

Sygn. akt: KIO 2585/21

**WYROK**  
**z dnia 27 września 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2021 r. przez Odwołującego – **BTL Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Leonidasa 49, 02-239 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szpital Powiatowy im. Jana Mikulicza w Biskupcu**, ul. Armii Krajowej 8, 11-300 Biskupiec

przy udziale

Wykonawcy – **S. Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Rolna 157, 02-729 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 **Oddala odwołanie.**
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – BTL Polska Sp. z o.o. i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.583 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące pięćset osiemdziesiąt trzy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji przez Zamawiającego – Szpital Powiatowy im. Jana Mikulicza w Biskupcu na dostawę sprzętu medycznego w ramach realizacji projektu RPWM.09.01.01-28-0080/20 (nr ref.: TP/11/21), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31.05.2021 r., nr 2021/BZP 00069425/01, wobec czynności badania, oceny i odrzucenia oferty BTL Polska Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. Poland Sp. z o.o. i dokonania jej wyboru na część 1 zamówienia, wykonawca BTL Polska Sp. z o.o. wniósł 31 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2585/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności w zakresie zarzucania Odwołującemu kolejnych podstaw niezgodności oferty przy braku takiej skrupulatności przy ocenie oferty S. Poland Sp. z o.o.;
- 2) art. 74 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania pomimo złożonego wniosku;
- 3) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez niedostateczne zastosowanie wyjaśnień dotyczących treści oferty;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego zastosowanie wynikające z błędnego przyjęcia wystąpienia przesłanki do odrzucenia oferty BTL;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. Poland Sp. z o.o.;
- 6) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza i nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26.08.2021 r., nakazanie niezwłocznego udostępnienia protokołu postępowania, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego, odrzucenie oferty S. Poland Sp. z o.o. lub nakazanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na część 1 zamówienia w dniu 26.08.2021 r.

Odwołujący kwestionując te czynności podniósł, iż stwierdzenie niespełniania przez oferowany asortyment – cykloergometr, wymagań Zamawiającego jest nieprawdziwe, niezgodne z AITU, oświadczeniami Wykonawcy i stanem faktycznym. Zamawiający wskazywał na oświadczenie producenta uznając, iż dotyczy ono produktu, który fizycznie nie istniał w momencie składania oferty, co jednak zdaniem Odwołującego nie było uprawnione, gdyż w swz nie było wymogu, aby produkt był gotowy na dzień złożenia oferty. Również w przypadku konkurentów, produkty przez nich oferowane będą dopiero zamawiane po uzyskaniu zamówienia. Zamawiający wielokrotnie otrzymywał zapewnienia, iż dostarczony produkt będzie spełniał wymagania określone w warunkach zamówienia. Odrzucił ofertę Odwołującego „pod pretekstem”, który w stosunku do innych wykonawców nie został sprawdzony. Zamawiający traktuje jako wiążące dokumenty (w tym deklaracja zgodności) złożone wraz z ofertą, które dotyczą cykloergometru „Ergoselect 100P-BP” w wersji, która nie posiada regulacji wysokości kierownicy. Zamawiający domniemywa, że Wykonawca nie jest w stanie złożyć dokumentów, które nie były wymagane w sposób zgodny z ustawą. Zamawiający nie zakazał stosowania rozwiązań niestandardowych, jak również nie wyjaśnił w przypadku pozostałych ofert czy zaoferowane przez innych Wykonawców rozwiązania są standardowe czy nie.

Firma S. Poland Sp. z o.o., która nieprecyzyjnie określiła swój produkt, również zaoferowała produkt niestandardowy, który zgodnie z AITU ma cechy dwóch różnych produktów, których Zamawiający nie zweryfikował (brak wyjaśnienia czy taki niestandardowy produkt istnieje).

Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy zażądał, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, złożenia certyfikatu wraz z wyjaśnieniami. Artykuł ten przewiduje żądanie wyjaśnień od wykonawcy, a nie żądanie złożenia dokumentów przedmiotowych lub podmiotowych lub innych – w przeciwieństwie, np. do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Mimo przekroczenia uprawnień Wykonawca przedstawił certyfikat zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego. Wykonawca starał się wyjaśnieniami rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego i niejednokrotnie informował o poprawności swojej oferty i zgodności oferowanego produktu z wymaganiami zamówienia.

