Sygn. akt: KIO 2922/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Medplace.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 22 Wojskowy Szpital Uzdrowiskowo-Rehabilitacyjny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Ciechocinku,

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Investmed-Investcars-A. sp. k. z siedzibą w Koninie,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Medplace.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 2922/24

Uzasadnienie

22 Wojskowy Szpital Uzdrowiskowo-Rehabilitacyjny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Ciechocinku (dalej: „Zamawiający” oraz „Szpital”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pod nazwą: „Dostawa urządzenia do bezinwazyjnej elastografii wątroby dla 22 Wojskowego Szpitala Uzdrowiskowo-Rehabilitacyjnego SPZOZ w Ciechocinku” (Nr referencyjny: 6/TP1/D/7, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00412819/01.

12 sierpnia 2024 r. wykonawca Medplace.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący” lub „Medplace.pl”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp poprzez podjęcie następujących czynności i zaniechania następujących czynności w Postępowaniu:

1. naruszenie przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przez wybór przedmiotu zamówienia na podstawie wskazania tylko znaków towarowych jako kryterium wyboru wybranego przedmiotu zamówienia, naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji pomimo posiadanej wiedzy o funkcjonującej i uznanej w nomenklaturze medycznej i technologicznej suwerennej i obiektywnej nazwie wymaganej technologii;

2. naruszenie przepisu art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przez wybór przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem tylko znaków towarowych bez uwzględnienia „lub równoważne” wykluczając możliwości złożenia ofert równoważnych naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

3. naruszenie przepisu art. 99 ust. 6 ustawy Pzp przez wybór przedmiotu zamówienia na podstawie wskazania tylko znaków towarowych jako kryterium wyboru wybranego przedmiotu zamówienia bez obiektywnych kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

4. naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny określonych w dokumentacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego powyższe czynności mogą stanowić naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 99 ust. 4, ust. 5, ust. 6 ustawy Pzp;

2. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 594 ze zm., dalej: „u.o.k.i.k.");

3. art. 3 ust. 1, art. 3. ust. 2, art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.");

4. art. 17 ust. 1 pkt 1, art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 104, dalej: „u.o.n.d.f.p.").

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

„1 . Unieważnienie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 253 ust.1 PZP na podstawie w/w naruszeń i uzasadnienia;

2. Unieważnienie odrzucenia oferty firmy Medplace.pl sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust.1 PZP;

3. Wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 253 ust.1 PZP z przestrzeganiem art. 99 ust. 4, ust. 5, ust. 6 ustawy PZP; art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o Ochronie Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 lutego 2007 Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 z dalszymi zmianami Dz. U. z 2024 r. poz. 594, art. 3 ust. 1, art. 3. ust. 2, art. 15 ustawy o Zwalczaniu Nieuczciwej Konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. Dz. U. 1993 Nr 47 poz. 211 z dalszymi zmianami Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 oraz zgodnie ze stanem faktycznym złożonych ofert".

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania wykonawca Medplace.pl wskazał, że Szpital w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu Postępowania z dnia 7 sierpnia 2024 r. w uzasadnieniu odrzucenia określił wymagania dla przedmiotu zamówienia w zakresie pkt 3 – „Pomiar włóknienia wykonywany w technologii typu Vibration-Controlled Transient Elastography – wynik ilościowy wyrażony w kPa" bez możliwości zgłoszenia technologii równoważnej. Odwołujący podkreślił, że Vibration-Controlled Transient Elastography (VCTE™) jak i Controlled Attenuation Parmater (CAP™) jest znakiem towarowym firmy Echosens i zarezerwowanym tylko i wyłącznie dla produktów firmy Echosens. Niezależną nazwą technologii, do której odnosi się znak handlowy VCTE™, jest nazwa Transient Elastography jak zawarte w ramach technologii równoczesne oznaczanie Attenuation Parameter ujęta we wszystkich najważniejszych rekomendacjach światowych Towarzystw Naukowych jako w skrócie TE. Medplace.pl podniósł, że światowe towarzystwa naukowe, w tym European Association for the Study of the Liver (EASL), w rekomendacjach dotyczących nieinwazyjnej diagnostyki wątroby wymieniają literalnie technologię Transient Elastography

