**Sygn. akt: KIO 4364/24**

**WYROK**

Warszawa, 12 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 listopada 2024 r. przez odwołującego: OPTA-TECH sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Wojewódzki w Opolu sp. z o.o. z siedzibą w Opolu
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: CIRRO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 4364/24**

**U z a s a d n i e n i e**

Szpital Wojewódzki w Opolu sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego”, numer postępowania: TP.D.DT.66.24, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 listopada 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00597629.

20 listopada 2024 r. wykonawca OPTA-TECH sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 2, ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez określenie wymogów technicznych w ramach zał. nr 2 do SWZ, dotyczących urządzenia
   do zalewania pobranych materiałów do badan , w sposób niejednoznaczny, niejasny
   i uniemożliwiający przygotowanie oferty, naruszający zasady uczciwej konkurencji
   i równego traktowania wykonawców, których szczegółowy opis wraz z wyjaśnieniem znajduje się w uzasadnieniu niniejszego odwołania poniżej;
2. art. 99 ust. 2, ust. 4, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 104-107 Pzp, poprzez określenie minimalnych wymogów technicznych w ramach zał. nr 2 do SWZ, dotyczących urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań, w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony realnymi potrzebami Zamawiającego, a ponadto
   w sposób dający możliwość zaoferowania wyłącznie konkretnego urządzenia konkretnego producenta, naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, których szczegółowy opis wraz

z wyjaśnieniem znajduje się w uzasadnieniu niniejszego odwołania poniżej, w dodatku w sytuacji, gdy w treści wymienionego załącznika w ostatniej kolumnie dopuścił możliwość oferowania przedmiotu zamówienia spełniającego minimalne parametry urządzenia przy jednoczesnej dopuszczalności parametrów wyższych niż minimalne, przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawców do podania oferowanych parametrów celem ich oceny jako parametrów minimalnych lub wyższych, co sugerować może dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych w postępowaniu,

w sytuacji gdy w treści opisu przedmiotu zamówienia nie wskazał tych kryteriów, pozwalających na ocenę równoważności oferowanych rozwiązań, w konsekwencji określenie takie uznać należy za mające charakter pozorny;

3.art. 239 ust. 2 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1-3 oraz art. 242 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez określenie kryteriów oceny ofert w treści Rozdziału 15 pkt 15.2.2-15.2.5 SWZ oraz w ramach zał. nr 2 do SWZ, dotyczących parametrów technicznych urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań, w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały pozostający bez związku z przedmiotem zamówienia, lecz mający związek z parametrami technicznymi wyłącznie konkretnego urządzenia konkretnego producenta, naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, których szczegółowy opis wraz

z wyjaśnieniem znajduje się w uzasadnieniu, przy jednoczesnym określeniu w treści ogłoszenia o zamówieniu, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena o wadze 100%;

4.art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. art. 16, art. 18 ust. 1

i art. 262 Pzp przez określenie terminu wykonania zamówienia w treści Rozdziału 5 SWZ w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalny, nieuzasadniony realnymi potrzebami Zamawiającego, polegający na określeniu go w liczbie 25 dni kalendarzowych od dnia udzielenia zamówienia, tj. od dnia zawarcia umowy, w sytuacji gdy w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, obejmującym ten sam przedmiot zamówienia, podlegającym unieważnieniu, Zamawiający wyznaczył termin wykonania zamówienia w wymiarze 42 dni kalendarzowych, przy jednoczesnym braku uzasadnienia w obecnie prowadzonym postępowaniu dla skrócenia terminu z 42 do 25 dni kalendarzowych, w szczególności z uwagi na fakt, iż przedmiot zamówienia nie jest objęty dofinansowaniem, co mogłoby skutkować ryzykiem utraty środków, w przypadku ich niewydatkowania w określonym terminie, tym samym uzasadniać skrócenie terminu wykonania umowy, w okolicznościach polegających na tym, iż w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, udział wziął Odwołujący oraz inny wykonawca, oferujący przedmiot zamówienia będący w obecnym postępowaniu jedynym wykonawcą, potencjalnie mogącym zaoferować urządzenie spełniające określone w warunkach zamówienia wymogi oraz mogącym uzyskać punkty w tak określonych kryteriach oceny ofert, przy czym Zamawiający nie sprostał zobowiązaniu wynikającym z treści art. 262 Pzp i nie poinformował Odwołującego o wszczęciu nowego postępowania, co w konsekwencji świadczy o prowadzeniu przez niego postępowania w sposób naruszający zasady jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonania modyfikacji SWZ wraz z załącznikami w zakresie wskazanym w Odwołaniu, przez zmianę lub usunięcie zaskarżonych postanowień zał. nr 2 do SWZ oraz Rozdziału 15 pkt 15.2.2-15.2.5 SWZ oraz Rozdziału 5 SWZ przy jednoczesnym dostosowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu, które w kontekście kryteriów oceny ofert, nie koresponduje z treścią SWZ oraz załącznika nr 2 do SWZ;