W ramach wyjaśnień Zamawiający próbował zmienić wymagania oczekując podania w AITU konkretnego rozwiązania technicznego, o którym nie było wcześniej mowy. Zamawiający oczekiwał jednoznacznego wyjaśnienia, czy oferowany cykloergometr Ergoselect 100P-BP posiada regulację wysokości kolumny kierownicy, zaś w AITU zapis brzmi: „Regulacja wysokości siodełka i kierownicy dla pacjenta o wzroście do 200 cm”. Regulacja kolumny kierownicy jest innym parametrem od opisanej regulacji wysokości kierownicy.

Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Reynolds Medical sp z o.o. za zgodną z swz, a wykonawca ten zaoferował taki sam produkt co Odwołujący. Zamawiający jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego uznał brak informacji w AITU, a nie niespełnienie wymagań przez oferowany asortyment.

Niezgodne z ustawą odrzucenie oferty BTL skutkuje wyborem oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejszą. Wykonawca wybrany również zaoferował produkt niestandardowy, tj. ergometr Ergoselect 4, który zgodnie z załączoną deklaracją nie posiada modułu pomiaru ciśnienia krwi i zgodnie z nomenklaturą producenta powinien być zaoferowany model Ergoselect 4 B (posiada wymagany moduł). Zamawiający nawet nie wyjaśnił z Wykonawcą tych wątpliwości, chociaż wykonawca nie sprecyzował jaki konkretnie model oferuje. Podana waga 66 kg zgodnie z kartą katalogową charakteryzuje podstawowy model urządzenia bez dodatkowej regulacji wysokości kolumny kierownicy. Wykonawca nie wskazał, aby oferował elektryczną regulację wysokości, co jest opcją dodatkową w tym modelu urządzenia. Pod literą L kryje się oznaczenie elektrycznej regulacji wysokości kolumny kierownicy. Zaoferowanie jednego ze wskazanych modeli (B lub L) oznacza spełnienie tylko jednego z tych warunków i wskazuje, że zaoferowany produkt jest niezgodny z wymaganiami zamówienia.

Ponadto firma S. Poland nie podała zastosowanego modelu panelu sterowania z dostępnych o oznaczeniu M, P, T, przez co nie jest możliwe określenie jaki model urządzenia został zaoferowany. Każdy z paneli posiada inną cenę i funkcjonalność co wpływa na finalną wartość ergometru.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca S. Poland Sp. z o.o.

W piśmie z 15.09.2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Zamawiający odrzucił ofertę BTL Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodną z wymaganiem wskazanym w „Arkuszu informacji techniczno-użytkowych nr 1”, aby oferowany cykloergometr posiadał „Regulację wysokości siodełka i kierownicy dla pacjenta o wzroście do 200 cm” (pkt 40). Pozwala to na ustawienie wysokości siodełka i wysokości kierownicy w pozycji dostosowanej do wzrostu pacjenta (regulacja górą-dół). Wyjaśnienia Wykonawcy nie rozwiewały wątpliwości i nie przekonały o spełnianiu parametru.

Zamawiający przekazał Odwołującemu protokół postępowania 8.09.2021 r., które to opóźnienie nie powodowało negatywnych skutków prawnych dla Wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, iż zaoferowany cykloergometr Ergoselect 100P-BP nie posiada regulacji wysokości kierownicy. Wątpliwości Zamawiającego budzi fakt, iż oferowany produkt ma zostać wyprodukowany na specjalne zamówienie, co zostało wskazane w pierwszych wyjaśnieniach Odwołującego oraz oświadczeniu producenta. W przypadku zaoferowanego urządzenia „Instrukcja użytkownika” wskazuje, że model ten nie posiada wymaganej funkcjonalności.

Załączony do odwołania link do filmu odnosi się do możliwości ustawienia kierownicy pod różnym kątem, co potwierdza inny parametr, tj. z pkt 39 AITU (str. 16 „Instrukcji użytkownika”). Brak regulacji wysokości kolumny kierownicy nie daje możliwości ustawienia części poprzecznej kierownicy na tej samej wysokości co siodło, a także ze względu na zróżnicowany wzrost pacjenta, może uniemożliwiać zajęcie pozycji wyprostowanej.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby urządzenie zaoferowane w ofercie wybranej (S. Poland Sp. z o.o.) nie spełniało parametrów technicznych opisanych w warunkach zamówienia.

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania. Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzut związany z brakiem przekazania protokołu postępowania, co ostatecznie nastąpiło w późniejszym terminie (po złożeniu odwołania).