(TE) i pomiar sztywności wątroby (LSM) jako parametr służący do diagnostyki chorób wątroby wyrażony ilościowo w jednostkach kPa, a ocenę Parametru Atenuacji wyrażona ilościowo za pomocą jednostki Db/m. Różne aparaty oferujące technologię TE były również objęte postępowaniem walidacyjnym przez Polskie Towarzystwo Hepatologiczne, a wyniki walidacji zostały ogłoszone w trakcie XXIII Konferencji Polskiego Towarzystwa Hepatologicznego przez Prezesa Towarzystwa prof. J. J. i prof. R. F. Prezesa Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych w dniu 24 lipca 2024 r. w Katowicach. Odwołujący zaznaczył, że obecnie technologię TE wykonującą pomiar sztywności wątroby i pomiar Parametru Atenuacji, który jest wyrażony ilościowo w jednostkach kPa i Db/m, oferuje na rynku EU przynajmniej 3 producentów medycznych urządzeń diagnostycznych. Kolejno Medplace.pl nadmienił, że zgodnie z art. 99 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można wskazywać i wybierać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Odwołujący zaznaczył, że w tym Postępowaniu Zamawiający otrzymał w ramach wniosku o wyjaśnienie złożonego przez Medplace.pl w dniu 18 lipca 2024 r. informacje o niezależnej i uznanej przez międzynarodowe gremia nazwie dla wymaganej technologii, jak również informację, że obecnie funkcjonuje na rynku 3 producentów posiadających pozwolenie na sprzedaż aparatury medycznej oferującej wyżej wymienioną technologię TE, dokonującej pomiaru w wymaganych przez Szpital jednostkach kPa i Db/m. Pomimo tego Zamawiający arbitralnie odrzucił wniosek Medplace.pl o wyjaśnienie dotyczący naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że z przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wynika zasada zakazu wskazywania i wybierania przedmiotu zamówienia nie tylko w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ale również zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane tylko przez konkretnego wykonawcę, a z taką sytuacja mamy do czynienia w przypadku tego Postępowania. Medplace.pl nadmienił, że zwrócił się do Szpitala we wniosku o wyjaśnienie z dnia 18 lipca 2024 r. o uwzględnienie zapisu o równoważności i dopuszczenie ofert równoważnych z powołaniem się na zapisy ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił arbitralnie wyjaśnienie zawarte we wniosku wskazując na „niezliczoną ilość badań klinicznych, stanowiska najważniejszych towarzystw naukowych na świecie, stanowiska ekspertów na konferencjach i kongresach naukowych" jakoby zarezerwowanych tylko dla znaku towarowego VCTE™ i CAP™ w sposób nieprawdziwy i rażąco mijając się z faktami naukowymi. Odwołujący zaznaczył, że w rekomendacjach kilkudziesięciokrotnie wskazuje się Transient Elastography (TE) a nie VCTE™ jako wskazywaną technologię służącą do diagnostyki chorób wątroby o różnej

etiologii. W ocenie Medplace.pl Zamawiający w sposób nieuprawniony i nieprawdziwy zakwestionował decyzje niezależnych organów UE i Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wydających certyfikat CE dla wyrobów medycznych konkurencji i wydających pozwolenia na ich zastosowanie w diagnostyce chorób wątroby zarówno na rynku Unii Europejskiej jak i w Polsce. Odwołujący podniósł, że Szpital posiadał pełną wiedzę o istnieniu równoważnych i konkurencyjnych wyrobów medycznych oferujących tożsamą technologię

medyczną, a więc był zobowiązany do wzięcia pod uwagę oferty równoważne. Zdaniem Medplace.pl Zamawiający odrzucając w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie możliwość złożenia ofert równoważnych i nie uwzględniając arbitralnie w procesie podejmowania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty parametru równoważności ofert, naruszył nie tylko art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, ale również art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. jak i art. 3 ust. 1, art. 3. ust. 2, art. 15 u.z.n.k., a wybór oferty droższej o 144 800,00 zł może stanowić naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 1, art. 17 ust. 1 pkt 4 u.o.n.d.f.p.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Investmed-Investcars-A. sp. k. z siedzibą w Koninie (dalej: „Przystępujący" lub „Investmed-Investcars-A.").

