie jest w żaden sposób „skracana” w celu uzyskania wymaganej „pozycji krzesła transportowego” oraz po to, by spełnić drugi wymóg tj. możliwość „przenoszenia noszy w takiej pozycji w warunkach ograniczonej przestrzeni np. klatkach schodowych, wąskich i krętych korytarzach”. Na zawartych w instrukcji ilustracjach dokładnie widać, iż rama noszy Viviera Clinic N114 stanowi jedną całość i nosze te nie posiadają przegubów lub innych zaprojektowanych i przewidzianych przez producenta rozwiązań konstrukcyjnych pozwalających na jej skrócenie, po to aby ratownicy mogli udzielić pomocy i transportować na noszach pacjenta „w warunkach ograniczonej przestrzeni”.

IV. Wykonawca Prime Car Management S.A. na stronie 8 swojej oferty, zaoferował nosze niezgodne z wymaganiem, tj. produkt nosze Medirol mod. Viviera Clinic N114 oraz złożył nieprawdziwe informacje, co do ich specyfikacji. Nosze Viviera Clinic N114 w swoim wyposażeniu nie posiadają dodatkowych pasów służących do zabezpieczenia dzieci w trakcie transportu na noszach. Pasów tych nie obejmuje załączona przez Prime Car Management deklaracja zgodności (str. 155 oferty). Choćby wzmianki o takich pasach na próżno szukać także w instrukcji obsługi noszy Viviera Clinic N114. Przedmiot oferty Prime Car Management S.A. jest w tym zakresie niebezpieczny dla pacjenta. Wykonawca ten zaoferował pasy nie podając modelu oraz ich producenta (dane wymagane postanowieniem s.i.w.z.), co dodatkowo stanowi o niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią s.i.w.z. Prime Car Management S.A. w swojej ofercie, nie załączając deklaracji zgodności dla tegoż

produktu wymaganej w rozdz. III pkt. D.4 s.i.w.z. Oferta wykonawcy pozostaje zatem w sprzeczności z treścią s.i.w.z., co stanowi o konieczności jej odrzucenia, a dodatkowo wykonawca za sprawą złożenia nieprawdziwej informacji o jakiej mowa w art. 24 ust 2 pkt 2 pzp podlega wykluczeniu.

V. Wykonawca Prime Car Management S.A. na stronie 11 swej oferty, zaoferował respirator Sirio S2/T niezgodny z wymaganiem, tj. nieposiadający trybu pracy CMV.

VI. Wykonawca Prime Car Management S.A. na stronie 15 swej oferty, zaoferował pulsoksymetr niezgodny z wymaganiem, tj. produkt MD 300K1/2021082015 oraz złożył nieprawdziwe informacje co do jego specyfikacji. Wbrew informacji wykonawcy zawartej na stronie 15 oferty urządzenie to nie posiada zakresu pracy min. minus 20 do plus 50 °C. Oficjalny dystrybutor tego urządzenia w Polsce firma Emergency Medical System z Lublina w swoich materiałach informacyjnych podaje zgoła odmienny zakres pracy urządzenia tj.:

- praca w temp: 5 °C do 40°C

- temperatura przechowywania : -20°C do 55 °C.

VII. Oferta wykonawcy Prime Car Management S.A. na str. 146 i 147 zawiera dokumenty sporządzone w języku czeskim i niemieckim. Oferta wykonawcy winna zatem podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 30 grudnia 2009 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca Prime Car Management S.A.; 80-308 Gdańsk, ul. Polanki 4.

Dnia 31 grudnia 2009 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Zamawiający uznał za zasadne wyjaśnienia przystępującego i załączył je do informacji o rozstrzygnięciu protestu.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 8 stycznia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście, zarzucając czynnościom Zamawiającego:

1. Naruszenie art. 7 ustawy tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez bezprawny wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Prime Car Management S.A.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - przez jego niezastosowanie tzn. przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Wykonawcę, kwalifikującej się do odrzucenia i zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wyżej określonego Wykonawcy pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny.
3. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - przez ich niezastosowanie tzn. przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, kwalifikującej się do odrzucenia i zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy który podał w swej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenia oferty wyżej określonego wykonawcy pomimo, że oferta nie odpowiadała treści s.i.w.z.
4. Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu oraz wskazanie ceny wybranej oferty niezgodnie z podaną w ofercie.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. Dokonanie ponownej oceny ofert,
3. Odrzucenie oferty Wykonawcy Prime Car Management S.A., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy,
4. Wykluczenie Wykonawcy Prime Car Management S.A. na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy,
5. Uznanie za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Dnia 18 lutego 2010 roku, do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Prime Car Management S.A.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie stawianych zarzutów, stwierdzić należy, co następuje:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący podnosi, iż cena oferty Przystępującego zawiera błędy zarówno w zakresie wartości ceny brutto jak i należnego podatku VAT.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego uznać należy za niezasadny, natomiast argumentację Zamawiającego, jak i Przystępującego za chybioną. Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik Nr 1 do s.i.w.z. – formularz oferty) postawił wymóg podania:

- a) całkowitego kosztu leasingu netto w PLN,
- b) podatku VAT,
- c) całkowitego kosztu leasingu brutto (cyfrowo i słownie).

