

Sygn. akt: KIO 3136/22

**WYROK**  
**z dnia 13 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Resculine Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła niezgodności polegającej na przypisywaniu torbie ochronnej funkcji obudowy urządzenia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3 i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 600 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup wraz z dostawą 63 sztuk respiratorów transportowych dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach* (znak postępowania: PR/TZ/252/ZP/15/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2022 r. pod numerem nr 2022/S 086-232037.

W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawca Resculine Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.11.2022 r.;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty Wykonawcy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k.

### 1. Niezgodność z treścią SWZ polegająca na przypisywaniu torbie ochronnej funkcji budowy urządzenia

Odwołujący wskazał wymagania dotyczące respiratora zawarte w wierszu drugim i trzecim tabeli formularza ofertowego i uzasadniał, że ze sposobu opisu wymagań w wierszu drugim i trzecim jednoznacznie wynika, że Zamawiający wyraźnie odróżnił wymóg „zwartej, wytrzymałej obudowy” od wymogu wyposażenia respiratora w „torbę ochronną”. Zamawiający wyraźnie podkreślił, że urządzenie ma być w zwartej, wytrzymałej obudowie, która ma mieć możliwość zawieszenia na ramię łóżka, noszach lub na wózku medycznym, a dodatkowo ma posiadać uchwyt do przenoszenia i pasek umożliwiający przenoszenie na ramieniu. Oczywistym jest, że opisując wymóg „urządzenie w zwartej i wytrzymałej obudowie ...”, z podkreśleniem trzech funkcji transportowych, Zamawiający oczekuje zaoferowania urządzenia umieszczonego w zwartej i wytrzymałej konstrukcji posiadającej stałe elementy

zapewniające opisane funkcje transportowe (możliwość zawieszenia, uchwyt do przenoszenia w ręku oraz pasek do zawieszenia na ramieniu). Natomiast torba ochronna według opisu Zamawiającego ma pełnić funkcję ochronną przed warunkami atmosferycznymi i środowiskowymi.

Uzasadniał, że wykonawca Paramedica Polska sp. z o.o. Sp.k. w załączonej do oferty karcie katalogowej przygotowanej na potrzeby postępowania potwierdziła, że oferuje „urządzenie w zwartej i wytrzymałej obudowie”, a pozostałe opisane wymagania odnośnie obudowy „z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu” realizuje poprzez zaoferowanie torby transportowej. Wykonawca oferuje torbę ochronną wykonaną z materiału PLAN wraz z kieszeniami na akcesoria, zapobiegającą dostaniu się zanieczyszczeń lub wody do przestrzeni urządzenia, która to torba (nie zaś obudowa urządzenia) posiada możliwość zawieszenia na ramię łóżka noszy lub na wózek medycznym, z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu. Pozostaje to w sprzeczności z deklaracją Wykonawcy Paramedica w formularzu ofertowym, w którym Wykonawca potwierdził spełnianie wymagań dotyczących obudowy i torby ochronnej poprzez dokładne powtórzenie opisu parametrów wymaganych, tj. sugerując, że oferowany respirator posiada obudowę z możliwością zawieszenia na ramie łóżka, uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym przenoszenie na ramieniu, oraz odrębnie torbę ochronną.

Zdaniem Odwołującego, pojęcia „torby ochronnej” nie można utożsamiać z pojęciem „zwartej, wytrzymałej obudowy”. Zamawiający jednoznacznie określił, że urządzenie musi być w zwartej, wytrzymałej obudowie, wraz z funkcjami transportowymi (możliwością zawieszenia, uchwytem i paskiem). Torba ochronna została celowo opisana w odrębnej pozycji tabeli, ze szczegółowym określeniem jej cech, które ograniczają się wyłącznie do funkcji ochronnych przed warunkami atmosferycznymi i środowiskowymi. Takie rozgraniczenie parametrów znajduje uzasadnienie w specyfice pracy z respiratorem transportowym, w której wytrzymała obudowa z określonymi funkcjami transportowymi jest niezbędna w każdych warunkach codziennego użytkowania, natomiast torba ochronna jest wyposażeniem dodatkowym, które może być stosowane w zależności od panujących warunków atmosferycznych i środowiskowych.

Zdaniem Odwołującego, „torba ochronna” nie jest rozwiązaniem wytrzymałym (w porównaniu z obudową). Jeżeli, jak w przypadku respiratora zaoferowanego przez Wykonawcę Paramedica, torba pełni funkcję obudowy zapewniającej funkcje transportowe, to nie jest też rozwiązaniem bezpiecznym, gdyż stwarza wysokie ryzyko uszkodzenia urządzenia podczas realizowania funkcji transportowych, których wymagał Zamawiający. Torba nie jest również ergonomiczna, ponieważ podczas transportu respirator musi być

z niej wyciągnięty, aby mógł być bezpiecznie zamocowany na czas transportu w uchwycie transportowym zamocowanym w ambulansie – co utrudnia pracę ratowników.

Respiratory, które są przedmiotem toczącego się postępowania, będą znajdowały się na wyposażeniu ambulansów. Zgodnie z obowiązującymi normami polskimi i europejskimi respirator wraz z obudową transportową znajdujący się na wyposażeniu ambulansu musi spełniać wymagania w zakresie normy EN 1789, która wymaga, by sprzęt medyczny był bezpiecznie zamocowany na czas transportu, w trosce o bezpieczeństwo lekarzy, ratowników medycznych i pacjentów. Tymczasem Wykonawca Paramedica według złożonej oferty i załączonej karty katalogowej traktuje pojęcia obudowy i torby ochronnej jako pojęcia częściowo tożsame lub zamienne, gdyż przypisuje torbie funkcje obudowy, co jest ewidentnym nadużyciem.

## 2. Niezgodność z treścią SWZ polegająca na braku możliwości rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych

Odwołujący wskazał, że w trakcie rozprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą wskutek wniesienia przez Wykonawcę Paramedica odwołania na postanowienia SWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sygn. akt KIO 1834/22) Wykonawca ten przedstawił m.in. tabelę zestawiającą cechy kilku dostępnych na rynku respiratorów w kontekście wymagań opisu przedmiotu zamówienia. W treści tej tabeli Wykonawca podał, że zaoferowany obecnie respirator Hersill Vitae 40 nie posiada funkcji (w brzmieniu z czasu rozprawy – 04.08.2022r.) „*Rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym*”. Tymczasem w treści załączonej do oferty broszury Wykonawca potwierdza, że zaoferowany respirator spełnia ten parametr. Oznacza to, że Wykonawca Paramedica minął się z prawdą w trakcie rozprawy przed KIO albo mija się z prawdą w treści złożonej oferty. Wniosku takiego nie zmienia fakt, iż brzmienie ww. parametru zostało ostatecznie ustalone zmianą SWZ z dnia 07.10.2022 r. w następujący sposób: *Rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym lub rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji za pomocą pokrętła na przednim panelu urządzenia*, gdyż zaoferowany respirator Hersill Vitae 40 nie posiada żadnego pokrętła, a jedynie przyciski.

W ocenie Odwołującego, respirator Hersill Vitae 40 nie posiada funkcji „trybów ratunkowych” w takim rozumieniu, jak tego wymaga Zamawiający w przywołanym powyżej zapisie w jego ostatecznym brzmieniu. Respirator ten umożliwia wprawdzie wentylację z predefiniowanymi ustawieniami, ale włączenie wentylacji nie jest intuicyjne i szybkie, a tego oczekiwał Zamawiający poprzez wymóg, by wentylacja następowała natychmiastowo. Zgodnie z informacją zawartą na stronie 51 instrukcji obsługi respiratora Hersill Vitae 40, respirator ten musi mieć zainstalowany czujnik Flow-P dla dorosłych (Adult) albo czujnik

Flow-P dla dzieci (Pediatric) – w zależności od tego, czy pacjentem jest dorosły, czy dziecko. Oznacza to, że przy braku czujnika dziecięcego nie powinno się używać trybu Pediatric, natomiast kiedy czujnik ten jest zainstalowany, nie powinno się użyć trybu Adult – gdyż będzie to skutkowało nieprawidłowością obliczeń i potencjalnym zaszkodzeniem pacjentowi. Na stronie 52 instrukcji obsługi respiratora producent dopuszcza wprowadzenie wentylacji dzieci w trybie Adult, ale ostrzega, że może mieć to wpływ na dokładność parametrów i nie rekomenduje użycia przy niskich objętościach (a więc używanych przy dzieciach). W ocenie Odwołującego, takie rozwiązanie nie umożliwia wyboru natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych. Dla zachowania bezpieczeństwa pacjenta konieczna jest zmiana czujnika, by nie uszkodzić pacjenta, a przy pomyłce i błędnym wyborze grupy wiekowej trzeba urządzenie wyłączyć i ponownie włączyć, co wyklucza możliwość rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji. Respirator Hersill Vitae 40 nie nadaje się do ambulansu, gdzie wymagana jest szybka responsywność, a użytkownik nie ma czasu zastanawiać się, jaki czujnik jest założony i czy może wentylować daną grupę wiekową. Najbardziej oczywistym przykładem sytuacji, w której rozpoczęcie wentylacji w trybach ratunkowych w opisany powyżej sposób może sprawiać problem, to zdarzenia mnogie, takie jak wypadek komunikacyjny z udziałem kilku osób, wypadki masowe np. katastrofa kolejowa itp. W chwili wezwania użytkownik urządzenia nie wie, czy będzie w pierwszej kolejności udzielać pomocy dorosłemu czy dziecku, a to sprawia, że poza użyciem przycisków z pulpitu lub pokrętki (zgodnie z wymogiem SWZ) dodatkowo, już na miejscu zdarzenia, może zajść konieczność wymiany czujnika przepływu w układzie oddechowym pacjenta, wymagającej wyłączenia i włączenia urządzenia, tj. czynności opóźniających rozpoczęcie akcji ratunkowej a tym samym zmniejszających szanse uratowania życia poszkodowanych osób.

Odwołujący zaznaczył, że ww. kwestia była przedmiotem wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę Paramedica.