W złożonej pismem z dnia 27 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W piśmie z dnia 27 sierpnia 2024 r. wykonawca Investmed-Investcars-A. sp. k. z siedzibą w Koninie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Szpital zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Ponadto Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w całości jako wniesionego po terminie ustawowym. Investmed-Investcars-A. wskazał, że podstawą odwołania są zarzuty dotyczące niewłaściwego określenia przedmiotu zamówienia. Przystępujący podkreślił, że Medplace.pl wniósł odwołanie w terminie 5 dni od dnia zawiadomienia o rozstrzygnięciu Postępowania, a zatem po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zaszła przesłanka do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający 15 lipca 2024 r. udostępnił na stronie internetowej prowadzonego Postępowania treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ").

Zgodnie z postanowieniem Części II pkt 3 SWZ:

„Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty z rozwiązaniami równoważnymi. Przez rozwiązanie równoważne Zamawiający rozumie takie rozwiązanie, które umożliwia uzyskanie założonego w opisie przedmiotu zamówienia efektu, funkcji, przeznaczenia za pomocą innych rozwiązań technicznych przy równoczesnym zapewnieniu rezultatów ekonomicznych. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego".

W „Zestawieniu warunków i parametrów wymaganych – formularz techniczny" stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ Szpital dokonał opisu parametrów wymaganych dla przedmiotu zamówienia – urządzenia do bezinwazyjnej elastografii wątroby:

/ „Pomiar włóknienia wykonywany w technologii typu Vibration-ControlledTransientElastography – wynik ilościowy wyrażony w kPa" – pkt 3;

/ „Pomiar stłuszczenia wykonywany w technologii typu ControlledAttenuationParameter – wynik ilościowy wyrażony w dB/m" – pkt 4.

Kolejno, pismem z dnia 22 lipca 2024 r., udostępnionym na stronie internetowej prowadzonego Postępowania 22 lipca 2024 r., Zamawiający poinformował, że w Postępowaniu wpłynęły następujące pytania do treści SWZ (pismo Medplace.pl z dnia 18 lipca 2024 r.):

> „1 . Czy w związku z zapisami SWZ „Część II – Opis przedmiotu zamówienia pkt 3" a niejednoznacznymi zapisami Załącznika nr 2 do SWZ „ZESTAWIENIE WARUNKÓW I PARAMETRÓW WYMAGANYCH – formularz techniczny" zamawiający dopuszcza złożenie oferty z rozwiązaniami równoważnymi na przedmiot zamówienia określony jako urządzenie do „bezinwazyjnej elastografii wątroby rehabilitacyjnych" z równoważną technologią pomiaru i zbliżonymi parametrami technicznymi określonymi w załączniku nr 2 do postępowania?
>
> 2. W związku z zapisami SWZ „Część II – Opis przedmiotu zamówienia pkt 3" a niejednoznacznymi zapisami Załącznika nr 2 do SWZ „ZESTAWIENIE WARUNKÓW I PARAMETRÓW WYMAGANYCH – formularz techniczny" wnoszę o dokładne wyjaśnienie zakresu równoważności i wskazanie zasad jej oceny.
>
> 3. W związku z zapisami SWZ „Część II – Opis przedmiotu zamówienia pkt 3" wnoszę o wyjaśnienie w jaki sposób i kiedy Wykonawca ma spełnić zobowiązanie dotyczące wykazania, że „rozwiązanie, które umożliwia uzyskanie założonego w opisie przedmiotu zamówienia efektu, funkcji, przeznaczenia za pomocą innych rozwiązań technicznych przy równoczesnym zapewnieniu rezultatów ekonomicznych".

