Sygn. akt: KIO 3712/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2024 r. przez wykonawcę **LIFEMED POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach,**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LIFEMED POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LIFEMED POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 214 zł stanowiąca koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 3712/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Zakup czterech aparatów do znieczulenia dla Oddziału Intensywnej Terapii i Anestezjologii przy SPZZOZ w Gryficach”, numer sprawy 53/24.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 września 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00514334/01.

W dniu 8 października 2024 r. wykonawca LIFEMED POLAND sp. z o.o. siedzibą w Nadarzynie wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.naruszenie art. 522 ust. 1 ustawy poprzez pozorne uwzględnienie odwołania w dniu 04 października 2024 r. o sygnaturze KIO 3544/24 i umyśle celowe wprowadzenie składu orzekającego w błąd poprzez złożenie oświadczenia, że zamawiający dokona stosowanych zmian zapisów w dokumentacji zamówienia poprzez modyfikację opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu dokonywania jego oceny, w miejscach, które rzekomo były treścią odwołania z dnia 30.09.2024 o sygnaturze 3544/24,

2.naruszenie art. 16 pkt 1 do 3 ustawy PZP, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postepowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie z naruszeniem zasady przejrzystości i zasady proporcjonalności i to w sposób tak rażący, że nie tylko doszło do oderwania obecnych zapisów od uzasadnionych potrzeb zamawiającego, ale także od zasad racjonalnego myślenia czy wprost logiki,

3.naruszenie art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia,

4.naruszenie art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP w zakresie kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, w szczególności poprzez manipulowanie ich wagami w sposób, który nie jest

wynikiem uwzględnienia uzasadnionych potrzeb zamawiającego;

5. art. 99 ust. 1, 2, 4, 5, 6 w zw. z art. 266 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wskazanie „źródła lub szczególnego procesu", który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co doprowadza do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów oraz jednocześnie eliminuje z postępowania odwołującego, a zakwestionowane „parametry" nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, lecz są nakierowane wyłącznie na wyeliminowanie konkurencji z postępowania. Ergo finalnie wywołuje to skutek w postaci uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,

6. art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie „sam w sobie" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

7. art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP tj. poprzez

bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

8. art. 255 pkt 6 ustawy PZP albowiem do czasy obowiązywania zakwestionowanych zapisów postępowanie winno być unieważnione albowiem obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożlwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, modyfikacji zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w tym sposobu dokonania jego oceny w ramach sporządzonych kryteriów oceny ofert oraz usunięcia z treści opisu przedmiotu zamówienia tych elementów, które nie są w zobiektywizowany sposób niezbędne zamawiającemu, zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla zamawiającego parametrami w jak najszerszych zakresach, które nie będą odpowiadały z góry określonemu wyrobowi określonego producenta, w szczególności poprzez eliminację wskazanych w treści odwołania dyskryminacyjnych zapisów SWZ, w sposób opisany w odwołaniu.

3) Podnosimy także żądanie ewentualne unieważnienia tego postępowania, gdyby zamawiający doprowadził np. do otwarcia ofert, co uniemożliwi nakazanie zmian treści SWZ.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę LIFEMED POLAND sp. z o.oz siedzibą w Nadarzynie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 października 2024 r. (pismo z dnia 16 października 2024 r.) wnosił o odrzucenie odwołania, a w razie stwierdzenia braku przesłanek do uwzględnienia ww. wniosku, wnosił oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2, 4, 5, 6 ustawy PZP:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, W przypadkach, o których mowa w, SWZ zawiera co najmniej opis

przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, W przypadkach, o których mowa w, SWZ zawiera co najmniej opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert.
Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:
3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.
Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Zgodnie z art. 5 KC, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
Zgodnie z art. 58 § 1 i 2 KC:
§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.
§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.
Zgodnie z art 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
W pierwszej kolejności Izba odniesie się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 zdanie drugie ustawy PZP.
Izba zważa, iż zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy PZP, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.
Izba zważa, iż w odwołaniu pod sygnaturą akt KIO 3544/24 w wyniku, którego w dniu 4 października 2024 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości na podstawie art. 522 ust. 1, jednocześnie informując, że dokona stosownych zmian zapisów w dokumentacji zamówienia poprzez modyfikację opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu dokonania jego oceny, w szczególności punktów dotyczących metody wprowadzania danych, oraz zapisów

Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ", dotyczących przyznawania punktów za masę aparatu i wymiar przestrzenny aparatu, ujętych w rozdziale 14 pkt 1, co było treścią złożonego odwołania, doprowadziło do sytuacji, iż Izba w ww. sprawie w dniu 8 października 2024 r. umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

Izba zważa, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 października 2024 r. oświadczył, że w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 3544/24 dokonał „zmian w opisie przedmiotu zamówienia oraz sposobie oceny ofert zgodnych z wnioskiem skarżącego, które dotyczyły w szczególności:

1. w załączniku nr 1 do SWZ pkt. 80 - zmiany sposobu wprowadzania danych, który to sposób w ocenie skarżącego „był pozbawiony logiki i premiował najgorsze rozwiązanie";
2. w załączniku nr 1 do SWZ pkt. 81 i 82 - wprowadzenia zmian dot. sposobu przyznawania punktów za masę i wymiar przestrzenny aparatu upraszczając je, zamiast podstawiania wymiarów aparatu do podanego przez siebie wzoru, ponieważ odwołujący podnosił, że „nie sposób tego wyliczyć ze wzoru" .
3. usunięcia zapisu dotyczącego „ewentualnych punktów ujemnych" z rozdziału 14 pkt. 1 – poprzedniej SWZ.
4. wydłużenia maksymalnie czasu na dostawę aparatu, tak, aby zachować możliwość rozliczenia dotacji w nieprzekraczalnym terminie."

Izba w tym miejscu odniesie się do zarzutów zawartych w odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2024 r. pod sygn. akt KIO 3544/24, w którym to Odwołujący zarzucił postanowienia SWZ znajdujące się w załączniku nr 1 do SWZ, a mianowicie pierwszy zarzut dotyczył poz. 81 „Metody wprowadzania danych: ekran dotykowy, przyciski, gałka", w którym Zamawiający określił punktację: jedna metoda 2 pkt, dwie metody 1 pkt, trzy metody 0 pkt, jednocześnie wnioskując o zmianę zapisu załącznika nr 1 do SWZ, dotyczącego parametru nr 81 w zakresie punktowania w taki sposób, że jedna metoda wprowadzania danych daje 0 punktów, dwie metody dają 1 punkt, a trzy metody dają 2 punkty.

Drugi zarzut dotyczył kryterium oceny ofert, tj. w obowiązującej SWZ do postępowania 53/24 w rozdziale 14 SWZ, zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", odnoszące się do kryterium jakości (parametrów technicznych), tj. poz. 69 oraz 79 i 80 załącznika nr 1 do SWZ, gdzie powyższe pozycje dotyczyły następujących kwestii:

- poz. 69 „Prezentacja wszystkich niżej wymienionych informacji dotyczących znieczulenia na ekranie aparatu do znieczulenia, nie na monitorze pacjenta (dotyczy punktów od 70 do 80), Tak - 2 pkt, Nie - 0 pkt";
- poz. 79 „Wskaźnik głębokości snu anestetycznego, wskaźnik nocycepcji, Tak - 2 pkt, Nie -0 pkt";
- poz. 80 „Wskaźnik głębokości blokady nerwowo-mięśniowej, Tak -2 pkt, Nie -0 pkt".

Trzeci zarzut dotyczył terminu wykonania zamówienia (dostawy).

Izba zważa, iż obecne odwołanie z dnia 8 października 2024 r. dotyczy poz. 80 załącznika nr 1 do SWZ, która to pozycja odpowiadała pozycji 81 przed zmianą SWZ, gdzie w dniu 4 października 2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ wskazując: „Możliwość wprowadzania wszystkich danych tylko jedną metodą, Tak , Podać metodę".

Nadto Izba zważa, iż w wyniku modyfikacji SWZ, Zamawiający w poz. 81 wskazał: „Maksymalna masa aparatu 200 kg. Należy podać masę aparatu; 200 kg – 0 pkt., mniej niż 200 kg do 160 kg – 2 pkt., mniej niż 160 – 5 pkt., Masa aparatu ……..kg", która to pozycja odpowiadała poz. 79 przed modyfikacją SWZ, który to parametr nie był wówczas punktowany.