Przystępujący, w swojej ofercie podał odpowiednio:

- a) całkowity koszt leasingu netto w PLN – 1 139 674,82,
- b) podatek VAT – 22% - 250 597,12,
- c) całkowity koszt leasingu brutto – 1 389 674,94 (słownie: jeden milion czterysta szesnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt dwa zł i 94/100).

Faktem jest, iż oferta Przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny. Jednakże, w ocenie Izby, omyłka powyższa może podlegać poprawieniu na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odmienne, niż Zamawiający i Przystępujący, Izba widzi możliwość poprawienia omyłki rachunkowej. Zgodnie z zasadami rachunkowości podatek VAT oblicza się od wartości netto i tak wyliczony podatek VAT dodany do wartości netto stanowi cenę oferty (cenę brutto), zgodnie z definicją ceny zawartą w przepisie art. 2 pkt 1 ustawy - Prawo

zamówień publicznych. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający miał prawo i obowiązek dokonać poprawy oferty Przystępującego, w następujący sposób:

- 1) od ceny netto oferty (1 139 674,82 zł) powinien wyliczyć prawidłową kwotę podatku VAT (22%), tj. 250 728,46 zł,
- 2) zsumować cenę netto - 1 139 674,82 zł z wyliczonym prawidłowo podatkiem VAT - 250 728,46 zł,
- 3) otrzymaną w ten sposób prawidłową cenę oferty (brutto) – 1 390 403,28 zł, powinien uwzględnić w ofercie.

Tym samym Zamawiający dokonałby poprawy oferty Przystępującego, która zawierała oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, co zgodnie z zasadami logiki musiałyby prowadzić do poprawienia innych omyłek (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) przez poprawienie ceny oferty (brutto) przedstawionej słownie.

Zamawiający zobowiązany byłby do niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona - o dokonanych poprawkach, a wykonawca ten mógłby skorzystać z prawa do nie wyrażenia zgody na dokonane w sposób powyższy poprawki, licząc się z konsekwencją takiej decyzji, wynikającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Powyższe, ewentualnie mogłoby stanowić podstawę do stawiania zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, natomiast omyłka rachunkowa w ofercie Przystępującego nie stanowi, w ocenie Izby podstawy do stawiania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,

- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający opracowując s.i.w.z., w treści załącznika Nr 2 – „Specyfikacja Techniczna” określił minimalne bezwzględnie wymagane parametry, które muszą zostać spełnione, aby przedmiot oferty mógł zostać uznany za zgodny z wymogami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W dziale XVI Zamawiający określił minimalne wymagania - w odniesieniu do sprzętu medycznego, wskazując dodatkowo, iż wykonawca ma obowiązek podać markę, model oraz dołączyć folder wraz z opisem oferowanego parametru.



Odnosnie noszy głównych Zamawiający postawił następujący warunek: „*Z możliwością skrócenia ramy noszy w pozycję krzesła transportowego zgodnie z pkt 4.2 normy PN EN 1865 oraz przenoszenia noszy w tej pozycji w warunkach ograniczonej przestrzeni np. klatkach schodowych, wąskich i krętych korytarzach*”. Na potwierdzenie spełnienia tego parametru wykonawca podał: „*Z możliwością skrócenia ramy noszy w pozycję krzesła transportowego w sposób realizowany w noszach reanimacyjnych lecz odmienny niż w noszach FERNO EFX zgodnie z pkt 4.2 normy PN EN 1865 oraz przenoszenia noszy w tej pozycji w warunkach ograniczonej przestrzeni np. klatkach schodowych, wąskich i krętych korytarzach realizowany w noszach reanimacyjnych lecz odmienny niż w noszach FERNO EFX.*”. Odwołujący stawiając zarzut stwierdził, iż oferowane nosze Mediol model Vivera Clinic N114 uniemożliwiają uzyskanie pozycji krzesła transportowego, co w konsekwencji uniemożliwia przenoszenia w warunkach ograniczonej przestrzeni.