Odwołujący wskazał, iż zasadniczo zgadza się z twierdzeniem Wykonawcy Paramedica, że Zamawiający klarownie określił swoje wymagania dotyczące zamawianych respiratorów. W części „Parametry techniczne” formularza ofertowego Zamawiający jednoznacznie wskazuje przeznaczenie respiratora: „Respirator przeznaczony do wentylacji dorosłych, dzieci i niemowląt”. Zdaniem Odwołującego właśnie w tym kontekście należy odczytywać parametr „Rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym lub rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji za pomocą pokrętki na przednim panelu urządzenia”. Respirator, stanowiąc wyposażenie ambulansu, ma umożliwić natychmiastowe działanie w przypadku wentylacji dla dorosłych, dzieci i niemowląt. Tymczasem w przypadku respiratora Hersill Vitae 40 niezbędne są czynności dodatkowe: użytkownik musi sprawdzić i ewentualnie dopasować czujnik przepływu do wieku pacjenta, a nawet zrestartować urządzenie w przypadku wyboru

niewłaściwego trybu. Sam producent w instrukcji obsługi informuje wprowadzie o możliwości wentylacji niezgodnie z grupą wiekową (tj. z niewłaściwym czujnikiem), ale podkreśla jednocześnie, że jest to nie zalecane, jako stwarzające niebezpieczeństwo zwłaszcza dla dzieci i niemowląt. Trudno w tej kwestii doszukać się cechy natychmiastowej gotowości do pracy respiratora Hersill Vitae 40 do pracy w warunkach pogotowia ratunkowego, zgodnie z wymaganiami SWZ – urządzenie ma działać natychmiast, dla każdej grupy wiekowej wymaganej tj. dorośli, dzieci, niemowlęta – i ma być uruchamiane za pomocą przycisków na panelu głównym lub pokrętła, bez żadnych czynności dodatkowych. Załoga ambulansu w każdym momencie musi być gotowa do wykonania czynności medycznych niezależnie od grupy wiekowej pacjenta. Dynamika pracy, szybkość podejmowania decyzji, brak czasu na zastanawianie się, w jakiej konfiguracji pozostawić urządzenie, by mogło prawidłowo być użyte przez personel ponownie, nawet na miejscu pierwotnego zdarzenia z innym poszkodowanym, wymaga od sprzętu medycznego specyficznych cech i parametrów, które Zamawiający precyzyjnie opisał w postępowaniu. W przypadku respiratora Hersill Vitae 40 do prawidłowego działania trybów ratunkowych wymagana jest wymiana przewodów pacjenta z odpowiednim czujnikiem, co oznacza, że urządzenie nie jest gotowe do natychmiastowego działania z każdym pacjentem zgodnie z wymogiem opisu przedmiotu zamówienia. Personel cały czas musi mieć na uwadze, w jakiej konfiguracji jest urządzenie, jakie działania mogą być wykonywane. Przeczy to głównej idei, jaka przyświeca systemowi ratownictwa medycznego, którego częścią jest Zamawiający – niesienia pomocy w każdym momencie, na czas, zgodnie z aktualnymi standardami medycznymi.

### 3. Niezgodność z treścią SWZ polegająca na braku alarmu niskiego ciśnienia w drogach oddechowych

W treści formularza ofertowego Zamawiający wymagał, by oferowany respirator posiadał m.in. „alarm wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych”. W przedstawionej podczas rozprawy przed KIO (sygn. KIO 1834/22) tabeli, o której mowa w punkcie 2, Wykonawca Paramedica dowodził, że zaoferowany obecnie respirator Hersill Vitae 40 nie posiada alarmu niskiego ciśnienia w drogach oddechowych, co znalazło potwierdzenie w treści ustaleń Izby podsumowanych w uzasadnieniu wyroku (str. 13). Tymczasem w treści załączonej do oferty broszury Wykonawca potwierdza, że zaoferowany respirator spełnia ten parametr. Oznacza to, że Wykonawca Paramedica minął się z prawdą w trakcie rozprawy przed KIO albo mija się z prawdą w treści złożonej oferty. Odwołujący podkreślał, że w instrukcji obsługi respiratora Hersill Vitae 40 brak jest potwierdzenia, że posiada on ten alarm, co wskazuje na drugą z przywołanych powyżej możliwości. Odwołujący zauważył, że Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Paramedica o wyjaśnienie ww. kwestii.

Odnosząc się do wyjaśnień Wykonawcy Paramedica, Odwołujący stwierdził, co następuje:

1) Próbę interpretacji znaku „/” jako słowa „lub” w kontekście wymagania SWZ sformułowanego jako „alarm wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych” należy uznać za absurdalną. Oczywiście jest, że Zamawiający wymaga, by oferowany respirator posiadał zarówno alarm wysokiego ciśnienia w drogach oddechowych, jak i alarm niskiego ciśnienia w drogach oddechowych – oba te alarmy są bowiem istotne z punktu widzenia działań ratujących życie. Przyjęcie argumentu Wykonawcy Paramedica oznaczałoby, że dla Zamawiającego nie ma znaczenia, czy oferowane respiratory mają oba alarmy, czy też dowolny z nich, tj. że Zamawiający wymaga, by urządzenie posiadało przynajmniej jeden alarm ciśnienia, nieważne jaki. Jest to wniosek zupełnie nieracjonalny. Należy w tym miejscu podkreślić, że w trakcie rozprawy przed KIO (sygn. akt KIO 1834/22) Wykonawca Paramedica nie miał żadnych wątpliwości, że ww. wymóg SWZ dotyczący alarmów wysokiego i niskiego ciśnienia należy rozumieć jako wymaganie dwóch alarmów, nie zaś dowolnego z nich i na tej podstawie dowodził, że respirator Hersill Vitae 40 nie spełnia tego wymogu.