W odpowiedzi na powyższe pytania Szpital poinformował, że:

„(…) wymagane urządzenia muszą spełniać wszystkie parametry wskazane w formularzu

technicznym. Wskazane parametry i technologie są niezbędne dla działalności Zamawiającego, a jednocześnie w sposób wystarczający zabezpieczą zakres badań i diagnostyki przeprowadzanej u pacjentów. Badania naukowe

wskazują na bardziej efektywne wykorzystywanie badań elastografii metodą VCTE. Dwie, trzy pozostałe metody pewnie można byłoby wykorzystywać do badań naukowych, a praktycznie u pacjentów metabolicznych tylko metoda VCTE ma sens. Alternatywna metoda SWE to zaawansowane aparaty USG, znacznie większe, zdecydowanie bardziej skomplikowane i trudniejsze w obsłudze oraz badania muszą być przeprowadzane przez lekarza wyspecjalizowanego w wykonywaniu USG, co nie jest możliwe do realizacji w warunkach działalności Zamawiającego, który chce wykorzystywać urządzenie w praktyce klinicznej. Podsumowując, mając na uwadze niezliczoną ilość badań klinicznych, stanowiska najważniejszych towarzystw naukowych na świecie, stanowiska ekspertów na konferencjach i kongresach naukowych, stanowiska ekspertów w szpitalu Zamawiającego oraz możliwości wykorzystania urządzenia w praktyce klinicznej, mobilność, obsługa wskazują jednoznacznie na konieczność zakup urządzenia tylko w technologii VCTE.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ w następującym zakresie:

Część II pkt 3 otrzymuje brzmienie:

Zaproponowane w ofercie urządzenie musi spełniać wszystkie parametry wskazane w formularzu technicznym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ".

Jednocześnie Zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 25 lipca 2024 r. na godz. 10:00.

> 7 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Investmed-Investcars-A. sp. k. z siedzibą w Koninie oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Medplace.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Szpital wskazał, co następuje: „Zamawiający w Cz. II pkt 3 SWZ zawarł wymóg, że „zaproponowane w ofercie urządzenie musi spełniać wszystkie parametry wskazane w formularzu technicznym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ". Wykonawca – firma MEDPLACE.PL zaproponował urządzenie, które jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w pkt 3 i 4 formularza technicznego tzn.

Pkt 3 – Zamawiający wymagał zastosowania technologii VCTE – wykonawca zaoferował urządzenie z technologią TE

Pkt 4 – Zamawiający wymagał zastosowania technologii CAP – wykonawca zaoferował urządzenie z technologią ATE

Powyższe powoduje, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określnymi w SWZ i w związku z powyższym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp".

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (…); 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie; (…)".

Art. 529 ustawy Pzp stanowi:

> „1. Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.
>
> 2. Izba, jeżeli uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych".

W myśl art. 530 ustawy Pzp „W przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę".

Stosownie do brzmienia przepisu art. 515 ust. 1-3 ustawy Pzp:

> „1. Odwołanie wnosi się:
>
> 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:
>
> a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
>
> b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a;
>
> 2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie:
>
> a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
>
> b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.
>
> 2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub

zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;

2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub

dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;

2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne".

Mając na uwadze powyższe należy w pierwszej kolejności wskazać, że przepis art. 528 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek formalnych odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 ustawy Pzp pozwala Izbie na odrzucenie odwołania już na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę. Potwierdzenie się którejkolwiek okoliczności z art. 528 ustawy Pzp uniemożliwia zatem merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego i skutkuje jego odrzuceniem.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jest okoliczność, zgodnie z którą odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Skład orzekający zauważa, że termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, a zatem spełnienie przesłanki dotyczącej wniesienia odwołania po terminie obliguje Izbę do jego odrzucenia.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba uznała, że niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Należy wskazać, że Odwołujący policzył termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia jego oferty z dnia 7 sierpnia 2024 r., jednakże istotą zarzutów odwołania są nie tyle wyżej wymienione czynności, a polemika z brzmieniem postanowień SWZ, które doprowadziły do tych czynności i – w ocenie Medplace.pl – są wadliwe. Głównym celem wniesionego odwołania jest bowiem podważenie prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia. Niesporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego było, że wykonawca Medplace.pl zaoferował urządzenie, które jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w pkt 3 i 4 formularza technicznego (Załącznik nr 2 do SWZ). Odwołujący zaproponował urządzenie z inną technologią niż wskazane przez Szpital w pkt 3 i 4 „Zestawienia warunków i parametrów wymaganych – formularz techniczny", pomimo że zgodnie z wymogiem zawartym w Części II pkt 3 SWZ „Zaproponowane w ofercie urządzenie musi spełniać wszystkie parametry