Izba, kierując się wskazaniem Zamawiającego, co do opisu pozycji krzesła transportowego znajdującego się w Polskiej Normie EN 1865 stwierdziła, iż pkt 4.2 odnosi się do „*Noszy składanych w krzesło*”. Punkt ten zawiera również odniesienie, że jeżeli nosze składane w krzesło są strukturalną częścią noszy głównych, zastosowanie mają wymogi pkt 4.1. W tym też względzie, w ocenie Izby Odwołujący powinien konstruować swój zarzut biorąc pod uwagę treść normy w odniesieniu do oferowanego przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem Przystępujący zaoferował nosze transportowe, w których pozycja krzesła transportowego realizowana jest w sposób jak w noszach reanimacyjnych lecz odmienny niż w noszach FERNO EFX zgodnie z pkt 4.2 normy PN EN 1865, to ewidentne odniesienie opisu realizacji wymaganej funkcji znajduje swoje odzwierciedlenie w pkt 4.1 w/w normy. W pkt 4.1 PN EN 1865 znajdują się odmienne rozwiązania techniczne, które potwierdzają, iż oferowany model noszy głównych posiada wymaganą funkcję. Za nieudowodniony Izba uznała zarzut dotyczący funkcjonalności, tzn. możliwości przenoszenia noszy w warunkach ograniczonej przestrzeni, gdyż w tym względzie Izba wzięła pod uwagę fakt, iż dla oferowanych noszy została wystawiona Deklaracja Zgodności stwierdzająca, iż *Nosze CLINIC N114 typ N114 spełniają wymagania normy: Dyrektywa Rady 93/42/EWG z 14 czerwca 1993 roku w sprawie Wyrobów Medycznych. Stosowane dokumenty, m.in. Normy EN 1789, EN 1865.*

W tym też względzie Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego zgłoszonego przez Odwołującego, gdyż w ocenie Izby pozostaje on bez wpływu na ocenę merytoryczną

stawianego zarzutu, a okoliczności na które został ten dowód powołany, zostały stwierdzone innymi dowodami.

W powyższym zakresie, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych,

- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do nie zaoferowania dodatkowych pasów służących do zabezpieczenia dzieci w trakcie transportu na noszach – oferowanych przez Przystępującego.

W tym względzie Przystępujący złożył oświadczenie w ofercie, iż *„Z zestawem pasów szelkowych i poprzecznych zabezpieczających pacjenta o regulowanej długości mocowanych bezpośrednio do ramy noszy oraz dodatkowy komplet pasów służący do zabezpieczenia dzieci w trakcie transportu na noszach.”*.

W ocenie Izby z faktu, iż wymogiem Zamawiającego było zaoferowanie dodatkowego kompletu pasów, które zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zostały zaoferowane, nie można wywodzić naruszenia przepisów jw. Zaoferowanie dodatkowego kompletu pasów nie znalazło swojego odzwierciedlenia w żadnym innym miejscu oferty, w tym w załączonych do oferty folderach, co potwierdził na rozprawie pełnomocnik Przystępującego. W powyższym względzie dopuszczalnym było, w ocenie Izby wezwanie wykonawcy – Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bądź też o wyjaśnienie powyższej wątpliwości Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych,

- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż zaoferowany respirator nie realizuje trybu pracy CMV. Przystępujący w swojej ofercie zaoferował respirator SIRIO S2/T, gdzie w wymogu dotyczącym trybu pracy CMV podał: AUT + AST/PSV + wentylacja bezdechu/PEEP/CPAP. Odwołujący wywodził, iż zaoferowany tryb pracy respiratora nie odpowiada żądanemu przez Zamawiającego trybowi CMV. Izba zwróciła uwagę, iż Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów, mogących potwierdzić stawianą tezę, a to na Odwołującym, jako stronie która wywodzi określone skutki prawne spoczywa ciężar dowodowy. Tym samym Izba uznała zarzut powyższy za nieudowodniony.

5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty z uwagi na fakt zaoferowania pulsoksymetru, który nie odpowiada wymogom zamawiającego odnoszącym się do zakresu pracy w określonej temperaturze. W tym względzie, zdaniem Odwoływającego, Przystępujący złożył nieprawdziwą informację w ofercie – sprzeczną z faktycznym, możliwym do osiągnięcia parametrem, określonym przez producenta sprzętu w materiałach informacyjnych.

W ocenie Izby zarzuty Odwoływającego się uznać należy za zasadne.

Przystępujący, na stronie 14 oferty zaoferował pulsoksymetr MD 300K1/2021082015. W celu potwierdzenia wymogu zakresu pracy temperaturowej min.  $-20^{\circ}\text{C}$  do  $+50^{\circ}\text{C}$ , Przystępujący wskazał, iż oferowany przez niego pulsoksymetr pracuje w temperaturach od min.  $-20^{\circ}\text{C}$  do  $+55^{\circ}\text{C}$  (strona 15 oferty). Na potwierdzenie spełniania powyższego parametru załączył materiały informacyjne firmy Emergency Medical System Poland z siedzibą w Lublinie (strona 88 oferty), w których zostały wskazane następujące parametry techniczne (pulsoksymetr 2021082015):

- a) praca w temperaturze:  $5^{\circ}\text{C}$  do  $40^{\circ}\text{C}$ ,
- b) temperatura przechowywania:  $-20^{\circ}\text{C}$  do  $55^{\circ}\text{C}$ .