2) Wskazał, że efektem „trudu klaryfikacji” kwestii alarmu niskiego ciśnienia podjętego przez Wykonawcę Paramedica w porozumieniu z producentem zaoferowanego respiratora jest jedynie gołosłowne oświadczenie samego Wykonawcy, gdyż do przedłożonych wyjaśnień Wykonawca nie załączył żadnego dowodu potwierdzającego zreferowane stanowisko producenta – i już z tego powodu Zamawiający nie powinien uznać tych wyjaśnień za wiarygodne. Ponownie wskazał, na absurdalność tych wyjaśnień, zgodnie z którymi alarm „Średnie ciśnienie nieosiągnięte” jest tożsamy z alarmem niskiego ciśnienia w drogach oddechowych, wskutek używania przez producenta odmiennej nomenklatury. Alarm „Średnie ciśnienie nieosiągnięte” dotyczy, jak sama nazwa wskazuje, ciśnienia średniego – które, jak każdą wartość średnią, wylicza się z co najmniej dwóch innych wartości, większej i mniejszej. Wartość ciśnienia średniego zależy zarówno od ciśnienia wysokiego, jak i niskiego, co oznacza, że alarm „Ciśnienie średnie nieosiągnięte” może zostać wywołany wskutek spadku któregokolwiek z tych dwóch ciśnień. Utożsamianie tego alarmu z alarmem niskiego ciśnienia w drogach oddechowych jest więc całkowicie nieuprawnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu z punktu 1 odwołania Zamawiający podniósł, że odwołujący, ma z pewnością świadomość co do faktu związania zamawiającego procedurami prawa ustawy a dotyczących możliwości odrzucenia oferty. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 16-05-2022 sygn. akt: KIO 1115/22. Zamawiający wskazał, że w toku postępowania,



w ramach przysługujących zamawiającemu uprawnień, zamawiający zwracał się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w kwestiach, które budziły wątpliwości zamawiającego. Uzyskał odpowiedzi zapewniające o zgodności przedmiotu dostawy ze stawianymi mu w dokumentacji postępowania wymaganiami. Deklaracje przystępującego były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości zamawiającego stąd też zamawiający dokonał wyboru wykonawcy zgodnie z przeprowadzoną czynnością oceny ofert złożonych w toku postępowania.

W zakresie zarzutu z punktu 2 Zamawiający podniósł, że zarzut sprowadza się w zasadzie od dokonania oceny, jakiej dokonał i którą opisał odwołujący, czy wymogi stawiane przedmiotowi zamówienia przez zamawiającego w SWZ zostały wystarczająco jasno sformułowane, co wydaje się przyznają wszystkie strony postępowania, i czy oferta przystępującego nie powinna zostać odrzucona bowiem nie spełnia wymagań stawianych urządzeniu tj. 1. przeznaczenia do wentylacji dorosłych, dzieci i niemowląt i 2. rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym lub rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji za pomocą pokrętła na przednim panelu urządzenia. Zamawiający staje na stanowisku, iż takie sformułowania warunków SWZ odczytywać należy jako możliwość spełniania tych warunków ale nie w sposób łączny. Zamawiający godzi się na to, że przed podłączeniem urządzenia dokonać należało będzie korekt ustawień czy przełączenia czujników w zależności od tego czy pacjentem będzie dorosły, dziecko czy niemowlę. W ocenie zamawiającego czynności te mogą odbyć się bez wskazywanego przez odwołującego ryzyka dla zdrowia pacjenta, zwłaszcza że w większości sytuacji zespoły ratownicze otrzymują informację obejmującą wiek pacjenta, jego wagę itp. mogą zatem dostosować ustawienia sprzętu do prawdopodobnych potrzeb. Zgodnie z wiedzą zamawiającego Respirator Hersill posiada tryb rozpoczęcia ratunkowej wentylacji tylko osobny dla dorosłego, a osobny dla dziecka. Następuje to poprzez zmianę czujnika. W praktyce cały sprzęt do tzw. "szybkiego natarcia" jest przygotowany dla osób dorosłych. Zamawiający wskazał, że jeżeli zespół ratownictwa medycznego otrzymuje wezwanie do pacjenta pediatrycznego to w trakcie dotarcia przygotowuje sobie sprzęt m.in. wyjmując torbę pediatryczną, przygotowuje kardiomonitorem do pracy z pacjentem pediatrycznym. W ocenie zamawiającego odwołujący Resculine bardzo mocno nadinterpretuje kwestię wentylacji ratunkowej. Z praktycznego punktu widzenia zmiana czujnika nie ma znaczenia, bowiem ratownik wcześniej włączyłby respirator, aby sprawdzić nastawy na pacjenta pediatrycznego. Dodatkowo dyspozytor medyczny ma obowiązek ustalenia w trakcie rozmowy z osobą zgłaszającą ile waży dziecko potrzebujące pomocy i wysłać informacje zespołowi. Dlatego ratownicy wcześniej przygotowują sobie sprzęt dostosowując go do przypuszczalnego charakteru interwencji. Mając na uwadze zasadę rozstrzygnięcia wątpliwości wynikających z treści SWZ na korzyść wykonawcy (tak jak