wskazane w formularzu technicznym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ". Przywołane brzmienie postanowienia Części II pkt 3 SWZ zostało wprowadzone modyfikacją treści SWZ udostępnioną na stronie internetowej prowadzonego Postępowania w dniu 22 lipca 2024 r. Zamawiający rzeczoną zmianą treści SWZ nie dopuścił możliwości złożenia oferty z rozwiązaniami równoważnymi. Ani wykonawca Medplace.pl ani żaden inny wykonawca nie wniósł odwołania od powyższej czynności Szpitala z dnia 22 lipca 2024 r. w terminie ustawowym 5 dni. Postanowienia SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przyjęły więc charakter ostatecznych i stały się wiążące zarówno Zamawiającego jak i wykonawców biorących udział w Postępowaniu. W związku z powyższymi okolicznościami Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZp oraz dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. W ocenie Izby za niezasadne należy uznać twierdzenia Medplace.pl jakoby wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania powziął dopiero w dniu 7 sierpnia 2024 r. Istotę zarzutów odwołania stanowi bowiem polemika ze zmienioną treścią SWZ, a wszelka dalsza argumentacja wywodzona jest z czynności Szpitala, której Odwołujący nie zaskarżył w ustawowym terminie. Izba zwróciła uwagę, że czynność odrzucenia oferty Medplace.pl została dokonana na podstawie zmodyfikowanej treści SWZ, której brzmienie dopiero na obecnym etapie kwestionuje Odwołujący. Czynność odrzucenia oferty Medplace.pl nie stanowi natomiast pierwotnej podstawy zarzutów odwołania, które de facto koncentrują się wokół naruszenia art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp. Skład orzekający dostrzega, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie również art. 239 ust. 1-2 ustawy Pzp – zarzut z pkt I.4 petitum odwołania, który jest zarzutem wynikowym w stosunku do zarzutów z pkt I.1-3 petitum odwołania. Medplace.pl nie postawił jednak zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący nie zaprzeczył, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jak to stwierdził Szpital w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Medplace.pl. Mając zatem na uwadze konstrukcję zarzutów odwołania, sformułowanie blankietowego zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1-2 ustawy Pzp nie mogło przesądzić o tym, że odwołanie winno podlegać merytorycznemu rozpoznaniu.

W tym miejscu wymaga przypomnienia, że określone w art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp wymogi formalne dotyczące treści odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego się wykonawcę argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny.

Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również

podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20). Innymi słowy na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Izba jest bowiem związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również w sytuacji, gdy odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 955/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 431/20). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Ponadto zgodnie z najnowszym orzecznictwem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych „(…) zarówno w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym – Sądem Zamówień Publicznych obowiązuje zasada kontradyktoryjności. Czynności w ramach tychże postępowań inicjowane są przez strony i uczestników. To właśnie czynności stron, uczestników kreują zakres rozpoznawanej sprawy. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest strażnikiem całości postępowania w sprawie zamówienia publicznego, nie może też wykazywać inicjatywy na rzecz którejkolwiek ze stron (…); (…) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 ustawy PZP). Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez Odwołującego, a następnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego i sprzeciwem Przystępującego – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art 555 ustawy PZP (…)” (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 18 października 2023 r. o sygn. akt. XXIII Zs 77/23). Sąd Zamówień Publicznych z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Zważywszy na powyższe, Izba wskazuje, że okoliczności faktyczne i prawne podniesione przez Odwołującego dopiero w piśmie procesowym z dnia 3 września 2024 r. oraz na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, nie mogły być wzięte pod uwagę z uwagi na specyfikę postępowania odwoławczego wynikającą z uregulowania zawartego w art. 555 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że wobec okoliczności, iż w tym postępowaniu odwoławczym zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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. z 2020 r. poz. 2437) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodnicząca: .....