To samo dotyczy modyfikacji SWZ, gdzie Zamawiający w poz. 82 wskazał: „Wymiar przestrzenny aparatu: wysokość [cm] × szerokość [cm] × głębokość [cm]. Maksymalne dopuszczalne wymiary: szerokość max. 90 cm, głębokość max. 80 cm, wysokość max. 150 cm. Wymiary, w szczególności szerokość i głębokość aparatu są podyktowane wielkością sal operacyjnych; szerokość 90 cm – 0 pkt., poniżej 90 cm do 65 cm – 2 pkt., poniżej 65cm – 5 pkt ; Wysokość …….. ..[cm] Szerokość …… [cm] Głębokość ……[cm]" , która to pozycja odpowiadała poz. 80 przed modyfikacją SWZ, który to parametr nie był wówczas punktowany.

W ocenie Izby, konfrontując zarzuty odwołania w sprawie KIO 3544/24 oraz obecnego odwołania, Izba doszła do przekonania, iż nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 5 zdanie drugie ustawy PZP, ponieważ zdaniem Izby Zamawiający odnośnie „metody wprowadzania danych" nie wykonał zmiany SWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 ustawy PZP, Izba zważa, iż zgodnie z ww. przepisem „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu".

W pierwszej kolejności Izba zważa, iż rację ma Zamawiający, że art. 522 ust.1 ustawy PZP odnosi się do czynności zastrzeżonych bezpośrednio dla Krajowej Izby Odwoławczej, a nie do Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że przepis ten nie może być samodzielnym zarzutem odwołania, jak to uczynił Odwołujący w niniejszej sprawie, lecz musi być on powiązany z innymi zarzutami, które zdaniem Odwołującego naruszył Zamawiający dokonując określonych czynności wbrew przepisom ustawy PZP. Podniesie zarzutu art. 522 ust. 1 ustawy PZP ma wyłącznie za zadanie takie, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie na te same zarzuty, jakie były sformułowane w poprzednim odwołaniu, aby nie doprowadzić do sytuacji, że odwołanie będzie podlegało odrzuceniu. Inaczej mówiąc, to że Zamawiający nie wykonał zmiany postanowień SWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu o sygn. akt KIO 3544/24, nie implikuje podniesienia przez Odwołującego zarzutu art. 522 ust. 1 ustawy PZP jako samodzielnego zarzutu.
Niezależnie od powyższego, Izba odniesie się do pozostałych zarzutów odwołania. I tak w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 281 ust. 1 pkt 5 i art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, jak również art. 99 ust. 1, 2, 4, 5 , 6 ustawy PZP, są one w ocenie Izby niezasadne.
Izba zważa, iż zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w przypadkach, o których mowa w , SWZ zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia, natomiast w myśl art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, w przypadkach, o których mowa w , SWZ zawiera co najmniej opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie SWZ przygotowany przez Zamawiającego zawiera opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1 do SWZ (formularz parametrów technicznych), jak również opis kryteriów oceny ofert, który zawarty jest w rozdziale 14: Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W ocenie Izby, już tylko z tego powodu, powyższe zarzuty są chybione.
Izba, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie popiera argumentacji Odwołującego, jakoby Zamawiający wadliwie sporządził SWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia , czy też dokonał „manipulowania" wagami w zakresie kryteriów oceny ofert, który nie jest wynikiem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.
W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, iż Zamawiający jako gospodarz postępowania nie narusza przepisów ustawy PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który to opis uwzględnia uzasadnione potrzeby Zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia.
Izba zważa, iż określenie przez Zamawiającego oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności ze swej natury stanowi pewne ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę, co samo w sobie nie może być utożsamiane z naruszeniem ustawy PZP.
W tym miejscu należy podkreślić, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 4 października 2024 r. przedłużając termin składania i otwarcia ofert na 8 października 2024 r. (odwołanie jest również z tej samej daty) i dokonując opisu przedmiotu zamówienia w poz. 80 , 81 i 82 Załącznika nr 1 do SWZw wyniku modyfikacji SWZ z dnia 4 października 2024 r., nie spowodował, iż Odwołujący nie złożył oferty, wręcz przeciwnie, była ona jedną z trzech ofert, co już samo to, w ocenie Izby powoduje, iż nie można podzielić twierdzeń Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców.
Izba zważa, iż określenie przez Zamawiającego w poz. 80 załącznika nr 1 do SWZ „Możliwość wprowadzania wszystkich danych tylko jedną metodą" jest uzasadnione potrzebą Zamawiającego, bowiem jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 października 2024 r.: „Użytkownik aparatu musi mieć także możliwość szybkiego wprowadzania danych pacjenta, bo w przypadku podawania znieczulenia pacjentowi czas gra kluczową rolę, stąd zwrócenie uwagi na metodę wprowadzania niezbędnych danych – im sprawniej tym lepiej. Im więcej możliwości i różnych metod wprowadzania koniecznych parametrów tym łatwiej o pomyłkę. Każdy parametr opisuje więc uzasadnione potrzeby zamawiającego".
W ocenie Izby, z taką samą sytuacją mamy do czynienia również w przypadku opisanej punktacji przez Zamawiającego w wyniku modyfikacji SWZ z dnia 4 października 2024 r., co do wymiaru przestrzennego aparatu, czy też masy aparatu (nawet jeśli aparat jest na własnych kołach, na co zwrócił uwagę Odwołujący i nie były one wcześniej punktowane), ponieważ, co istotne Zamawiający dokonał takiej modyfikacji SWZ, aby dostosować przedmiot zamówienia (4 aparaty do znieczulenia) do „jego warunków lokalowych (wielkość sal operacyjnych), a także konieczność mobilności, tak, aby można było aparaty, w razie potrzeby szybko i bezproblemowo przetransportować z sali do sali". Poza tym, jak oświadczył Zamawiający na rozprawie kierował się on opiniami personelu medycznego, a tym samym Izba uznała ww. wyjaśnienia za wiarygodne i uzasadnione.
Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, aby opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, czy też mógł prowadzić do utrudnienia konkurencji. Nadto Izba zważa, iż Zamawiający przedmiot zamówienia również nie opisał poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Co istotne, Odwołujący w odwołaniu w ogóle nie wskazuje, kto jest tym „konkretnym