np. wyrok KIO z dnia 06-06-2022 (KIO 1328/22), zamawiający uprawniony był do uznania, że sprzęt oferowany w ofercie przystępującego spełniał wymogi tak ukształtowanego dokumentu SWZ i dokonania wyboru wykonawcy uzyskującego największą ilość punktów.

Co zaś tyczy się zarzutów dotyczących „minięcia się z prawdą” przez przystępującego, zamawiający wskazał, że w toku postępowania firma Paramedica dostarczyła zamawiającemu dokument w postaci broszury, który opisuje posiadanie „alarmu wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych”. Dokument ten nie budził wątpliwości zamawiającego zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie był uprawniony do odwołania się do ówczesnych deklaracji przedsiębiorcy występującego w innym niż obecnie charakterze w postępowaniu odwoławczym. Jak wskazano w treści oświadczenia o przystąpieniu po stronie zamawiającego przystępujący przedstawi dowody dotyczące zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 grudnia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. wydruk ze słownika internetowego dot. słowa „obudowa”;
2. wyciąg z instrukcji użytkownika respiratora oferowanego przez Przystępującego wraz z tłumaczeniem;
3. analiza parametrów technicznych respiratorów, w tym oferowanego przez Przystępującego, złożona przez Przystępującego w ramach sprawy KIO 1834/22;
4. ulotka respiratora oferowanego przez Przystępującego złożona wraz z ofertą;
5. ulotka respiratora oferowanego przez Przystępującego zamieszczona na stronie internetowej Przystępującego – zrzut ekranu z 04.07.2022 roku;
6. sześć zdjęć respiratora oferowanego przez Przystępującego oraz trzy zdjęcia innych respiratorów dostępnych na rynku.

Ponadto Izba zaliczyła do akt sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj.:

1. wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Medumat Standard 2;
2. oświadczenie producenta sprzętu z dnia 18 listopada 2022 r. wraz z tłumaczeniem;
3. wymagania co do respiratora transportowego (tabela) autorstwa Zamawiającego złożone do akt sprawy KIO 2660/22.

Izba ustaliła, co następuje:

Załącznik nr 1 do SWZ stanowił Formularz ofertowy.

W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający określił wymagania respiratora transportowego dla dorosłych, dzieci i niemowląt. Wskazał m.in. następujące parametry:

- Urządzenie w zwartej i wytrzymałej obudowie, z możliwością zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu;
- Urządzenie wyposażone w torbę ochronną wykonaną z materiału typu PLAN zapobiegającemu dostaniu się zanieczyszczeń lub wody do przestrzeni urządzenia, umożliwiający swobodny dostęp do wszystkich funkcji;
- rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym lub rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji za pomocą pokrętki na przednim panelu urządzenia;
- alarm Wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców.

Wykonawca Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje respirator Hersill Vitae 40, rok produkcji 2022 spełniający m.in. ww. parametry. Do oferty Wykonawca załączył m.in. ulotkę dotyczącą ww. respiratora transportowego, z której

wynikało, że respirator posiada zwartą i wytrzymałą obudowę, umożliwia rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym, alarmy m.in. wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych. Jako opcjonalne wyposażenie wskazano: torbę ochronną wykonaną z materiału PLAN wraz z kieszenią na akcesoria zapobiegającą dostaniu się zanieczyszczeń lub wody do przestrzeni urządzenia, umożliwiającą swobodny dostęp do wszystkich funkcji. Możliwość zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, z uchwytem do przenoszenia w rękę i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu.

Pismem z dnia 7 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do ustosunkowania się do załączonego pisma (innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu) i udzielenia szczegółowych wyjaśnień, celem potwierdzenia, iż zaoferowane respiratory spełniają wymogi SWZ.