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej (konkurencyjnej) oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Utrzymanie w mocy tej decyzji pozbawia Odwołującego szansy na wzruszenie wyniku postępowania i uzyskanie zamówienia i jego realizację, co ma wymiar ekonomicznie dla wykonawcy niekorzystny.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego ujętego w pięciu pakietach. Wykonawcy mogli składać oferty na dowolną ilość pakietów. W ramach danego pakietu należało złożyć ofertę na całość zamówienia objętego danym pakietem.

Zamawiający w Arkuszu informacji technicznych nr 1 opisał wymagania dla cykloergometru wskazując w poz. 39 tabeli na „Regulowany kąt ustawienia kierownicy min. 180°”, a w poz. 40 tabeli na: „Regulacja wysokości siodełka i kierownicy dla pacjenta o wzroście do 200 cm”.

Wykonawcy wypełniali arkusz składając pod nim oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że oferowany przez nas wyżej wyspecyfikowany zestaw jest fabrycznie nowy, kompletny i będzie gotowy do pracy bez dodatkowych nakładów i bez konieczności zakupu dodatkowego wyposażenia (zawiera wszystkie kable i łączniki potrzebne do uruchomienia wszystkich wyspecyfikowanych powyżej funkcji). Wszystkie wyspecyfikowane powyżej urządzenia są kompatybilne / zgodne z oferowanym oprogramowaniem i tworzą zintegrowany system rehabilitacji kardiologicznej”.

W uwadze Zamawiający wskazał, iż „Nie spełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty. Nie wypełnienie rubryki „Parametry i wartości oferowane” będzie traktowane jako brak danego parametru, funkcji, wyposażenia, itd.”

Odwołujący wskazał w Arkuszu na oferowany cykloergometr 7 szt. Ergoselect 100 BP deklarując: regulowany kąt ustawienia kierownicy 360° oraz regulację wysokości siodełka i kierownicy dla pacjenta o wzroście do 200 cm. Wraz z ofertą złożona została karta katalogowa dla tego wyrobu medycznego opatrzona oznaczeniem BTL Polska Sp. z o.o. W karcie tej podano podstawowe dane o produkcie firmy Ergoline GmbH, w tym w pkt 9 wskazano na regulację wysokości siodełka i kierownicy dla pacjenta o wzroście do 200 cm.

W zawiadomieniu z 26.08.,2021 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w pakiecie nr 1 Zamawiający wskazał, iż zaoferowany cykloergometr 100P-BP nie spełnia zadeklarowanego w załączniku do oferty (arkusz AITU) parametru w zakresie możliwości regulacji wysokości kierownicy (pkt 40), na co wskazują zdjęcia zamieszczone w karcie katalogowej (brak pokrętła przy kierownicy do regulacji wysokości) oraz informacje zamieszczone w „Deklaracji zgodności” (wśród akcesoriów wymieniona jest jedynie „regulacja poziomu siodełka”), a także informacje zamieszczone w „Instrukcji obsługi” dla modelu Ergoselect 100/150/200.

Na str. 10 „Instrukcji obsługi” w opisie elementu nr 5 wskazano: „Regulacja wysokości kierownicy (tylko ergoselect 150/200)”, dalej na stronie 16: „W modelu ergoselect 150/200 wysokość kierownicy można dodatkowo regulować przy użyciu dźwigni zaciskowej 2, część poprzeczna powinna być mniej więcej na tej samej wysokości co siodełko”, a pod rysunkiem opis: „Regulacja wysokości kierownicy (tylko ergoselect 150/200), na str. 49 (dot. „regulacji kierownicy”): „ergoselect 100: stała kolumna kierownicy; ergoselect 150/200: kolumna kierownicy z regulacją wysokości”.

Pismem z 10.08.2021 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 233 ust. 1 Ustawy BTL Polska Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty, m.in. w zakresie parametru z poz. 40 AITU nr 1 do jednoznacznego wskazania, czy oferowany cykloergometr Ergoselect 100P-BP posiada regulację wysokości kolumny kierownicy rozumianej jako regulacja ustawienia wysokości kierownicy w zakresie góra-dół, zgodnie z wymaganiem podanym w pkt. 40 „Arkusza informacji techniczno-użytkowych nr 1”?

W odpowiedzi z 12.08.2021 r. Wykonawca potwierdził prawdziwość oświadczenia złożonego w pkt 40 AITU, że oferowany cykloergometr „Ergoselect 100P BP” posiada regulację wysokości kierownicy. Dodatkowo Wykonawca poinformował o zawartym porozumieniu z producentem firmą Ergoline GmbH z siedzibą w Bitz, iż na zamówienie Wykonawcy wyposaży oferowany cykloergometr w regulację wysokości kierownicy, co potwierdził oświadczeniem producenta z 17.07.2021 r.

Zamawiający stwierdził, iż w oświadczeniu nie ma mowy o jakiegokolwiek umowie współpracy z BTL Polska Sp. z o.o., nie ma również podanej nazwy adresata, co budzi wątpliwości dotyczące źródła pochodzenia oświadczenia lub celu wystawienia takiego oświadczenia. Jednocześnie producent oświadczył o: „Możliwa jest opcja wyposażenia ergoselect 100 w ręczną regulację wysokości kierownicy. Tego udogodnienia nie można zamontować na już istniejącym modelu, musi zostać uwzględnione w pierwotnym zamówieniu”.

Pismem z 19.08.2021 r. Zamawiający wezwał do dalszych wyjaśnień w celu ustalenia, jaką nazwę będzie posiadał zmodyfikowany cykloergometr wyposażony opcjonalnie w regulację wysokości kierownicy, jak również czy producent Ergoline GmbH lub Wykonawca BTL Polska Sp. z o.o. posiadają certyfikat potwierdzający zgodność z wymaganiami zasadniczymi tak zmodyfikowanego wyrobu medycznego. Jeżeli tak, to Zamawiający żąda przedstawienia takiego certyfikatu i dołączenie go do wyjaśnień.

W piśmie z 23.08.2021 r. Wykonawca odnosząc się do wątpliwości wskazanych w wezwaniu oświadczył, iż:



1. W ramach wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego informuję, iż zaoferowany przez Nas produkt (cykloergometr) spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ. Nazwa podana przez Wykonawcę w ofercie jest „Ergoselect 100” jest nazwą modelu bazowego.

2. Potwierdzamy, iż zaoferowany przez Nas produkt spełnia wymóg: „Regulacja wysokości siodełka i kierownicy dla pacjenta o wzroście do 200 cm”.

3. Wykonawca posiada certyfikat potwierdzający zgodność z wymaganiami zasadniczymi cykloergometru wyposażonego opcjonalnie w ręczną regulację kierownicy (został przekazany Zamawiającemu wraz z ofertą, nazwa pliku „Deklaracje Zgodności Komplet Dokumentów”).

4. Zaoferowany przez Nas produkt spełnia te same wymagania co produkt zaoferowany przez firmę S. Poland Sp. z o.o., co do którego Zamawiający nie wykazał żadnych wątpliwości.

Odrzucając ofertę Zamawiający ocenił, iż przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w żaden sposób nie rozwiały wątpliwości i niejasności wynikających z treści oferty i nie przedstawiły nic nowego, co by wskazywało na zgodność oferty z wymaganiami swz.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, iż zaoferowany podstawowy model urządzenia, tj. Ergoselect 100 BP - Po doposażeniu bazowego modelu „100” o możliwość regulacji wysokości kolumny kierownicy (górze/dół) zaoferowane urządzenie opisane będzie, jako model „150” posiadający wymaganą funkcjonalność dodatkowo wskazaną w trakcie wyjaśnień przez Zamawiającego.

Złożone na rozprawie oświadczenie producenta Ergoline GmbH dotyczące urządzenia ergoselect 100 (nr artykułu 1611010), 150 (nr artykułu 161500) i 200 (nr artykułu 1612010) wskazuje, że pakiet Comfort do ergoselect 100 zapewni podwójną regulację kierownicy, tj. obrót uchwytu 360 stopni oraz regulację wysokości kierownicy. Bez tego pakietu urządzenie nie posiada regulacji wysokości kierownicy. Po doposażeniu w opcje pakietu Comfort etykieta ergometru zostanie zamieniona na następujące typy: erg.161500 ergoselect 150 lub erg. 1612010 ergoselect 200.

Wykonawca S. w pakiecie nr 1 zaoferował cykloergometr Ergoselect 4 wskazując w Arkuszu parametry urządzenia.

W świetle przeprowadzonych dowodów, w tym dowodu ze specyfikacji technicznej produktu Ergoselect 100/150/200 oraz Ergoselect 4 M/P/T, jak również oświadczenia producenta Ergoline GmbH Izba oddaliła odwołanie w całości, tj. tak w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty BTL, jak i wyboru jako najkorzystniejszej oferty S..