wykonawcą" lub co jest tym „konkretnym produktem". Trzeba bowiem zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu, jak już Izba wskazała powyżej, zostały złożone 3 oferty, w tym oferta Odwołującego, a w wyniku złożonych ofert wykonawca Viridian Polska Sp. z o. o. zaoferował aparat Caelus Lite; wykonawcaTDZ Technika dla zdrowia Sp. z. o. o. zaoferowała aparat AG70, a Odwołujący zaoferował aparat X66.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie „sam w sobie" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy oraz art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście, są zdaniem Izby niezasadne.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy PZPalbowiem do czasy obowiązywania zakwestionowanych zapisów postępowanie winno być unieważnione albowiem obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożlwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie przy spełnieniu wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Oznacza to, że unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy, a tym samym Odwołujący żądając unieważnienia postępowania na podstawie ww. normy prawnej obowiązany był uzasadnić wszystkie przesłanki unieważnienia, a czego Odwołujący zaniechał w treści odwołania.

Istotne jest również to, że przepis art. 255 pkt 6 ustawy PZP ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy PZP.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczejz dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 174/23, w którym Izba wskazała, iż: „Odwołujący konstruując zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy PZP pominął zachodzącą pomiędzy tym przepisem, a art. 457 ust. 1 ustawy PZP korelację i nie wskazał nawet w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy", a w ocenie Izby z taką samą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdzie Odwołujący całkowicie pominął korelację pomiędzy obydwoma przepisami, jak również nie wskazał w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy.

Izba zważa, że zgodnie z normą zawartą w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postepowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

W związku z powyższym dotyczy to tylko sytuacji, w której zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie (tak wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21), a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ Zamawiający w dniu 4 października 2024 r. dokonał ogłoszenia o zmianie ogłoszenia III. Jednocześnie należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą pozostałe podstawy prawne wskazane w treści art. 457 ust. 1 ustawy PZP.

Izba zważa, że w obecnym stanie prawnym brak jest odpowiednika art. 146 ust. 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie doszło do wady postępowania, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Konkludując zdaniem Izby w realiach przedmiotowej sprawy nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP.

Nadto Izba zważa, iż dowody wniesione przez Odwołującego na rozprawie nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……