Pismem z dnia 8 listopada 2022 r. Przystępujący wyjaśnił m.in., że:

- pkt 4 - W przeciwieństwie do rozbudowanych, rzekomych wymagań i opisów działania „funkcji” przedstawionych zarzucie spółki Resculine w SWZ autorstwa Zamawiającego zawarto klarowny i precyzyjny wymóg cyt. „możliwość rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym”. Po dokonaniu wnikliwej analizy dokumentacji technicznej i konsultacjach z producentem sprzętu spółka oświadcza, że zaoferowane respiratory posiadają „możliwość rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym”. W SWZ nie określano wbrew twierdzeniom spółki Resculine - jakie mają być tryby, w ilu krokach mają być uruchamiane, nie opisywano potrzeb natychmiastowej możliwości przełączania pomiędzy dorosłym a dzieckiem. Wyimaginowane wymogi spółki Resculine, nie mają odzwierciedlenia w opisie technicznym urządzenia, wymaganego przez Zamawiającego w SWZ i stanowią kolejną próbę nadinterpretacji wymogu, celem anonsowania sprzedanego przez siebie produktu.
- pkt 5 - Po dokonaniu wnikliwej analizy dokumentacji technicznej i konsultacjach z producentem sprzętu spółka oświadcza, że zaoferowane urządzenie spełnia postawiony przez Zamawiającego w SWZ wymóg „alarm wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych”. W pierwszej kolejności użyty w SWZ w ww. opisie : znak „/” oznacza zarówno w j. polskim jak i interpretacji prawnej słowo „lub”, dlatego też warunek ten należy odczytywać odmiennie od sposobu przedstawionego przez spółkę Resculine. Zgodnie z literalnym zapisem SWZ spełnieniem warunków Zamawiającego byłoby posiadanie już tylko jednego z powyżej wymienionych alarmów. Kolejno wyjaśniając, spółka Paramedica Polska przed złożeniem oferty podjęła trud klaryfikacji tej kwestii u producenta sprzętu. Zgodnie z informacją pozyskaną od producenta alarm „Średnie ciśnienie nieosiągnięte”, w który wyposażony jest oferowany respirator jest tożsamy z alarmem

niskiego ciśnienia (producent używa jedynie odmiennej nomenklatury). W związku z powyższym, zaoferowany respirator Hersil Vitae 40, spełnia zarówno realne postawione w SWZ wymaganie Zamawiającego jak i dodatkowe wyimaginowane przez spółkę Resculine.

W dniu 16 listopada 2022 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Paramedica Polska Sp. z o.o. sp. k. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

#### Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

#### Niezgodność z treścią SWZ polegająca na przypisywaniu torbie ochronnej funkcji budowy urządzenia – zarzut zasadny

Potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że oferowany respirator transportowy nie spełnia wymogów dotyczących obudowy, ponieważ funkcje transportowe obudowy, realizowane były za pomocą torby ochronnej, a nie obudowy urządzenia jak opisano w dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecnictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że

zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Odnosząc się do zarzutu odwołania Izba wskazuje, że stanowisko podniesione przez Odwołującego było prawidłowe, zatem oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż Przystępujący w formularzu ofertowym potwierdził, że respirator Hersill Vitae 40 to *„urządzenie w zwartej i wytrzymałej obudowie, z możliwością zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu”*. Ponadto Wykonawca oświadczył, że urządzenie wyposażone jest *„w torbę ochronną wykonaną z materiału typu PLAN zapobiegającemu dostaniu się zanieczyszczeń lub wody do przestrzeni urządzenia, umożliwiającą swobodny dostęp do wszystkich funkcji”*. Jednocześnie z załączonej do oferty ulotki urządzenia wynika, że respirator ma *„zwartą i wytrzymałą obudowę”*, a jako opcjonalne wyposażenie wskazano *„torbę ochronną wykonaną z materiału PLAN wraz z kieszenią na akcesoria zapobiegającą dostaniu się zanieczyszczeń lub wody do przestrzeni urządzenia, umożliwiającą swobodny dostęp do wszystkich funkcji. Możliwość zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu.”* Ze złożonej przez Wykonawcę ulotki respiratora wynika zatem, iż funkcje transportowe, tj. możliwość zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, uchwyt do przenoszenia w ręku oraz pasek umożliwiający zawieszenie na ramieniu realizowane były za pomocą torby ochronnej stanowiącej w świetle postanowień SWZ odrębny wymóg, nie zaś przez urządzenie, a w istocie jego obudowę. Powyższe pozostaje w sprzeczności z deklaracją Przystępującego złożoną w formularzu ofertowym, w którym Wykonawca potwierdził spełnianie wymagań dotyczących obudowy i torby ochronnej przez dokładne powtórzenie opisu parametrów wymaganych, tj. wskazując, że oferowany respirator posiada obudowę z możliwością zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym przenoszenie na ramieniu, oraz odrębnie torbę ochronną. Jednocześnie złożone przez Odwołującego w toku rozprawy zdjęcia respiratora Hersill Vitae 40 nie wskazywały na możliwość realizacji przez obudowę respiratora funkcji transportowych.