2.dokonania odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała

w sprzeczności z treścią SWZ i załączników zmienionych w wyniku odwołania;

3.przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na ich sporządzenie.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał:

Analiza dokumentów zamówienia w Postępowaniu, w tym w szczególności postanowień zał. nr 2 do SWZ oraz Rozdziału 15 pkt 15.2.2.-15.2.5 SWZ oraz Rozdziału 5 SWZ, tj. postanowień regulujących przedmiot zamówienia, wymagańą dla niego specyfikację, dodatkowo punktowane poza cenowe kryteria oceny ofert odnoszące się do parametrów urządzenia oraz wskazany przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia prowadzą do wniosku, że przyjęte minimalnie wymagańe parametry urządzenia do zalewania pobranych materiałów jak również dodatkowo punktowane kryteria, w sposób istotny wpływają na konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców w Postępowaniu. Niniejsze dotyczy także określonego w sposób odmienny niż poprzednio terminu wykonania umowy, co w okolicznościach postępowania, przy braku poszanowania postanowień art. 262 Pzp, poddaje również w wątpliwość transparentność działania Zamawiającego.

Podkreślić przy tym należy, że szereg minimalnych wymagań wynikających bezpośrednio z zał. nr 2 SWZ nie tylko faworyzuje konkretny produkt dostępny na rynku, co całkowicie wyklucza możliwość zaoferowania jakiegokolwiek innego urządzenia, dopuszczonego do obrotu w Polsce jako sprzętu medycznego. Dodatkowo w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, w łącznej ilości 4, Odwołujący jest w stanie spełnić jedynie jedno z nich, zaś wspomniany wyżej wykonawca CIRRO sp. z o.o. i oferowany przez niego produkt, tj. urządzenie ULTRA SAFE firmy Milestone SRL, jak jedyne jest w stanie uzyskać maksymalną przewidzianą liczbę punktów.
Odwołujący w sposób generalny wskazuje na brak precyzyjności postanowień SWZ zestawionych z zapisami Załącznika nr 2 do SWZ. Ż jednej strony Zamawiający wskazuje, że określone w załączniku nr 2 parametry oferowanego urządzenia, stanowić mają „PARAMETRY MINIMALNE", co wprost wynika z górnej części tabeli. Jednocześnie w opisie pozycji nr. 6 8, 19 i 21 – Zamawiający wskazał, z e parametry te podlegają dodatkowej ocenie. Konstrukcja ta znajduje swoje potwierdzenie także w treści Rozdziału 15 SWZ, pkt 15.2.2.-12.2.5, w których uregulowane zostały poza cenowe kryteria oceny ofert. Niniejsza konstrukcja SWZ oraz załącznika nr 2, która w sposób niejasny i nieprecyzyjny określa, które z parametrów wymagane są jako minimalne w celu zaoferowania przedmiotu zamówienia, odpowiadającego jego opisowi, powinna zostać uznana za niedopuszczalną.
Odwołujący wskazał na konkretne parametry, które w jego ocenie naruszały przepisy Pzp. W wyniku zmian wprowadzonych w SWz przez Zamawiającego zdezaktualizowaniu uległo stanowisko Odwołujaćego w odniesieniu do większości kwestionowanych przez niego paramterów. W zakresie, w jakim twirdzenia Odwołujacego pozsotały aktualne wskazał :
Odwołujący podkreślił również, ż kwestionowwane prze zniego paramtery stanowią kryteria oceny ofert.
Parametr nr 8:
Brak możliwości otwarcia komory zalewowej podczas etapu dozowania utrwalacza i zakończeniu całego procesu zalewania. Funkcja automatycznego zabezpieczenia/blokady drzwi przez urządzenie przed ich przypadkowym otwarciem przez personel w trakcie procesu zalewania.
Funkcja automatycznego zabezpieczenia/blokady drzwi przez urządzenie przed ich przypadkowym otwarciem przez personel w trakcie procesu zalewania stanowi bezpośrednie wskazanie na jedyne rozwiązanie na rynku, tj. urządzenie ULTRA SAFE producenta MILESONE SRL, którego jedynym i wyłącznym dystrybutorem jest CIRRO Sp. z o. o.
Odwołujący wnioskuję o zmianę powyższego, np. poprzez nadanie następującej treści, przy jednoczesnym dookreśleniu charakteru parametru jako minimalnego lub dodatkowo punktowanego:
Brak możliwości otwarcia komory zalewowej podczas etapu dozowania utrwalacza i zakończeniu całego procesu zalewania. Funkcja automatycznego zabezpieczenia/blokady drzwi przez urządzenie przed ich przypadkowym otwarciem przez personel w trakcie procesu zalewania.
lub
Magnetyczne domknięcie drzwi komory podczas etapu dozowania utrwalacza – zabezpieczające przed przypadkowym otwarciem.
Parametr nr 19:
Drukarka etykiet wbudowana w obudowę urządzenia
Powyższe rozwiązanie, tj. Drukarka etykiet wbudowana w obudowę urządzenia stanowi bezpośrednie wskazanie na jedyne rozwiązanie na rynku, tj. urządzenie ULTRA SAFE producenta MILESONE SRL, którego jedynym i wyłącznyr dystrybutorem jest CIRRO Sp. z o. o.
Odwołujący wnioskuję o zmianę powyższego, np. poprzez nadanie następującej treści, przy jednoczesnym dookreśleniu charakteru parametru jako minimalnego lub dodatkowo punktowanego:
Drukarka etykiet wbudowana w obudowę urządzenia
lub
drukarka etykiet chemoodpornych podłączana bezpośrednio do urządzenia
Parametr nr 21:
Wbudowana w urządzenie lampa bakteriobójcza UV-C z cyklem automatycznym i ręcznym (uruchamianym z urządzenia przez pracownika) dla zagwarantowania możliwości dezynfekcji komory roboczej – parametr potwierdzony w instrukcji obsługi urządzenia
Parametr podlegający ocenie.
Powyższe rozwiązanie stanowi bezpośrednie wskazanie na jedyne rozwiązanie na rynku, tj. urządzenie ULTRA SAFE producenta MILESONE SRL, którego jedynym i wyłącznym dystrybutorem jest CIRRO Sp. z o.o.
Odwołujący wnosi o wykres lenie niniejszego zapisu. Rozwiązania tego typu ze względu na specyfikę konstrukcji oraz brak styczności jego powierzchni z materiałem tkankowym i/lub płynami organicznymi nie wymaga stosowania dezynfekcji UV-C. Materiał tkankowy w pojemniku umieszczany jest poza urządzeniem i wkładany jest do komory roboczej dopiero po zamknięciu. W związku z powyższym nie ma konieczności stosowania lampy bakteriobójczej UV-C.

Zamawiający precyzując opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązanie i konkretny produkt w sposób ewidentny ograniczył udział w postepowaniu do wyłącznie jednego wykonawcy CIRRO Sp. z o. o., który jest jedynym dystrybutorem sprzętu na terenie Polski spełniającego wszystkie wskazane przez Zamawiającego parametry – załącznik nr 2 do SWZ.
Zwracam jednocześnie uwagę, iż takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie potwierdza intencję Zamawiającego, co do dostosowania opisu przedmiotu zamówienia, pod konkretne rozwiązanie, tj. urządzenie, wskazane w treści odwołania.
5 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności**
**treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,**
**co następuje.**
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje one na uwzględnienie.
Izba ustaliła, co następuje:
Stan faktyczny był niesporny między Stronami i Przystępującym.
Po analizie stanowiska Odwołującego, a także dokumentacji postępowania Izba uznała,
że w sprawie nie doszło do naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Oddaleniu podlegały zatem wszystkie zarzuty. Izba nie zdecydowała przy tym o ich częściowym umorzeniu na skutek wprowadzonych przez Zamawiającego zmian treści SWZ. Zamawiający wprowadził zmiany do SWZ i w ten sposób zaspokoił część żądań Odwołującego, ale w efekcie zmian nie doszło do dezaktualizacji żadnego z zarzutów w całości.
Nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania. Co niezwykle istotne – Odwołujący przyznał, że o ile na etapie składania odwołania jego oferta nie spełniałaby wymogów Zamawiającego o tyle po zmianach SWZ Odwołujący mógłby złożyć niepodlegającą odrzuceniu ofertę z tym, że w jego ocenie nie miałaby ona szans na wybór jako najkorzystniejsza. Biorąc pod uwagę całą argumentację Odwołującego nie budziło wątpliwości, że celem odwołania nie jest doprowadzenie postanowień SWZ do stanu zgodnego z prawem, a polepszenie sytuacji Odwołującego w postępowaniu i na etapie oceny ofert. Odwołujący nie wykazał przy tym
by Zamawiający konstruując SWZ i jego postanowienia rzeczywiście naruszył przepisy Pzp.
SWZ zawiera konkretne wymogi co do zamawianego sprzętu, ale Odwołujący nie podjął choćby próby wykazania, że wymogi te przekraczały obiektywne potrzeby Zamawiającego. Podkreślić należy, że zamawiający ma prawo wyspecyfikować przedmiot zamówienia tak,
by móc otrzymać możliwie najlepszy technicznie sprzęt na rynku, o ile wynikające stąd ograniczenia w dostępie do zamówienia są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego.
Wprowadzając kryteria dotyczące poszczególnych parametrów urządzeń Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących sprzęt niższej klasy bądź starszej generacji, który mógłby konkurować ze sprzętem nowoczesnym odpowiednio niższą ceną. Jest to rozwiązanie zgodne z prawem, ale też uzasadnione logicznie – w ocenie Izby tego rodzaju konstrukcja kryteriów, wbrew stanowisku Odwołującego jest w pełni dopuszczalna – Zamawiający nie wyłączył tym samym możliwości złożenia mu oferty na sprzęt mniej nowoczesny czy funkcjonalny. Nie można jednak oczekiwać od Zamawiającego,
że stworzy opis przedmiotu zamówienia tak, by maksymalnie rozszerzyć krąg wykonawców
w interesie tych wykonawców.
Odwołujący nie odniósł się w swoim stanowisku w ogóle do potrzeb Zamawiającego
i konieczności ich zaspokojenia, za to swoje prawo do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia potraktował jako wartość nadrzędną wobec tych potrzeb.
W zakresie zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia Izba wskazuje, że Odwołujący

odniósł się w tym zakresie przede wszystkim do porównania z innym, wcześniejszym zamówieniem. Sam fakt, że poprzednio Zamawiający pozwolił na dłuższą realizację przedmiotu zamówienia nie oznacza, że w obecnym postępowaniu doszło
do naruszenia przepisów Pzp. Odwołujący nie wykazał takiego naruszenia, poza tym jego stanowisko było bardzo lakoniczne i nie uzasadniało nawet przyczyn, dla których Odwołujący uważał, że doszło do naruszenia przepisów prawa.
Z koeli Zamawiający w sposób przekonujący wyjaśnił potrzebę zastosowania krótszego
niż poprzednio terminu realizacji przedmiotu zamówienia:
„Zamawiający realizuje zakup ww. urządzenia z dotacji celowej właściciela Szpitala
tj. Województwa Opolskiego na podstawie umowy dotacji nr 37/2024 z dnia 22.03.2024.
W umowie tej przewidziano konkretne terminy realizacji oraz rozliczenia środków finansowych. Nie są to środki z UE ani też z Ministerstwa Zdrowia, tylko środki właściciela.
Termin w stosunku do terminu ustalonego w postępowaniu uprzednim został skrócony z uwagi na w/w terminy wynikające z umowy dotacji. Działania Zamawiającego w tym zakresie są logiczne i prawidłowe oraz nie naruszają przepisów Pzp objętych zarzutem Odwołującego, gdyż jak łatwo zauważyć postępowania uprzednie toczyło się w miesiącach lipiec – sierpień 2024 , co dawało większy margines czasu, stąd również ustalony termin był dłuższy. Aktualnie z uwagi konieczność wykorzystania środków, termin musiał ulec skróceniu. Z analizy rynku przeprowadzonej przez Zamawiającego wynika, iż termin ten jest możliwy do zachowania
w niniejszym postępowaniu, w tym również przez Odwołującego".
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący …….....