

Sygn. akt: KIO 3040/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 3 września 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego – Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zagłębiowskie Centrum Onkologii Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej

przy udziale wykonawcy Elekta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), stanowiącej wpis 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3040/24

Uzasadnienie

Zagłębiowskie Centrum Onkologii Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa akceleratora wysokoenergetycznego”, Numer sprawy: ZP/47/ZCO/2024 (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2024 r. pod numerem S 156/2024 484781-2024,.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 22 sierpnia 2024 r. wykonawca Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na sporządzeniu warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”), tj. w Załączniku nr 1a do SWZ Formularz parametrów technicznych i użytkowych Opis Przedmiotu Zamówienia oraz ocenianych w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert – Parametry techniczne (T), których szczegółowy opis zamieszczony został w ww. Załączniku nr 1a do SWZ Formularz parametrów technicznych i użytkowych Opis Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie wyżej wskazanej czynności naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny oraz nieuwzględniający technicznych możliwości produktów stanowiących przedmiot zamówienia, jak również w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, który może utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzi do uprzywilejowania wykonawców lub wyeliminowania niektórych wykonawców poprzez sformułowanie następujących wymagań:
 - a) parametru nr 93 Załącznika nr 1a do SWZ, które obejmuje wymaganie „Wielkość pixela w izocentrum $\leq 0,3$ mm”, ponieważ tak określona wartość preferuje jednego z wykonawców, uniemożliwiając złożenie oferty innym wykonawcom oraz nie znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego;
 - b) parametru nr 138 Załącznika nr 1a do SWZ, który obejmuje wymaganie „Realizacja napromienia w technice

VMAT w pełnym polu terapeutycznym (40cm x 40cm)", ponieważ pozostaje on w sprzeczności z innymi parametrami przewidzianymi i dopuszczonymi przez Zamawiającego (od 51 do 73 Załącznika nr 1a do SWZ), w tym parametrem nr 56, gdzie Zamawiający dopuścił kolimator wysokiej rozdzielczości, którego przynajmniej część listków jest mniejsza od pozostałych (np.

szerokość 2,5 mm, pozostałe 5,0 mm), co wyłącza spełnienie parametru nr 138 oraz stanowi przejaw ograniczenia konkurencji, uniemożliwiając złożenie oferty na produktach uznanego producenta Varian Medical Systems,

c) parametru nr 18 w części „Warunki gwarancji, Zagadnienia ogóle – pozostałe wymagania” „Wszystkie licencje na użytkowanie oferowanego oprogramowania, objętego przedmiotem zamówienia, są bezterminowe”, podczas gdy część wymaganych przez Zamawiającego licencji (w tym te wymagane w parametrze 141) nie są dostępne jako licencje bezterminowe, a w formie subskrypcji maksymalnie na okres 5 lat.

2) art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 1-6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez wprowadzenie niejednoznacznych, niezrozumiałych, dyskryminacyjnych oraz niepremijających rozwiązań o wyższej jakości i o lepszej wartości terapeutycznej kryteriów oceny ofert w zakresie parametrów technicznych (pozacenowe kryterium oceny oferty – Parametry techniczne (T)), które dodatkowo zostały sformułowane w sposób jednoznacznie faworyzujący określonego producenta (Elekta), w sposób uniemożliwiający uzyskanie punktacji w omawianym kryterium przez producentów, którzy oferują inne niż Elekta rozwiązanie konstrukcyjne urządzenia oraz w sposób uniemożliwiający prawidłowe porównanie ofert, w zakresie poniższych parametrów:

a) poz. 6 (parametru nr 6) Załącznika nr 1 a do SWZ, którego treść jest taka sama jak parametru poz. nr 5 (parametru nr 5) Załącznika nr 1 a do SWZ zawierającego parametr wymagany, zatem Zamawiający przyznaje dodatkową punktację za postawione przez siebie wymaganie, co pozostaje w sprzeczności z kryterium jakościowym, które ma premiować spełnienie wymagań na wyższym poziomie jakościowym,

b) poz. 19 (parametru nr 19 Załącznika 1a do SWZ), którego treść jest taka sama jak parametru poz. 18 (parametru nr 18) Załącznika nr 1 a do SWZ zawierającego parametr wymagany, zatem Zamawiający przyznaje dodatkową punktację za postawione przez siebie wymaganie, co pozostaje w sprzeczności z kryterium jakościowym, które ma premiować spełnienie wymagań na wyższym poziomie jakościowym:

c) poz. od 63 do 65 (parametrów nr 63, 64, 65) Załącznika 1a do SWZ dotyczących maksymalnej prędkości poruszania się określonych części składowych kolimatora poprzez premiowanie parametrów kolimatora wielolistkowego (określonych części akceleratora), podczas gdy prędkość kolimatora wielolistkowego nie przekłada się na prędkość podania dawki, ponieważ tę zapewnia praca całego akceleratora, co stanowi nieuzasadnione merytorycznie i dyskryminacyjne premiowanie określonych rozwiązań konstrukcyjnych (Elekta) i nie zapewnia wyższej jakości (produkt Varian Medical Systems zapewnia szybszą prędkość podania dawki pacjentowi z wykorzystaniem innych rozwiązań konstrukcyjnych),

d) poz. 144 (parametru nr 144) Załącznika nr 1a do SWZ poprzez podwójne premiowanie identycznego parametru określonego w poz. 147 tiret pierwsze (parametr nr 147 tiret pierwsze) Załącznika nr 1a do SWZ, pomimo że nie przekłada się to na wyższą jakość i funkcjonalność,

e) poz. 144 (parametru nr 144) Załącznika nr 1 a do SWZ poprzez sformułowanie parametru dotyczącego rozbudowy w obszarze konsoli sterowania (bez podania definicji obszaru konsoli -wymóg rozbudowy konsoli sterowania a nie sterowni akceleratora) w sposób dyskryminujący, bez uwzględnienia występujących na rynku rozwiązań technicznych oraz bez technicznego i merytorycznego uzasadnienia, co pozbawia możliwości uzyskania punktacji przez renomowane produkty Varian Medical Systems występujące na rynku,

f) poz. 147 (parametru nr 147) Załącznika nr 1a do SWZ poprzez sformułowanie parametru dotyczącego rozbudowy w obszarze konsoli sterowania (bez podania definicji obszaru konsoli -wymóg rozbudowy konsoli sterowania a nie sterowni akceleratora) w sposób dyskryminujący, bez uwzględnienia występujących na rynku rozwiązań technicznych oraz bez technicznego i merytorycznego uzasadnienia, co pozbawia możliwości uzyskania punktacji przez renomowane produkty Varian Medical Systems występujące na rynku.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień dokumentacji postępowania w sposób wskazany w odwołaniu.

W dniu 28 sierpnia 2024 r. Zamawiający przesłał do akt odwoławczych pismo w którego treści oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania uznał, iż zasługuje ono na uwzględnienie co do zasady. Zamawiający zaznaczył jednak, że nie podziela wszystkich twierdzeń i wniosków Odwołującego zawartych w odwołaniu.

Ponadto Zamawiający wskazał, że równocześnie z wniesieniem odwołania złożone zostały w toku postępowania pytania do brzmienia dokumentacji o treści tożsamej z zarzutami zawartymi w odwołaniu. Rozpatrując treść otrzymanych pytań Zamawiający uwzględnił je w całości dokonując niezbędnych modyfikacji dokumentacji i wprowadzone zmiany opublikował w dniu 28 sierpnia 2024 r. i opublikował modyfikacje tego samego dnia na stronie internetowej prowadzonego Postępowania. Dokonane przez Zamawiającego zmiany objęły podniesione w odwołaniu fragmenty SWZ i zostały wprowadzone w zakresie i w treści wskazanej w uzasadnieniu odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i

zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy pzp, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego

wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Elekta Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, że dnia 28 sierpnia 2024 r. działając zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy pzp Zamawiający udzielił wyjaśnień i modyfikacji SWZ w zakresie zapisów objętych zarzutami odwołania.

Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ w zakresie Załącznika nr 1a do SWZ Formularz parametrów technicznych i użytkowych Opis Przedmiotu Zamówienia w poz. 6, 18, 19, 93 oraz 147 poprzez ich modyfikację, jak również usunął poz. 63, 64, 65, 138 oraz 144 ww. załącznika do SWZ. Zmiany odpowiadały w całości swoim zakresem żądania postawione przez Odwołującego we wniesionym odwołaniu.

W ocenie Izby w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, w związku z dokonaniem ww. czynności może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba zauważa, że Zamawiający po wniesieniu odwołania pismem z dnia 28 sierpnia 2024 r. dokonał modyfikacji treści SWZ, które objęła wszystkie punkty tego dokumentu kwestionowane w ramach wniesionego odwołania czy to poprzez ich zmianę czy to usunięcie. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniały już w dokumentacji postępowania zapisy, których brzmienie stanowiło podstawę zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu wykonawcy będą uprawnieni skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór w zakresie objętym treścią odwołania w niniejszej sprawie stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na sformułowaniu treści dokumentacji postępowania w określonym brzmieniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania

odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający zmodyfikował treść sporządzonej przez siebie SWZ w zakresie którego dotyczyła treść odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała w tym zakresie istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest zbędne. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć w toku niniejszego postępowania odwoławczego miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 2 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonych wpisu w wysokości 15 000 zł, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: