

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 25 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2024 r. przez wykonawcę **Bechtold & Co sp. z o.o. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie**
postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bechtold & Co sp. z o.o. w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bechtold & Co**

sp. z o.o. w Łodzi 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3863/24

Uzasadnienie

Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa systemu do mapowania ciała, videodermatoskopu i dermatoskopów w ramach projektu pn. „Wsparcie Ambulatoryjnej Opieki Specjalistycznej oraz leczenia w trybie jednodniowym w Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli poprzez zakup sprzętu medycznego i aparatury medycznej w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności i zabezpieczenia pełnoprofilowej, wysokospecjalistycznej diagnostyki i leczenia pacjentów onkologicznych..

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2024 r., Dz.U. S: 180/2024, nr 555512-2024.

W dniu 20 października 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **Bechtold & Co sp. z o.o. w Łodzi**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, tj. poprzez określenie wymagania dla urządzenia wideodermatoskop w punktach 12 i 78 Załącznika nr 2a do SWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - ZMIANA) w sposób sprzeczny z wymaganiami określonymi w punktach 10 i 76 Załącznika nr 2a do SWZ w zakresie wymogu autofocusa w trybie zdjęć dermoskopowych i jednocześnie wymogu powtarzalności wykonywanych zdjęć podczas wizyty kontrolnej oraz wymogu oprogramowania umożliwiającego tworzenie powtarzalnych, standaryzowanych zdjęć w punktach 59 i 115,
- 2) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie ustanowienia wymogów w punktach p. 12, p. 56, p. 57p. 78, p. 114 i p. 116 Załącznika nr 2a w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i preferujący jedno urządzenie dla każdego z wymaganych przez Zamawiającego produktów tj. dla System do mapowania całego ciała 2D – ATBM Master jednego producenta, tj. FotoFinder GmbH, dla Videodermatoskopu jedno urządzenie tj. Medicam 1000s w konfiguracji Vexiaprod. Fotofinder GmbH, oraz Dermatoskopów - DL5 jednego producenta tj. Dermlite LLC, dla których wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Consultronix Sp. z o. o.
- 3) art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp przez przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, tj. zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wymogów preferujących tylko jedno urządzenie dla każdego z zamawianych produktów, produkowanych przez jednego producenta, z wykluczeniem możliwości złożenia oferty na inne urządzenia dostępne na rynku oferowane przez innych producentów/dystrybutorów.

4)art. 137 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zmiany postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w punktach 12, 56, 57, 78, 114 i 116 załącznika nr 2a do SWZ pomimo tego, że w świetle zadanych pytań zachodziła uzasadniona potrzeba zmiany ww. warunków zamówienia i treści SWZ w zakresie załącznika nr 2a.

Odwołujący wskazał, że 16 września 2024 r. zamawiający ogłosił przetarg, którego przedmiotem jest „Dostawa systemu do mapowania ciała, videodermatoskopu i dermatoskopów w ramach projektu pn. „Wsparcie Ambulatoryjnej Opieki Specjalistycznej oraz leczenia w trybie jednodniowym w Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli poprzez zakup sprzętu medycznego i aparatury medycznej w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności i zabezpieczenia pełnoprofilowej, wysokospecjalistycznej diagnostyki i leczenia Pacjentów onkologicznych.

Odwołujący wskazał, że 15 października 2024 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację obejmującą odpowiedzi na pytania zadane w celu wyjaśnienia treści SWZ, w tym w szczególności pytań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w załączniku nr 2a do SWZ.

W ocenie odwołującego, wskazane w opisie przedmiotu zamówienia wymagania co do urządzeń określone zostały w sposób ograniczający konkurencję na rynku przez umożliwienie ich spełnienia właściwie wyłącznie przez jedno urządzenie produkowane przez jednego producenta.

Odwołujący wskazał, iż następujące wymagania stanowią naruszenie przepisów PZP:

Punkt 12 i punkt 78

Szybki autofokus w trybie zdjęć klinicznych i dermoskopowych bez konieczności manualnego ustawienia ostrości, pozwalający na identyczność ustawienia parametrów podczas wizyty kontrolnej.

Punkt 56 i punkt 114

Możliwość wyboru warunków oświetlenia przy zdjęciach lokalizujących zmiany skórne: światło sztuczne, dzienne, neon, LED, stałe.

Punkt 57 i punkt 116

Certyfikowany program ekspercki do analizy znamion, posiadający klasę min. 2a, umożliwiający automatyczną analizę znamion melanocytowych, obliczający powierzchnię zmiany, obwód, przekątną oraz obliczanie wskaźnika asymetrii, wskaźnika wpisania w koło/elipsę, wskaźnika regularności granic oraz symetrii koloru, umożliwiający analizę znamienia w ocenie zgodnie z 3-punktową, 7-punktową listą kontrolną oraz zasadą ABCD; zawierający bazę/katalog zdjęć zdiagnozowanych przypadków do porównywania. Licencja bezterminowa.

Kolejno odwołujący podniósł, że w toku postępowania przetargowego zadano pytania do treści SWZ celem wyjaśnienia i doprecyzowania ww. wymagań. Pytania dotyczyły możliwości dopuszczenia przez zamawiającego autofocusu w trybie zdjęć klinicznych i ustawienie ostrości skalibrowane na powierzchnię kontaktu ze skórą, z możliwością korekcji, w trybie zdjęć dermoskopowych (wymagania z punktu 12 i 78), dopuszczenia automatycznego balansu bieli (wymagania z punktu 56 i 114) oraz dopuszczenia modułu analizy stanowiącego element urządzenia medycznego klasy I (wymagania z punktu 57 i 116).

Odwołujący argumentował, że w zakresie punktu 12 i 78 zamawiający wskazuje jako wymagany parametr techniczny wadę urządzenia w postaci automatycznego ustawienia ostrości w trybie dermoskopowym, która uniemożliwia wykonanie powtarzalnych zdjęć. Wada ta ujawnia się w szczególności w przypadku zmian wyniesionych (nie płaskich), gdzie użytkownik nie ma kontroli nad elementem zmiany skórnej, na którą zostanie ustawiona ostrość. W wyniku tego na zdjęciu zmiany skórnej podczas pierwszej wizyty, ostrość może zostać ustawiona np. w centrum zmiany, w najwyższym punkcie, a podczas wizyty kontrolnej na obrzeże znajdujące się w większej odległości od kamery. Takie porównanie może prowadzić do błędnej diagnozy, której jednym z kluczowych czynników jest ocena ewolucji zmiany skórnej w czasie.

Odwołujący argumentował, że w zakresie punktu 56 i 114 zamawiający wymaga ręcznego ustawiania balansu bieli przy zdjęciach lokalizujących, nie dopuszczając automatycznego balansu bieli, co stanowi utrudnienie w użytkowaniu urządzenia.

Odwołujący argumentował, że w zakresie punktu 57 i 116 zamawiający wymaga modułu analizy zmian z certyfikacją medyczną klasy min. 2a. Zamawiający, jako podmiot profesjonalny dysponuje dostępem do publikacji naukowych, w których rozwiązania FotoFinder GmbH oraz CanfieldSci w zakresie analizy znamion zostały bezpośrednio porównane (Diagnostic performance of augmented intelligence with 2D and 3D total body photography and convolutional neural networks in a high-risk population for melanoma under real-world conditions: A new era of skin cancer screening? – autorstwa Sara E. Cerminara, Michael Kunz, Phil Cheng, Lisa Kostner, Julia-Tatjana Maul, Stephanie Huber, Jette S Böhm, Chiara F. Dettwiler, Livia M. Stoffel, Anna Geser, Jelissa K. Peter, Cécile Jakopović, Mitchell Levesque Alexander A. Navarini, Lara Valeska Maul, opublikowano w European Journal of Cancer, Vol, 190, wrzesień 2023, 112954). Odwołujący argumentował, że w powyższym badaniu klinicznym (European Journal of Cancer, Vol, 190, wrzesień 2023, 112954) rozwiązanie oferowane przez producenta CanfieldSci., tj. moduł analizy zmian skórnych DEXI, wykazuje wyższą czułość

i specyficzność (66,7% i 97,7%) wobec rozwiązania oferowanego przez producenta FotoFinder GmbH (58,3% i 97,1%), tj. moduł analizy zmian skórnych Moleanalyzer Pro. Zamawiający wymaga rozwiązania Moleanalyzer Pro, a zatem rozwiązania oferowanego wyłącznie przez FotoFinder GmbH. Wymaganie to jest natomiast specyficzną cechą dla producenta FotoFinder GmbH i nie stanowi obiektywnej potrzeby zamawiającego.

Kolejno odwołujący podniósł, że w każdym przypadku zamawiający nie wyraził zgody na zmianę swoich wymagań i pozostał przy dotychczasowym opisie przedmiotu zamówienia, który w ocenie odwołującego stanowi naruszenie uczciwej konkurencji. Aktualny opis przedmiotu zamówienia utrudnia bowiem konkurencyjne złożenie oferty wobec jednego, preferowanego takim opisem urządzenia.

Odwołujący wskazywał, iż tak dokonany opis przedmiotu zamówienia oraz jednocześnie zaniechanie jego zmiany w drodze odpowiedzi na pytania do treści SWZ, wskazuje, iż wymagania zamawiającego spełniają w zasadzie tylko jedno urządzenie:

- w zakresie systemu do mapowania całego ciała 2D - ATBM Master jednego producenta, tj. FotoFinder GmbH
- w zakresie videodermatoskopu - Medicam 1000s w konfiguracji Vexia jednego producenta, tj. FotoFinder GmbH, oraz
- w zakresie dermatoskopu - DL5 jednego producenta tj. DermLite LLC

Dla wszystkich trzech urządzeń wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Consultronix Sp. z o.o.

Według odwołującego brak dopuszczenia przez zamawiającego w drodze odpowiedzi na pytania dodatkowych możliwości urządzenia, które dodatkowo wskazują na ich lepsze parametry, stanowi ograniczenie konkurencji do wyłącznie jednego urządzenia dla każdego z zamawianych produktów.

Odwołujący podniósł także, iż w zakresie punktów 12 i 78 załącznika nr 2a, stawiane urządzeniom wymagania pozostają w sprzeczności z innymi wymaganiami określonymi w załączniku nr 2a w punktach 10, 56, 76, 115. Tym samym dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny. Sprzeczność ta polega na braku możliwości wykonania powtarzalnych przy użyciu autofocusa (automatycznego wyostrenia optyki) w trybie zdjęć dermatoskopowych. Wada ta ujawnia się w szczególności w przypadku zmian wyniesionych (nie płaskich), gdzie użytkownik nie ma kontroli nad elementem zmiany skórnej, na którą zostanie ustawiona ostrość. W wyniku tego na zdjęciu zmiany skórnej podczas pierwszej wizyty, ostrość może zostać ustawiona np. w centrum zmiany, w najwyższym punkcie, a podczas wizyty kontrolnej na obrzeże znajdujące się w większej odległości od kamery. Takie porównanie może prowadzić do błędnej diagnozy, której jednym z kluczowych czynników jest ocena ewolucji zmiany skórnej w czasie.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji załącznika nr 2a do SWZ polegającą na:

- 1) w zakresie punktu 12 i punktu 78 załącznika nr 2a – dopuszczenie autofocus w trybie zdjęć klinicznych i ustawienie ostrości skalibrowane na powierzchnię kontaktu ze skórą, z możliwością korekcji, w trybie zdjęć dermatoskopowych,
- 2) w zakresie punktu 56 i punktu 114 załącznika nr 2a – dopuszczenie automatycznego balansu bieli,
- 3) w zakresie punktu 57 i punktu 116 załącznika nr 2a – dopuszczenie modułu analizy stanowiącego element urządzenia medycznego klasy I.

Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, wniosków i odpowiedzi zamawiającego na wnioski o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2024 r., Dz. U. S. 180/2024 nr 555512-2024. 16 września 2024 r. zamawiający publikował także na platformie specyfikację warunków zamówienia (SWZ).

Ustalono, że w pkt V SIWZ, zatytułowanym „Opis przedmiot zamówienia”, zamawiający wskazał m.in.:

1. *Przedmiotem Dostawa systemu do mapowania ciała, videodermatoskopu i dermatoskopów w ramach projektu pn. „Wsparcie Ambulatoryjnej Opieki Specjalistycznej oraz leczenia w trybie jednodniowym w Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli poprzez zakup sprzętu medycznego i aparatury medycznej w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności i zabezpieczenia pełnoprofilowej, wysokospecjalistycznej diagnostyki i leczenia Pacjentów onkologicznych.”*

4. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Załączniku nr 2a do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia. Po zawarciu umowy ww. dokument stanowić będzie załącznik do umowy.*

Ustalono, że w załączniku nr 2a do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – zamawiający przewidział m.in., co następuje.