Słusznie argumentował Odwołujący, że z konstrukcji dokumentów zamówienia, w szczególności opisu wierszy dwa i trzy formularza ofertowego wynika, że Zamawiający sformułował dwa niezależne od siebie wymogi. Po pierwsze Zamawiający wskazał, aby urządzenie miało zwartą i wytrzymałą obudowę oraz po drugie było wyposażone w torbę ochronną. Dalej zauważyć należy, iż w wierszu dotyczącym obudowy Zamawiający po określeniu, że urządzenie ma być w zwartej i wytrzymałej obudowie uszczegółowił „z możliwością zawieszenia na ramię łóżka, noszy lub na wózku medycznym, z uchwytem do przenoszenia w ręku i paskiem umożliwiającym zawieszenie na ramieniu”. Tym samym całościowa analiza ww. pozycji formularza ofertowego jednoznacznie wskazuje, że oferowany respirator miał posiadać zwartą i wytrzymałą obudowę realizującą trzy określone funkcje transportowe (możliwość zawieszenia na ramie łóżka, noszy lub na wózku medycznym, uchwyt do przenoszenia w ręku oraz pasek do zawieszenia na ramieniu). Z kolei torba ochronna, stanowiąca odrębną pozycję formularza ofertowego, miała pełnić funkcję ochronną zapobiegającą dostaniu się do urządzenia zanieczyszczeń lub wody. Podkreślenia wymaga, iż wymienione powyżej funkcje transportowe zostały wyraźnie ujęte w pozycji dotyczącej obudowy, nie zaś w pozycji dotyczącej torby ochronnej, której Zamawiający przypisał zapewnienie innych funkcji. Trudno zatem w kontekście wymogów postawionych w specyfikacji warunków zamówienia zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, iż torba ochronna jest elementem składowym urządzenia, ergo jest zatem także urządzeniem. W tym miejscu w ocenie Izby należy podkreślić, iż Zamawiający nie zakwestionował rozumienia treści SWZ prezentowanej przez Odwołującego w omówionym powyżej zakresie.

Co do podnoszonej przez Przystępującego kwestii braku realizacji funkcji transportowych przez respirator (jego obudowę) oferowany przez Odwołującego wskazać należy, że gdyby nawet przyjąć wykładnię względniejszą dla wykonawców, iż obudową urządzenia jest jego zewnętrzna część, jak również pewna konstrukcja (platforma) przenośna, w której montowane jest urządzenie (por. str. 97 instrukcji obsługi urządzenia Medumat Standard 2), to jednak za obudowę nie sposób uznać torby ochronnej. Nie sposób bowiem stwierdzić, że torba stanowi zwartą i wytrzymałą obudowę urządzenia. Ponadto złożone przez Odwołującego w toku rozprawy zdjęcia dostępnych na rynku respiratorów potwierdzają możliwość realizacji funkcji transportowych wymaganych w specyfikacji przez obudowę urządzenia.

W świetle powyższego oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie w jakim polegała na przypisaniu torbie ochronnej funkcji obudowy urządzenia.

Niezgodność z treścią SWZ polegająca na braku możliwości rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych – zarzut niezasadny

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że oferowany respirator transportowy nie spełnia parametru technicznego *„Rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji w trybach ratunkowych za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym lub rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji za pomocą pokrętła na przednim panelu urządzenia”*.

Bezsporne było, że w formularzu ofertowym oraz załączonej do oferty ulotce respiratora Przystępujący oświadczył, iż urządzenie Hersill Vitae 40 spełnia ww. funkcjonalność za pomocą przycisków umieszczonych na panelu głównym.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowym respirator nie posiada funkcji „trybów ratunkowych” w takim rozumieniu, jak tego wymaga Zamawiający. Odwołujący uzasadniał, że respirator umożliwia wprawdzie wentylację z predefiniowanymi ustawieniami, ale włączenie wentylacji nie jest intuicyjne i szybkie, a tego oczekiwał Zamawiający, poprzez wymóg, aby wentylacja następowała natychmiastowo. Wskazywał, że respirator musi mieć zainstalowany czujnik Flow-P dla dorosłych (Adult) albo czujnik Flow-P dla dzieci (Pediatric), który ze względów bezpieczeństwa winien być zmieniany w zależności od tego, czy pacjentem jest dorosły, czy dziecko, a przy pomyłce i błędnym wyborze grupy wiekowej urządzenie trzeba wyłączyć i ponownie włączyć, co wyklucza możliwość rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji.

Odnosząc się do postawionego zarzutu wskazać należy, iż treść dokumentów zamówienia nie daje podstaw do przyjęcia rozumienia ww. funkcjonalności w sposób prezentowany przez Odwołującego. Zauważyć należy, iż Zamawiający opisał omawianą funkcjonalność ogólnie, ograniczając się do wymogu rozpoczęcia natychmiastowej wentylacji za pomocą przycisków lub pokrętła. Zamawiający nie sprecyzował, że rozpoczęcie natychmiastowej wentylacji ma uwzględniać potrzebę nagłej zmiany grupy wiekowej pacjenta, na co wskazywał Odwołujący. Zamawiający nie podał w wymaganych parametrach czasu w jakim taka zmiana ustawień urządzenia winna nastąpić. Słusznie w ocenie Izby w wyjaśnieniach z dnia 8 listopada 2022 r. Przystępujący podniósł, że *„W SWZ nie określano wbrew twierdzeniom spółki Resculine - jakie mają być tryby, w ilu krokach mają być uruchamiane, nie opisywano potrzeb natychmiastowej możliwości przełączania pomiędzy dorosłym a dzieckiem”*. Co więcej, rozumienia wymogu specyfikacji prezentowanego przez Odwołującego nie podzielał sam Zamawiający, który wskazał, że *„godzi się na to, że przed podłączeniem urządzenia dokonać należało będzie korekt ustawień czy przełączenia czujników w zależności od tego czy pacjentem będzie dorosły, dziecko czy niemowlę”*. Ponadto zauważyć należy, iż stanowisko Przystępującego co do przedmiotowej



funkcjonalności zostało poparte oświadczeniem producenta urządzenia z dnia 18 listopada 2022 r., a Izba nie znalazła podstaw do podważenia jego wiarygodności.