Izba stwierdziła, iż Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy stanowi, iż Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Izby Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje oświadczając, iż oferowany przez niego pulsoksymetr spełnia warunki techniczne wymagane przez Zamawiającego w zakresie możliwości pracy w temperaturach od  $-20^{\circ}\text{C}$  do  $+50^{\circ}\text{C}$ .

Jak wynika z ulotki informacyjnej, załączonej do oferty w celu potwierdzenia prawdziwości składanych oświadczeń, oferowany przez Przystępującego pulsoksymetr nie spełnia wymogu zarówno w zakresie minimalnej temperatury pracy – wymagane „ $-20^{\circ}\text{C}$ ” – oferowane oświadczeniem „ $-20^{\circ}\text{C}$ ” – ulotka informacyjna „ $+5^{\circ}\text{C}$ ”, jak i w zakresie maksymalnej temperatury pracy – wymagane „ $+50^{\circ}\text{C}$ ” – oferowane oświadczeniem „ $+55^{\circ}\text{C}$ ” – ulotka informacyjna „ $+40^{\circ}\text{C}$ ”. Jak wynika z powyższego, oświadczenie Przystępującego zawiera nieprawdziwe informacje zarówno w odniesieniu do temperatury minimalnej jak i maksymalnej. Ponadto, w zakresie maksymalnej temperatury pracy, oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż Zamawiający postawił wymóg graniczny „do  $+50^{\circ}\text{C}$ ”, zaś

Przystępujący podał parametr „do + 55 °C”, czyli o 5°C więcej niż maksymalnie dopuszczał Zamawiający.

W kontekście powyższego, w celu ziszczenia się przesłanki przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, konieczne jest stwierdzenie, czy powyższe informacje miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby odpowiedź jest twierdząca. Przystępujący, z pełną świadomością oferując produkt, który nie spełnia wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego, przy jego biernym zachowaniu, wprowadzając Zamawiającego w błąd, co do wiedzy, złożył nieprawdziwe informacje, które w sposób bezpośredni spowodowały zachowanie Zamawiającego, który uznał ofertę Przystępującego, jako najkorzystniejszą. Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający dokonując oceny złożonej oferty dokonał tej oceny w sposób bardzo pobieżny i niesystematyczny. Nawet uwagi, zgłoszone na etapie wniesionego protestu, nie wzbudziły u Zamawiającego cienia wątpliwości, które powinien powziąć i przy zachowaniu należytej staranności winien przyrzyć się bardziej szczegółowo parametrom oferowanym przez Przystępującego, a nie tylko bezkrytycznie przyjmować jego argumentację za właściwą. Takie zachowanie Zamawiającego uznać należy za naganne, które z całą pewnością nie odzwierciedla pozycji, jaką Zamawiający ma w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – strażnika bezpiecznego, racjonalnego i zasadnego wydatkowania środków publicznych. W tym też względzie Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego.

- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty, gdyż na str. 146 i 147 oferta zawiera dokumenty sporządzone w języku czeskim i niemieckim – niezgodnie z specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W powyższym zakresie Izba zwraca uwagę, iż zarzut powyższy jest bezzasadny z dwóch powodów. Po pierwsze dokumenty, co do których Odwołujący stawia zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, tzw. warunków przedmiotowych. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający obligatoryjnie wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów, których wykonawcy nie złożyli, lub takich które złożyli dokumenty ale zawierają one błędy. Tym samym stwierdzić należy, iż Przystępujący dokumentów wymaganych przez Zamawiającego nie złożył, zachodzi więc przesłanka do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie dokumenty złożone przez Przystępującego niezgodne są co do formy wymaganej przez

Zamawiającego, a nie co do treści. Błąd formalny nie może stanowić podstawy do uznania oferty, iż jej treść niezgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podsumowując, Izba stwierdziła, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w zakresie zarzutu dotyczącego pulsoksymetru. W pozostałym zakresie zarzuty Odwołującego Izba uznała za niezasadne.

Izba z urzędu wzięła pod uwagę okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/W 6/10 uchyliła zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym zawarciem protestu. Powyższe ma znaczenie z uwagi na fakt, iż Izba uwzględniając odwołanie, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp może nakazać Zamawiającemu unieważnienie określonych czynności lub nakazać wykonanie określonych czynności. W związku z tym, iż celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, która w przedmiotowym postępowaniu została już zawarta, to nie zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 191 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pozwalające Izbie na nakazanie Zamawiającemu unieważnienie określonych czynności lub nakazanie wykonania określonych czynności.

Nie mniej, Izba uznała zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych za zasadne, które w konsekwencji wypełniły przesłankę art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, gdyż naruszenie powyższe miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Dlatego też, uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....