System do mapowania całego ciała 2D (kompletny zestaw z bodymappingiem, videodermatoskopem, wózkiem,

komputerem i monitorem) – 1 kpl

Kamera wideodermatoskopowa

10. Powiększenie skokowe pozwalające na powtarzalność wykonywanych zdjęć podczas wizyty kontrolnej

12. Szybki autofocus w trybie zdjęć klinicznych i dermoskopowych bez konieczności manualnego ustawienia ostrości, pozwalający na identyczność ustawienia parametrów podczas wizyty kontrolnej

Oprogramowanie

56. Możliwość wyboru warunków oświetlenia przy zdjęciach lokalizujących zmiany skórne: światło sztuczne, dzienne, neon, LED, stałe

57. Certyfikowany program ekspercki do analizy znamion, posiadający klasę min. 2a, umożliwiający automatyczną analizę znamion melanocytowych, obliczający powierzchnię zmiany, obwód, przekątne oraz obliczanie wskaźnika asymetrii, wskaźnika wpisania w koło/eliipsę, wskaźnika regularności granic oraz symetrii koloru, umożliwiający analizę znamienia w ocenie zgodnie z 3-punktową, 7-punktową listą kontrolną oraz zasadą ABCD; zawierający bazę/katalog zdjęć zdiagnozowanych przypadków do porównywania. Licencja bezterminowa.

59. Oprogramowanie umożliwiające tworzenie powtarzalnych, standaryzowanych zdjęć

Videodermatoskop – 1 kpl

Kamera wideodermatoskopowa

76. Powiększenie skokowe pozwalające na powtarzalność wykonywanych zdjęć podczas wizyty kontrolnej

78. Szybki autofocus w trybie zdjęć klinicznych i dermoskopowych bez konieczności manualnego ustawienia ostrości, pozwalający na identyczność ustawienia parametrów podczas wizyty kontrolnej

Oprogramowanie

114. Możliwość wyboru warunków oświetlenia przy zdjęciach lokalizujących zmiany skórne: światło sztuczne, dzienne, neon, LED, stałe

115. Oprogramowanie umożliwiające tworzenie powtarzalnych, standaryzowanych zdjęć

116. Certyfikowany program ekspercki do analizy znamion, posiadający klasę min. 2a, umożliwiający automatyczną analizę znamion melanocytowych, obliczający powierzchnię zmiany, obwód, przekątne oraz obliczanie wskaźnika asymetrii, wskaźnika wpisania w koło/eliipsę, wskaźnika regularności granic oraz symetrii koloru, umożliwiający analizę znamienia w ocenie zgodnie z 3-punktową, 7-punktową listą kontrolną oraz zasadą ABCD; zawierający bazę/katalog zdjęć zdiagnozowanych przypadków do porównywania. Licencja bezterminowa.

Izba ustaliła także, że 15 października 2024 r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ:

Pytanie 4:

Dotyczy Załącznika 2a, pkt 12:

Czy zamawiający dopuści autofocus w trybie zdjęć klinicznych i ustawienie ostrości skalibrowane na powierzchnię kontaktu ze skórą, z możliwością korekcji, w trybie zdjęć dermoskopowych? Wymaganie autofocusa w trybie zdjęć dermoskopowych stoi w sprzeczności z pkt. 10 - "powtarzalność wykonywanych zdjęć podczas wizyty kontrolnej".

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 9:

Dotyczy Załącznika 2a, pkt 56:

Czy Zamawiający dopuści automatyczny balans bieli?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 11:

Dotyczy Załącznika 2a, pkt 78:

Czy zamawiający dopuści autofocus w trybie zdjęć klinicznych i ustawienie ostrości skalibrowane na powierzchnię kontaktu ze skórą, z możliwością korekcji, w trybie zdjęć dermoskopowych? Wymaganie autofocusa w trybie zdjęć dermoskopowych stoi w sprzeczności z pkt. 10 - "powtarzalność wykonywanych zdjęć podczas wizyty kontrolnej".

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 15:

Dotyczy Załącznika 2a, pkt 114:

Czy Zamawiający dopuści automatyczny balans bieli?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 17:

Dotyczy Załącznika 2a, pkt 57:

Czy zamawiający dopuści moduł analizy stanowiący element urządzenia medycznego klasy I?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 18:

Dotyczy Załącznika 2a, pkt 116:

Czy zamawiający dopuści moduł analizy stanowiący element urządzenia medycznego klasy I?

W dniu 20 października 2024 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Nie ulegało wątpliwości, że:

- 1)z pkt 12 oraz 78 załącznika nr 2a do SWZ, opublikowanego w dniu 16 września 2024 r. wynikało, że zamawiający wymagał m.in. autofokusa w trybie zdjęć dermoskopowych,
- 2)z pkt 56 i 114 załącznika nr 2a do SWZ, opublikowanego w dniu 16 września 2024 r. wynikało, że zamawiający wymagał m.in. ręcznego ustawiania balansu bieli przy zdjęciach lokalizujących, nie dopuszczając automatycznego balansu bieli,
- 3)z pkt 57 i 116 załącznika nr 2a do SWZ, opublikowanego w dniu 16 września 2024 r. wynikało, że zamawiający wymagał m.in. modułu analizy zmian z certyfikacją medyczną klasy min. 2a.

Zatem już w dacie 16 września 2024 r., w oparciu o SWZ, odwołujący, działający z należytą starannością, wymaganą w warunkach postępowania pomiędzy profesjonalistami, mógł i powinien wiedzieć o tym, że zamawiający wymagał:

- 1)w pkt 12 oraz 78 załącznika nr 2a do SWZ m.in. autofokusa w trybie zdjęć dermoskopowych,
- 2)w pkt 56 i 114 załącznika nr 2a do SWZ, m.in. ręcznego ustawiania balansu bieli przy zdjęciach lokalizujących, nie dopuszczając automatycznego balansu bieli,
- 3)w pkt 57 i 116 załącznika nr 2a do SWZ, m.in. modułu analizy zmian z certyfikacją medyczną klasy min. 2a.

Skoro odwołujący już w oparciu o postanowienia SWZ opublikowanej w dniu 16 września 2024 r. r. wiedział o ww. wymaganiach, to mógł w terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp składać środki ochrony prawnej wobec treści SWZ.

Zamiast wniesienia odwołania wobec treści SWZ odwołujący czekał, aż jeden z wykonawców skieruje do zamawiającego wezwanie do zmiany postanowień SIWZ. Ujawnienie stanowiska przez zamawiającego, który 15 października 2024 r. podtrzymał pierwotne wymogi SWZ, nie spowodowało żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia otrzymania odpowiedzi na pytanie na zasadzie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Stan opisany w SWZ, polegający na tym, że zamawiający wymagał:

- 1)w pkt 12 oraz 78 załącznika nr 2a do SWZ m.in. autofokusa w trybie zdjęć dermoskopowych,
- 2)w pkt 56 i 114 załącznika nr 2a do SWZ, m.in. ręcznego ustawiania balansu bieli przy zdjęciach lokalizujących, nie dopuszczając automatycznego balansu bieli,
- 3)w pkt 57 i 116 załącznika nr 2a do SWZ, m.in. modułu analizy zmian z certyfikacją medyczną klasy min. 2a.

trwał od początku, tj. od 16 września 2024 r. Sporne postanowienia SWZ były konkretne, jasne i jednoznaczne. Odpowiedzi na pytania z 15 października 2024 r. nie wprowadziły nowych informacji w stosunku do postanowień SIWZ, które by to zmieniały.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie, w której zamawiający podtrzymuje treść SWZ nie wyrażając zgody na zmianę jej treści nie jest czynnością, w oparciu o którą wykonawcy uzyskują wiadomość o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w rozumieniu art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Potwierdzeniem ww. jest treść odwołania, w którym odwołujący przyznał, że to następujące wymagania stanowią naruszenie przepisów PZP, po czym zacytował brzmienie pkt 12 i 78, pkt 56 i pkt 114, pkt 57 i pkt 116 załącznika nr 2a do SWZ. Co więcej, odwołujący sam przyznał, że to pierwotny opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał bowiem: *W każdym przypadku Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę swoich wymagań i pozostał przy dotychczasowym opisie przedmiotu zamówienia, który w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie uczciwej konkurencji.*

Z powyższego wynikało, że sporne wymogi istniały od samego momentu publikacji SWZ w dniu 16 września 2024 r., a nie od 15 października 2024 r.

Izba stwierdziła, że również od 16 września 2024 r. istniała możliwość sformułowania zarzutów, iż wymagania z punktów 12 i 78 załącznika nr 2a do SWZ, stawiane urządzeniom pozostają w sprzeczności z innymi wymaganiami określonymi w załączniku nr 2a w punktach 10, 56, 76, 115. Odpowiedzi zamawiającego udzielone 15 października 2024. nic w tym zakresie nie zmieniły, gdyż nie uległo zmianie brzmienie któregośkolwiek z ww. postanowień.

Przepis art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że *Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 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.*

Treść SWZ została zamieszczona na platformie przez zamawiającego 16 września 2024 r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ upłynął zatem w dniu 26 września 2024 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero 20 października 2024 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło 20 października 2024 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp, art. 528 pkt 3 Pzp oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, Izba postanowiła odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Stosownie do przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), *w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.*

Izba stwierdziła, że wobec odrzucenia odwołania w całości, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 1 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).

Przewodniczący:.....