Izba uznała, iż zaoferowany przez Odwołującego produkt ergoselect 100 nie spełnia wszystkich parametrów technicznych, tj. nie posiada funkcji regulacji wysokości kierownicy opisanej w poz. 40 AITU. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę i wyjaśnienia Wykonawcy, które nie pozwalały na uznanie, iż produkt wskazany w ofercie zostanie dostarczony z wyposażeniem spełniającym warunki dostawy. Izba nie przyjęła jako przekonującej argumentacji Odwołującego, iż możliwość regulacji kąta kierownicy pozwala na zmianę wysokości kierownicy w sposób, jaki oczekiwał tego Zamawiający. W tej sytuacji zmiana położenia kierownicy nie jest wynikiem regulacji jej wysokości (kolumny kierownicy) – a taką funkcjonalność miało mieć urządzenie. Przedłożone dowody wskazują jednoznacznie, iż artykuł 1611010 (ergoselect 100) nie posiada podwójnej regulacji kierownicy, a regulacja wysokości kierownicy dostępna jest w produktach ergoselect 150 (mechaniczna regulacja wysokości kierownicy) oraz ergoselect 200 (mechaniczna regulacja wysokości kierownicy). Odwołujący składając oświadczenie, iż doposażenie bazowego modelu ergoselect 100 (ze stałą kolumną kierownicy) w dodatkową funkcjonalność – regulacji wysokości kierownicy (kolumny kierownicy) będzie prowadziło do zmiany oznaczenia produktu na ergoselect 150, potwierdził, iż dostarczony byłby inny artykuł, niż wskazany pierwotnie w ofercie.

Okoliczności ustalone na podstawie dowodów i wyjaśnień wskazują, iż przedmiotem oferty Odwołującego jest produkt gotowy, dostępny u producenta Ergoline w ramach oferowanych modeli urządzeń posiadających różne funkcjonalności opisane w specyfikacji technicznej. Doposażenie modelu podstawowego (ergo selekt 100) w dodatkową funkcjonalność, co Odwołujący prezentował jako proces dostępny przy składaniu zamówienia, faktycznie należy rozumieć, jako konieczność zmiany parametru, który identyfikuje inny model dostępny u tego producenta, co prowadzić będzie do złożenia zamówienia na model inny, niż wskazany w ofercie. Potwierdza to oświadczenie producenta, który jednoznacznie wskazał na zmianę typu urządzenia dostępnego w sprzedaży.

Odwołujący nie wykazał również zasadności zarzutów kierowanych wobec oferty wybranej wskazując błędnie, iż w obu ofertach w pakiecie nr 1 zaoferowany został ten sam produkt, tj. ergoselect 100. Na rozprawie okoliczność ta została ostatecznie wyjaśniona i potwierdzona w dokumentach postępowania, które wskazują, iż S. zaferował urządzenie ergoselect 4, który jest innym modelem występującym w obrocie pod nr artykułu 191001. Dostępność opcji i akcesoriów dla tego artykułu została potwierdzona dowodem – deklaracją zgodności producenta, w której opisane zostały funkcjonalności dostępne dla tego urządzenia określane skrótowo literami. Brak wskazania w Arkuszu tych liter nie przesądza o niezgodności produktu z wymaganiami zamówienia. Wykonawca potwierdził w ofercie dostawę urządzenia w wyposażeniu spełniającym warunki techniczne, dostępne dla tego urządzenia. Złożone zdjęcia etykiet również nie potwierdziły zarzutów odwołania, gdyż w

przypadku modeli ergoselct 4 i ergoselect 5 na etykietach występuje nr artykułu, odpowiednio 191001 i 191002 z dodatkowym opisem literowym. Wskazanie zatem w ofercie na model ergoselect 4 pozwala na ustalenie, że urządzenie to może być dostarczone w takiej konfiguracji, jaką zadeklarował Wykonawca w ofercie (jest ona dostępna u producenta urządzenia). Nie można sytuacji tej porównywać z tą jaka dotyczyła oferty Odwołującego, gdzie wskazany model urządzenia nie ma funkcjonalności wymaganych w swz, a ich spełnienie wymaga dostawy innego modelu (ergoselect 150 lub 200). Okoliczności ustalone w sprawie wskazują na błąd Wykonawcy, który oferując urządzenie ergoselct 100 nie sprawdził, czy spełni ono wszystkie parametry techniczne oczekiwane przez Zamawiającego. Próba wyjaśnienia tej sytuacji faktycznie prowadzi do wniosku, iż na etapie realizacji zamówienia zachodziłaby konieczność zmiany przedmiotu świadczenia na inny model niż wskazany w ofercie, tak aby spełnić warunki dostawy. Zamawiający prawidłowo uznał, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z swz, co musiało prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 7.500,00 zł. oraz koszty poniesione przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości stwierdzonej rachunkiem złożonym na rozprawie na kwotę 3.583,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**