Za bez znaczenia, w kontekście wymogów Zamawiającego, należało uznać złożoną do akt sprawy instrukcję użytkownika urządzenia oferowanego przez Przystępującego wraz z tłumaczeniem (str. 51 i 52).

Co do złożonej przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1834/22 tabeli zawierającej zestawienie cech kilku dostępnych na rynku respiratorów wskazującej, iż oferowany przez Wykonawcę respirator nie posiada omawianej funkcjonalności wskazać należy, że ww. dokument został przygotowany przez dział techniczny Wykonawcy na moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o powszechnie dostępną instrukcję urządzenia, w której nie ma mowy wprost o niniejszej funkcjonalności, co nie oznacza, że wymagany parametr nie został spełniony. Jednocześnie jak wyjaśniono w toku rozprawy, pierwotnie Przystępujący rozważał zaoferowanie innego produktu, tj. Parapac Plus, a dopiero na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, dostrzegł możliwość zaoferowania innego urządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak również mając na uwadze, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi wynikać wprost z dokumentów zamówienia i nie może być domniemywana, podniesiony zarzut podlegał oddaleniu.

#### Niezgodność z treścią SWZ polegająca na braku alarmu niskiego ciśnienia w drogach oddechowych – zarzut niezasadny

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że oferowany respirator transportowy nie posiada alarmu niskiego ciśnienia w drogach oddechowych.

Poza sporem było, że w formularzu ofertowym oraz załączonej do oferty ulotce respiratora Przystępujący oświadczył, że urządzenie Hersill Vitae 40 spełnia parametr „wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych”. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie twierdził, iż ww. urządzenie nie posiada alarmu wysokiego poziomu ciśnienia.

Odnosząc się do ww. zarzutu należy zwrócić uwagę na sposób sformułowania wymogu zawartego w specyfikacji, tj. alarm „wysokiego/niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych”. W ocenie Izby konstrukcja ww. parametru technicznego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wskazuje, że zamawiane urządzenie winno być wyposażone w obydwa alarmy, nawet jeśli takie było oczekiwanie Zamawiającego. Użytego przez Zamawiającego znaku „/” nie należy odczytywać jako spójnika „i”. Zastosowany przez Zamawiającego ukośnik to znak graficzny pełniący różne funkcje w języku pisany. Ukośnika używa się między innymi zamiast albo, lub, na, za, a także do rozdzielania słów,

liczb i całych wyrażen. Na powyższe rozumienie użytego przez Zamawiającego znaku graficznego zwrócił uwagę także Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 8 listopada 2022 r. Wobec powyższego podniesiony zarzut był bezzasadny już tylko z tej przyczyny, iż nie było kwestionowane, że urządzenie Hersill Vitae 40 posiada jeden z ww. alarmów, tj. alarm wysokiego poziomu ciśnienia.

Ponadto Odwołujący wbrew regule określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał, że wskazany przez Przystępującego alarm „Średnie ciśnienie nieosiągnięte”, w który wyposażony jest respirator Hersill Vitae 40, nie może być utożsamiany z alarmem niskiego poziomu ciśnienia. W powyższym zakresie Odwołujący poprzestał li tylko na własnej interpretacji określenia „ciśnienie średnie”, które jak twierdził, wylicza się z co najmniej dwóch innych wartości, większej i mniejszej. Odwołujący nie dokonał jednak faktycznej analizy funkcjonalności urządzenia i nie podważył stanowiska Przystępującego, który uzasadniał, że alarm „średnie ciśnienie nieosiągnięte”, to w istocie inna nomenklatura na alarm niskiego ciśnienia, co potwierdził producent urządzenia w oświadczeniu z dnia 18 listopada 2022 r. (alarm 104 – ciśnienie w drogach oddechowych nieosiągnięte).

W zakresie kwestii dotyczącej tabeli złożonej przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1834/22 Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej, tym samym niezasadne jest jej powielanie. Jednocześnie, bez znaczenia dla rozpoznania istoty sporu, w świetle postanowień specyfikacji, Izba uznała złożoną przez Odwołującego ulotkę respiratora Vitae 40 dostępną na stronie internetowej Przystępującego w dniu 4 lipca 2022 r. Ponadto okoliczność, iż w ww. dokumencie jest mowa o „alarmach” w sposób ogólny nie potwierdza, że respirator Hersill Vitae 40 nie posiada alarmu niskiego poziomu ciśnienia w drogach oddechowych.

Wobec powyższego ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w trzech aspektach. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 oraz nie uwzględniła zarzutów nr 2 i 3.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania

odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł (łącznie 18 600 zł 00 gr). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 12 400 zł ( $18\ 600\ \text{zł} \times 2/3$ ). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 600 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....