

**Sygn. akt: KIO 4678/24**

## **WYROK**

Warszawa, dnia 8 stycznia 2025 r.

### **Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez Skamex Spółka Akcyjna z/s w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie

### **orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Skamex Spółka Akcyjna z/s w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną 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 4678/24**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „dostawa materiałów laboratoryjnych”, Numer sprawy: DFP.271.169.2024.AMW – w zakresie zadania nr 8 Nr ogłoszenia: 651099-2024 Link: [platformazakupowa.pl/transakcja/993210](https://platformazakupowa.pl/transakcja/993210)

Odwołujący: Skamex Spółka Akcyjna z/s w Łodzi wniósł 9 grudnia 2024 r. odwołanie, które dotyczy treści dokumentów zamówienia, tj. wymagań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 8, który został zmodyfikowany przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania z 28 listopada 2024 r. w sposób naruszający zasady udzielania zamówień w szczególności zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, a także przepisy ustawy Pzp”, w zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia; dopuszczając możliwość złożenia oferty w zakresie zadania nr 8 na produkty pochodzące tylko do jednego producenta, co narusza wprost zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę udzielania zamówienia publicznego w sposób zapewniający najlepszą jakość realizacji uzasadnioną charakterem zamówienia, wymuszając na wykonawcach zakup produktów jednego producenta.

Odwołujący złożył 4 listopada 2024 roku pierwsze odwołanie podważające prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia. 15 listopada 2024 r. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie dotyczące zapisów SWZ wniesione przez firmę Skamex. Mimo uznania odwołania w całości, modyfikacja z 28 listopada 2024 r. nie pozwala na złożenie ważnej i zgodnej oferty przez Odwołującego. W modyfikacji zawarto między innymi zmieniony przedmiotowy środek dowodowy, co nie było przedmiotem poprzednio złożonego odwołania. Modyfikacja powoduje, że mimo uwzględnienia odwołania Zamawiający zmieniając wymagania ponownie doprowadził do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretnego wykonawcę, przez co nadal w odwołaniu ograniczona jest zasada konkurencyjności.

W konsekwencji powyższego, zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 2 ustawy Pzp przez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie parametrów dotyczących produktu) w sposób utrudniający i ograniczający, a wręcz uniemożliwiający uczciwą konkurencję w postępowaniu, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty odwołującemu, a także innym wykonawcom poza tymi, którzy oferując produkty producenta BBraun;

2.art. 99 ust. 4 ustawy - przez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia w wyniku jego modyfikacji, które wskazują na produkt jednego producenta i umożliwiają realizację zamówienia skonkretyzowanym produktem, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3.art. 106 ust. 2 PZP przez wskazanie w SWZ po dokonanej modyfikacji przedmiotowych środków dowodowych nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia;

4.art. 16 pkt 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez taką modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, która spowodowała możliwość zaoferowania produktu jednego wykonawcy;

5.art. 522 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez niewykonanie oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości i dokonaniu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tj.:

#### Pozycja 3

Krótki dren w kolorze bursztynowym, przezierny do przygotowywania leków przeciwnowotworowych w worku infuzyjnym lub innym pojemniku z możliwością ich podaży przez podłączenie z kompatybilnym zestawem wielodrożnym - drenem głównym, bez zawartości PCV i DEHP w części mającej kontakt z lekiem. Możliwość dodania cytostatyku poprzez zintegrowany port z zastawką bezigłową z płaską i gładką membraną, bez dodatkowego koreczka. Standardowe, szczelne połączenie luer-lock. Przyrząd posiada badania potwierdzające, że połączenia drenów zabezpieczone zaworami stanowią zamknięty system w myśl definicji NIOSH i zapobiegają uwalnianiu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia. Produkt sterylny. Koniec drenu z filtrem hydrofobowym umożliwiającym odpowietrzenie drenu, wyposażony w system sygnalizacji akustycznej lub wizualnej szczelnego połączenia z drenem głównym. Wyposażony w klips zatrzaskowy umiejscowiony poniżej portu do dostrzyknięć

#### Pozycja 4

Krótki dren przezierny z wbudowanym filtrem 0,2 µm polieterosulfonowym, nisko wiążącym białka, do przygotowywania leków przeciwnowotworowych, w tym Paklitakselu, przeciwciał monoklonalnych, w worku infuzyjnym lub innym pojemniku z możliwością ich podaży przez podłączenie z kompatybilnym zestawem wielodrożnym - drenem głównym, bez zawartości PCV i DEHP w części mającej kontakt z lekiem. Możliwość dodania cytostatyku poprzez zintegrowany port z zastawką bezigłową z płaską i gładką membraną, bez dodatkowego koreczka. Standardowe, szczelne połączenie luer-lock. Produkt sterylny. Przyrząd posiada badania potwierdzające, że połączenia drenów zabezpieczone zaworami stanowią zamknięty system w myśl definicji NIOSH i zapobiegają uwalnianiu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia. Koniec drenu z filtrem hydrofobowym umożliwiającym odpowietrzenie drenu, wyposażony w system sygnalizacji akustycznej lub wizualnej szczelnego połączenia z drenem głównym. Wyposażony w klips zatrzaskowy umiejscowiony poniżej portu do dostrzyknięć. \*

#### Pozycja 6

Adapter wielodrożny, przeźroczysty, przezierny do podaży leków cytostatycznych i biologicznych za pomocą drenów do pomp dowolnego producenta. Dren sterylny, bez zawartości DEHP w części mającej kontakt z lekiem cytostatycznym, z ostrym kolcem do pojemnika przepływającego linię przed i po każdorazowym podaniu leku bez konieczności rozłączania systemu. Linia główna z kolcem z odpowietrznikiem zabezpieczonym kłapką, poniżej kolca zacisk zatrzaskowy. W linii 4 zawory bezigłowe pozwalające na podłączenie krótkich drenów do przygotowania leków z płaską powierzchnią do dezynfekcji, nie wymagające koreczka. Zawory bezigłowe kompatybilne z końcówką luer lock.

#### Pozycja 7

Adapter do fiolki o średnicy 13 i 20 mm. Bez zawartości PCV i DEHP, pakowane indywidualnie, każdy w osobnym opakowaniu. Wykonane z materiałów innych niż PET. umożliwia przygotowywanie i pobieranie leku w systemie zamkniętym typu CSTD. Sygnał akustyczny "klik" informujący o bezpiecznym połączeniu z adapterem strzykawkowym. Adapter zapewnia natychmiastową kompensację ciśnienia oraz co najmniej 7-dniową ochronę przed przenikaniem zanieczyszczeń mikrobiologicznych i zanieczyszczeń unoszących się w powietrzu do leku i linii do podawania leku oraz umożliwia co najmniej 10-krotną aktywację. Kolec 2-drożny z oddzielnym kanałem powietrznym i płynowym. Objętość wypełnienia poniżej 0,4ml. System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem areozoli, oparów niebezpiecznych substancji.

W tej pozycji Zamawiający nie uwzględnił w modyfikacji następującego żądania co do opisu przedmiotu zamówienia:

Zamawiający nie uwzględnił w modyfikacji: System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem areozoli, oparów niebezpiecznych substancji”.

#### Pozycja 8

Adapter strzykawkowy - umożliwia przygotowywanie i podaż leków w systemie zamkniętym typu CSTD. Kompatybilny ze wszystkimi złączami luer lock męskimi strzykawek. Bezigłowe urządzenie do bezpiecznego przenoszenia leków w strzykawce. Urządzenie (łącznik), umożliwiające pobranie roztworu leku cytostatycznego (cytotoksycznego) z fiolki,

bezpieczne przeniesienie w strzykawce i dodanie do pojemnika z płynem infuzyjnym lub w miejsce wkłucia dożylnego, tworząc zamknięty, szczelny system, posiadający elastomerowe membrany, gwarantujące suchość połączeń. Do opakowania jednostkowego jest dołączona zatyczka ochronna, która zapobiega kontaminacji złącza oraz umożliwia bezpieczny transport leku w wypełnionej strzykawce. Zapewnia co najmniej 7- dniową ochronę przed przenikaniem zanieczyszczeń mikrobiologicznych i zanieczyszczeń unoszących się w powietrzu do leku i do linii do podawania leku oraz umożliwia co najmniej 10krotną aktywację. . Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Sygnał akustyczny "klik" informujący o bezpiecznym połączeniu z Nie zawiera PCV, DEHP i lateksu. Adapter jest częścią systemu zamkniętego CSTD

W modyfikacji z 27 listopada 2024 r. Zamawiający dopuścił przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu. Dodatkowo, w powyższym dopuszczeniu był zapis: Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Zamawiający w modyfikacji nie odniósł się do tej części dopuszczenia.

#### Pozycja 9

Adapter strzykawkowy - umożliwia przygotowywanie i podaż leków w systemie zamkniętym typu CSTD. Kompatybilny ze wszystkimi złączami luer lock męskimi strzykawek. Bezigłowe urządzenie do bezpiecznego przenoszenia leków w strzykawce. Urządzenie (łącznik), umożliwiające pobranie roztworu leku cytostatycznego (cytotoksycznego) z fiołki, bezpieczne przeniesienie w strzykawce i dodanie do pojemnika z płynem infuzyjnym lub w miejsce wkłucia dożylnego, tworząc zamknięty, szczelny system, posiadający elastomerowe membrany, gwarantujące suchość połączeń. Do opakowania jednostkowego jest dołączona zatyczka ochronna, która zapobiega kontaminacji złącza oraz umożliwia bezpieczny transport leku w wypełnionej strzykawce. Zapewnia co najmniej 7- dniową ochronę przed przenikaniem zanieczyszczeń mikrobiologicznych i zanieczyszczeń unoszących się w powietrzu do leku i do linii do podawania leku oraz umożliwia co najmniej 10krotną aktywację.. Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Sygnał akustyczny "klik" informujący o bezpiecznym połączeniu. Nie zawiera PCV, DEHP i lateksu. Adapter jest częścią systemu zamkniętego CSTD. Sterylny, jednorazowego użytku

W dokonanej modyfikacji dopuszczono przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu i budzi wątpliwości interpretacyjne, co w przypadku uwzględnienia odwołania nie powinno mieć miejsca, bowiem żądania modyfikacji treści SWZ były jasno i precyzyjnie wskazane w odwołaniu

Odwołujący wskazuje również, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem obliuguje Wykonawców do przymusowego oferowania produktów jednego producenta, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 8 poprzez wyeliminowanie wymogu z modyfikacji formularza cenowego poprzez zmianę parametru na następujący:

\*Dot. części 8 poz. 3 i poz. 4: Zamawiający wymaga przedstawienia badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu do podaży leków cytotoksycznych, a który to system zapobiega przedostawaniu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia po połączeniu drenu do transferu leku z zestawem wielodrożnym do podaży leku.

b) Wprowadzenie modyfikacji w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji 7-9 zgodnie z uwzględnionym przez Zamawiającego w całości odwołaniem z 4 listopada 2024 roku przez modyfikację opisów:

#### Pozycja 7:

Zamawiający nie uwzględnił w modyfikacji: System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem aerozoli, oparów niebezpiecznych substancji"

#### Pozycja 8:

Zamawiający dopuścił przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu. Dodatkowo, w powyższym dopuszczeniu był zapis: Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Zamawiający w modyfikacji nie odniósł się do tej części dopuszczenia.

#### Pozycja 9:

W dokonanej modyfikacji dopuszczono przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu i budzi wątpliwości interpretacyjne, co w przypadku uwzględnienia odwołania nie powinno mieć miejsca, bowiem żądania modyfikacji treści SWZ były jasno i precyzyjnie wskazane w odwołaniu

c) Zobligowanie Zamawiającego do przesunięcia terminu składania ofert z dnia 12 grudnia 2024 roku na dzień po rozstrzygnięciu odwołania

Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, jednakże pierwotnie skonstruowany opis przedmiotu zamówienia wskazywał na produkty konkretnego producenta. Zamawiający uwzględnił odwołanie pierwotnie złożone przez Skamex S.A. w związku z wadliwie wykonanym opisem przedmiotu zamówienia, a zatem winien był w taki sposób dokonać modyfikacji by nie była to czynność pozorna i by Odwołujący mógł złożyć ofertę.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający odpowiedziami na pytania i modyfikacjami z 28 listopada 2024 r, mimo uwzględnienia odwołania w całości, wprowadził takie zmiany w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 8, które uniemożliwiają złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego, a zatem w celu dopuszczenia produktów innych producentów, w tym produktów Skamex S.A. Zamawiający winien dokonać modyfikacji treści SWZ zgodnie z żądaniem odwołania. Brak tej czynności oraz postawienie dodatkowych wymogów co do przedmiotowych środków dowodowych spowodowało, że Skamex S.A. nadal nie może złożyć ważnej oferty w postępowaniu.

Zamawiający nadużył swoich uprawnień do ustalania warunków realizacji zamówienia, czym zaburzona zostaje faktycznie zasada równouprawnienia wykonawców i uczciwa konkurencja. Odwołujący ma na uwadze fakt, iż Zamawiający jest dysponentem postępowania, jednakże nie może swoimi działaniami zaburzać konkurencyjności w postępowaniu i łamać podstawowych zasad udzielania zamówień. Złamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców powoduje, że Odwołujący nie może złożyć konkurencyjnej oferty mimo, iż jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia.

#### UZASADNIENIE

25 października 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie publikując ogłoszenie oraz dokumentację zamówienia. Wykonawca Skamex 4 listopada 2024 r. złożył odwołanie dotyczące zapisów SWZ. 15 listopada Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie dotyczące zapisów SWZ. Mimo uznania odwołania w całości modyfikacja z 28 listopada 2024 roku nie pozwala na złożenie oferty przez Odwołującego. W modyfikacji zawarto także zmieniony przedmiotowy środek dowodowy, który ogranicza uczciwą konkurencję.

Mimo uwzględnienia odwołania Zamawiający wprowadził jedynie część modyfikacji do dokumentacji, pozostawiając jednak pewną część pierwotnych opisów oraz wprowadzając dodatkowe wymagania, co de facto powoduje, iż nadal Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty, a konkurencja została ograniczona. Odwołujący wskazuje co następuje w odniesieniu do poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia:

Dotyczy pozycji 7

Zamawiający uwzględniając odwołanie zobligował się do dopuszczenia w całości opisu wynikającego z treści odwołania Wykonawcy Skamex S.A. tj.:

Adapter do fiolki o średnicy 13 i 20 mm. Bez zawartości PCV i DEHP, pakowane indywidualnie, każdy w osobnym opakowaniu. Wykonane z materiałów innych niż PET. umożliwia przygotowywanie i pobieranie leku w systemie zamkniętym typu CSTD. Sygnał akustyczny "klik" informujący o bezpiecznym połączeniu z adapterem strzykawkowym. Adapter zapewnia natychmiastową kompensację ciśnienia oraz co najmniej 7-dniową ochronę przed przenikaniem zanieczyszczeń mikrobiologicznych i zanieczyszczeń unoszących się w powietrzu do leku i linii do podawania leku oraz umożliwia co najmniej 10-krotną aktywację. Kolec 2-drożny z oddzielnym kanałem powietrznym i płynowym. Objętość wypełnienia poniżej 0,4ml. System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem aerozoli, oparów niebezpiecznych substancji.

Zamawiający nie uwzględnił w modyfikacji: System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem aerozoli, oparów niebezpiecznych substancji”.

Dotyczy pozycji 8

Zamawiający uwzględniając odwołanie zobligował się do dopuszczenia w całości opisu wynikającego z treści odwołania Wykonawcy Skamex S.A. tj.:

Adapter strzykawkowy - umożliwia przygotowywanie i podaż leków w systemie zamkniętym typu CSTD. Kompatybilny ze

wszystkimi złączami luer lock męskimi strzykawek. Bezigłowe urządzenie do bezpiecznego przenoszenia leków w strzykawce. Urządzenie (łącznik), umożliwiające pobranie roztworu leku cytostatycznego (cytotoksycznego) z fiołki, bezpieczne przeniesienie w strzykawce i dodanie do pojemnika z płynem infuzyjnym lub w miejsce wkłucia dożylnego, tworząc zamknięty, szczelny system, posiadający elastomerowe membrany, gwarantujące suchość połączeń. Bez PCV. Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Sygnał akustyczny "klik" informujący o bezpiecznym połączeniu. Nie zawiera PCV, DEHP i lateksu. Adapter jest częścią systemu zamkniętego CSTD

W modyfikacji z 28 listopada 2024 roku Zamawiający dopuścił przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu. Dodatkowo, w powyższym dopuszczeniu był zapis: Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Zamawiający w modyfikacji nie odniósł się do tej części dopuszczenia.

Dotyczy pozycji 9

Zamawiający uwzględniając odwołanie zobligował się do dopuszczenia w całości opisu wynikającego z treści odwołania Wykonawcy Skamex S.A. tj.:

Adapter strzykawkowy - umożliwia przygotowywanie i podaż leków w systemie zamkniętym typu CSTD. Kompatybilny ze wszystkimi złączami luer lock męskimi strzykawek. Bezigłowe urządzenie do bezpiecznego przenoszenia leków w strzykawce. Urządzenie (łącznik), umożliwiające pobranie roztworu leku cytostatycznego (cytotoksycznego) z fiołki, bezpieczne przeniesienie w strzykawce i dodanie do pojemnika z płynem infuzyjnym lub w miejsce wkłucia dożylnego, tworząc zamknięty, szczelny system, posiadający elastomerowe membrany, gwarantujące suchość połączeń. Bez PCV. Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Sygnał akustyczny "klik" informujący o bezpiecznym połączeniu. Nie zawiera PCV, DEHP i lateksu. Adapter jest częścią systemu zamkniętego CSTD.

W modyfikacji dopuszczono przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu i budzi wątpliwości interpretacyjne, co w przypadku uwzględnienia odwołania nie powinno mieć miejsca, bowiem żądania modyfikacji treści SWZ były jasno i precyzyjnie wskazane w odwołaniu.

Tym samym w ocenie odwołującego, mimo uwzględnienia odwołania w całości Zamawiający jedynie częściowo wykonał zobowiązanie wynikające z dokonanej przez siebie czynności procesowej. Nie można przy tym pomijać faktu, że treść odwołania wskazywała wprost na zarzut ograniczenia konkurencji. Zgodnie z zarzutami zawartymi w punkcie 1 i 2 odwołania, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie parametrów dotyczących produktu) w sposób utrudniający i ograniczający, a wręcz uniemożliwiający uczciwą konkurencję w postępowaniu, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty odwołującemu, a także innym wykonawcom poza tymi, którzy oferują produkty producenta BBraun. Dodatkowo Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy PZP z uwagi na niedopuszczenie rozwiązań równoważnych, mimo iż opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretnego producenta.

W konsekwencji w samym zarzucie wskazano wprost, że opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencję przez dopuszczenie rozwiązań konkretnego producenta. Odwołujący zauważa, że wraz z modyfikacją mającą służyć wykonaniu działań zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, Zamawiający dokonał dodatkowej modyfikacji SWZ w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w taki, sposób, że wprowadzono wymaganie które wskazuje na dopuszczenie jednego producenta – BBraun.

W pierwotnych zapisach SWZ Zamawiający oczekiwał następującego przedmiotowego środka dowodowego:

\*Dot. części 8 poz. 3 i poz. 4: Zamawiający wymaga przedstawienia badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu do podaży leków cytostatycznych, a który to system zapobiega przedostawaniu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia po połączeniu drenu do transferu leku z zestawem wielodrożnym do podaży leku.

W modyfikacji Zamawiający dokonał zmiany opisu oczekiwanego przedmiotowego środka dowodowego:

\*Dot. części 8 poz. 3 i poz. 4: Zamawiający wymaga przedstawienia badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu, tj. drenów z pozycji 3 i 4 w połączeniu z będącym własnością Zamawiającego zestawem wielodrożnym Cyto-Set BBraun do podaży leku używanym w połączeniu z pompą Infusomat Space Line.

Powyższy zapis po modyfikacji ogranicza uczciwą konkurencję, a zatem mimo iż część czynności została dokonana

przez Zamawiającego zgodnie z rozstrzygnięciem odwołania (choć nie wszystkie o czym była mowa wyżej), to wprowadzono dodatkowy wymóg zamykający konkurencję. Działania Zamawiającego związane z czynnościami dokonywanymi zgodnie z uwzględnionym odwołaniem są czynnościami pozornymi.

Odwołujący wyjaśnia, że każdy zestaw podłączeniowy dowolnego producenta z zakończeniem drenu Luer Lock będzie kompatybilne z zestawem wielodrożnych BBraun (zarówno linia do podaży grawitacyjnej jak i linia do pomp). Wymóg przedstawienia badań w których wymaga się kompatybilności z liniami do pomp Infusomat Space Line jest ponadnormatywne, nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego i służy jedynie ograniczeniu uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp 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. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt).

Tym samym Wykonawca Skamex S.A. wnosi o wykonanie przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami odwołania, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości, a nadto przywrócenie do pierwotnej wersji opisu oczekiwanego przedmiotowego środka dowodowego w postaci badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu do podaży leków cytotoksycznych, a który to system zapobiega przedostawaniu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia po połączeniu drenu do transferu leku z zestawem wielodrożnym do podaży leku.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkownika. Odwołujący zauważa, że zgodnie z orzecznictwem (np. wyrok KIO 1499/24) „Uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego nie może stanowić czynności pozornej, bowiem pozbawiałby to sensu i znaczenia prawnego określonych ustawą przepisów i prowadziło w prostej linii do wniosku, że ustawodawca był nieracjonalny w przyjmowaniu takiego rozwiązania legislacyjnego”.

Zamawiający ograniczając uczciwą konkurencję w zakresie pakietu 8 przedmiotowego postępowania ograniczył możliwość zaoferowania produktów o parametrach równoważnych, spełniających aktualne przepisy.

W wyroku KIO 1207/23 Izba wskazała, że uzasadnione potrzeby zamawiającego muszą współegzystować z wyraźnie wyróżnionymi w p.z.p. zasadami, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp 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. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób pośredni – nie wprost uniemożliwił zaoferowanie innych produktów niż opisane produkty producenta BBraun.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 art. 522 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez niewykonanie oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości i dokonaniu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający przyznaje, że w dniu 4 listopada 2024 roku Odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu, a 15 listopada Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie. Wskazać w tym miejscu należy jednak, że na Zamawiającym ciąży obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami PZP. Zamawiający nie może zatem kształtować opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w sposób niezgodny z przepisami.

Jeśli Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania, podejmuje działania niezgodne z tym odwołaniem, a następnie zostanie

wniesione kolejne odwołanie, Odwołujący nie może ograniczyć się jedynie do stwierdzenia naruszenia art. 522 ust. 3 p.z.p. Przepis ten nie może służyć do legalizowania działań niezgodnych z prawem. Zatem, jeśli zamawiający nie dokona zmiany w OPZ zgodnej z żądaniem z uwzględnionego odwołania kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy są merytoryczne zarzuty zawarte w nowym odwołaniu, które dotyczy tych niezgodnych z przepisem działań. Jeśli okaże się, że powtórzone czynności, mimo niezgodności z poprzednim odwołaniem, są zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych, nowe odwołanie powinno zostać oddalone z powodu braku merytorycznego uzasadnienia. Przywołać tu należy orzeczenie KIO 76/18, gdzie KIO podniosła, że „Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp [z 2004 r., obecnie art. 17 ust. 2 p.z.p.].. Zamawiający powinien kierować się przepisami prawa oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny.” Zgodność z przepisami ustawy p.z.p. jest nadrzędną zasadą, którą zamawiający powinien kierować się przy podejmowaniu każdej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie art. 522 ust. 1 p.z.p. samo w sobie nie stanowi wystarczającej podstawy do uwzględnienia odwołania. Przepis ten ma charakter proceduralny i dotyczy umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez KIO, a nie reguluje bezpośrednio sposobu podejmowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nie jest przepisem materialnym). W konsekwencji, jeśli po umorzeniu postępowania odwoławczego zamawiający podejmuje działania niezgodne z żądaniami zawartymi w uwzględnionym wcześniej odwołaniu, wykonawca ma prawo wnieść kolejne odwołanie. Jednak to odwołanie musi wskazywać konkretne przepisy ustawy p.z.p., z którymi te działania są niezgodne. W takim przypadku, rozstrzygnięcie sporu co do merytorycznej zgodności danej czynności (lub jej zaniechania) z przepisami p.z.p. może zostać przesunięte na kolejne postępowanie odwoławcze, zainicjowane odwołaniem wniesionym w związku z ponownie podjętą (lub nadal zaniechaną) czynnością przez zamawiającego, pomimo wcześniejszego uwzględnienia zarzutów z poprzedniego odwołania.

Nadto, Zamawiający posiada swobodę w uzupełnieniu zapisów OPZ zgodnie z przepisami PZP w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw uzasadnioną charakterem zamówienia. Zamawiający miał pełną swobodę w uzupełnianiu zapisów OPZ o postanowienia zgodne z potrzebami Zamawiającego.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 art. 522 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez niewykonanie oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości i dokonaniu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu jest nieuzasadniony.

2. Żądanie zmiany OPZ poprzez usunięcie wymogów dotyczących pozycji 3 i 4 w zakresie wymogu przedstawienia badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu, tj. drenów z pozycji 3 i 4 w połączeniu z będącym własnością Zamawiającego zestawem wielodrożnym Cyto-Set BBraun do podaży leku używanym w połączeniu z pompą Infusomat Space Line.

Odwołujący wskazuje, że wymóg przedstawienia badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu w połączeniu z będącym własnością Zamawiającego wyposażeniem stanowi dodatkowy wymóg ograniczający konkurencję.

Będące przedmiotem zamówienia w pozycji 3 i 4 dreny służą przygotowaniu do podania leków w postaci płynnej w szpitalnej aptece w celu podania ich pacjentom przy wykorzystaniu wyposażenia szpitala w postaci zestawu wielodrożnego Cyto-Set BBraun do podaży leku używanych w połączeniu z pompą Infusomat Space Line. Przedmiotowy system jest wykorzystywany między innymi przy tzw. chemioterapii. Dreny muszą do siebie pasować i dawać niezakłócony przepływ roztworu leku do pacjenta, gdy jest używana pompa. W trakcie podawania leków bardzo ważne znaczenie ma utrzymanie właściwej dawki przez cały czas trwania podania. Wskazane wyposażenie szpitala monitoruje szczelność i ciśnienie w układzie, którego elementem będą dreny wskazane w OPZ. Dreny różnych producentów różnią się budową w szczególności liczbą zastawek, stosowanymi zabezpieczeniami przed zabrudzeniem, zamknięciami itp.. Szczególnie istotne z tego punktu widzenia jest umiejscowienie zastawek anty-zwrotnych w systemie drenów. Producenci stosują w tym zakresie różne rozwiązania. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że w przypadku systemów ze zwiększoną ilością zastawek bezzwrotnych dochodzi do zakłócenia pracę pompy poprzez wykrycie spadku ciśnienia. W przypadku wykrycia nieszczelności, spadku ciśnienia itp. posiadane przez szpital wyposażenie automatycznie wstrzymuje podawanie leku. Z punktu widzenia Zamawiającego istnieje zatem konieczność zapewnienia całkowitej kompatybilności systemu, tym samym żądanie przedstawienia badań w tym zakresie nie stanowi nadmiernego wymogu. Wymóg przedstawienia badań dotyczy wszystkich rozwiązań spełniających wymagania OPZ, stąd brak podstaw do uznania, że jest to wymóg ograniczający konkurencję bowiem jednolicie dotyczy każdego wykonawcy. Wskazać również należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazuje aby przeprowadzenie badań było niemożliwe

czy też utrudnione.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 99, art. 106 oraz art. 16 PZP jest chybyony.

3. Żądanie zmiany OPZ w zakresie pozycji 7 poprzez dodanie zapisu: System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem aerozoli, oparów niebezpiecznych substancji.

Uzasadniając swoje żądanie w tym zakresie Odwołujący powołuje się na treść odwołania z 4 listopada 2024 r. uwzględnionego przez Zamawiającego. Jak wskazano w punkcie 1 powyżej zamawiający – dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu - powinien kierować się przepisami prawa. Jeżeli dokonana modyfikacja stanowi zdaniem Odwołującego naruszenia przepisów PZP Odwołujący może dokonać ponownego zaskarżenia czynności.

Żądanie Odwołującego zawiera się w żądaniu dodania zapisu, że System posiada rozszerzającą się komorę zewnętrzną o objętości maksymalnie 100 ml. Zabezpiecza przed wyciekami oraz uwalnianiem aerozoli, oparów niebezpiecznych substancji.

Obowiązkiem Odwołującego jest wskazania treści zarzutu. Odwołujący uchybił temu obowiązkowi wskazując jedynie na treść odwołania złożonego w postępowaniu umorzonym przez KIO pod sygn. akt KIO 4091/24. Odwołujący nie wskazuje jakiego rodzaju naruszenie przepisów PZP stanowi brak wskazanego zapisu. Tymczasem wskazany przez Odwołującego zapis nie może zostać uwzględniony w opisie albowiem jego dodanie stanowiłoby naruszenie przepisów PZP przez ograniczenie konkurencji. Posiadanie przez system rozszerzającej się komory zewnętrznej zabezpieczającej przed wyciekami oraz uwalnianiem się aerozoli oraz oparów niebezpiecznych substancji nie jest zdaniem Zamawiającego konieczne. Wystarczającym zabezpieczeniem w tym zakresie jest „system podwójnej membrany wykonanej w 100% z węgla aktywnego oraz posiadający membranę hydrofobową i oleofobową o porach o średnicy 0,2 mikrona.” Uzupelnianie systemu o komorę zewnętrzną jest zdaniem Zamawiającego wymogiem nadmiernym, wykraczającym poza potrzeby Zamawiającego. Wprowadzenie tego wymogu wykluczałoby z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie stosują wskazanego rozwiązania w swoim systemie. W efekcie wprowadzenie zapisu żądanego przez Odwołującego prowadziłoby do naruszenia zapisów PZP. Zgodnie z art. 16 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Wprowadzenie wymogu posiadania przez system rozszerzającej się komory zewnętrznej zabezpieczającej przed wyciekami oraz uwalnianiem się aerozoli oraz oparów niebezpiecznych substancji w sytuacji gdy wystarczającym zabezpieczeniem jest „system podwójnej membrany wykonanej w 100% z węgla aktywnego oraz posiadający membranę hydrofobową i oleofobową o porach o średnicy 0,2 mikrona” stanowiłoby naruszenie art. 16 PZP.

4. Żądanie zmiany OPZ w zakresie pozycji 8 poprzez usunięcie zapisu o dopuszczeniu przyrządu bezigłowego oraz dodanie zapisu „Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki”.

Uzasadniając żądanie w tym zakresie Odwołujący powołuje się na treść odwołania z 4 listopada 2024 r. uwzględnionego przez Zamawiającego. Jak wskazano w punkcie 1 powyżej zamawiający – dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu - powinien kierować się przepisami prawa. Jeżeli dokonana modyfikacja stanowi zdaniem Odwołującego naruszenia przepisów PZP Odwołujący może dokonać ponownego zaskarżenia czynności.

Uzasadniając żądanie usunięcia zapisu w poz. 8 Odwołujący wskazuje, że „w modyfikacji z 28 listopada 2024 roku Zamawiający dopuścił przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu.”

Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że wskazana objętość nie dotyczy przyrządu bezigłowego. Zdaniem Zamawiającego zapis jest w tym zakresie oczywisty i nie powinien budzić wątpliwości. Żądanie Odwołującego pozbawione jest uzasadnienia poza odwołaniem do treści zapisu żądanego w odwołaniu z dnia 4 listopada 2024 roku. Odwołujący nie wskazuje jakiego rodzaju naruszenie przepisów PZP stanowi zapis o objętości wypełnienia igły.

W związku z powyższym żądanie zmiany OPZ jest nieuzasadnione.

W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w pozycji 8 Odwołujący wnosi również o modyfikację zapisów przez dodanie zapisu: Przyrząd posiada mechanizm uniemożliwiający ponowne odkręcenie go od strzykawki. Uzasadniając swoje żądanie w tym zakresie Odwołujący powołuje się na treść odwołania z 4 listopada 2024 roku uwzględnionego przez Zamawiającego. Jak wskazano w punkcie 1 powyżej zamawiający – dokonując czynności w wyniku uwzględnienia

w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu - powinien kierować się przepisami prawa. Jeżeli dokonana modyfikacja stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie przepisów PZP Odwołujący może dokonać ponownego zaskarżenia czynności. Obowiązkiem Odwołującego jest wskazanie treści zarzutu. Odwołujący uchybił temu obowiązkowi wskazując jedynie na treść odwołania złożonego w postępowaniu umorzonym sygn. akt KIO 4091/24. Odwołujący nie wskazuje jakiego rodzaju naruszenie przepisów PZP stanowi brak wskazanego zapisu. Wskazać natomiast należy, że OPZ w odniesieniu do pozycji 8 zawiera wymóg: Adapter można odkręcić od strzykawki po użyciu. Odwołujący nie domaga się usunięcia wskazanego zapisu a jedynie dodania nowego. W przypadku uczynienia zadość temu żądaniu opis przedmiotu zamówienia byłby ze sobą sprzeczny. Jednocześnie wskazać należy, że przedmiotem zamówienia opisanym w pozycji 9 jest adapter strzykawkowy o tożsamym opisie w stosunku do pozycji 8 z jedną różnicą tj. właśnie wymogu wyposażenia adaptera w system zapobiegający przypadkowemu rozłączeniu ze strzykawką. Zamawiający w ramach niniejszego postępowania chce zamówić dwa rodzaje adapterów: umożliwiające odkręcenie od strzykawki po zużyciu oraz takie które posiadają system zabezpieczający przed przypadkowym rozłączeniem ze strzykawką. Wynika to z potrzeby Zamawiającego jaką jest zmniejszenie objętości odpadów co jest możliwe po odkręceniu adaptera od strzykawki. Po wykorzystaniu adapter wraz ze strzykawką są wyrzucane do twarodościennego pojemnika na odpady. Twarodościenny pojemnik znajduje się w komorze w której przygotowywane są leki, stad jego objętość jest ograniczona. Pojemnik twarodościenny na cytostatyki ma kształt ściętego stożka, którego wewnętrzna średnica podstawy to 194 mm, wewnętrzna średnica górnej krawędzi: 215 mm, wysokość wewnętrzna: 175 mm. Zgodnie z Księgą Procedur Pracowni Leku Cytostatycznego (strona 10, punkt 4.2, podpunkt 2) pojemnik powinien być wypełniony maks. w 2/3 objętości. Długość strzykawki 50 ml wraz z adapterem wynosi 197 mm (bez adaptera 152 mm). W pojemniku na odpady nie można zatem umieścić strzykawki 50 ml wraz z adapterem na dnie pojemnika, jak i też w pionie pojemnika. W konsekwencji w przypadku zestawów, które uniemożliwiają odłączenie strzykawki od adaptera objętość odpadów powoduje szybkie zapełnienie twarodościennego pojemnika na opady. Większa ilość twarodościennych pojemników na odpady zwiększa koszty transportu niebezpiecznych odpadów. Zmniejszenie objętości odpadów medycznych pozwala zatem ograniczyć koszty utylizacji oraz ograniczyć czas wymagany na wymianę pojemników

5. Żądanie zmiany OPZ w zakresie pozycji 8 poprzez usunięcie zapisu o dopuszczeniu przyrządu bezigłowego.

Uzasadniając swoje żądanie Odwołujący powołuje się na treść odwołania z 4 listopada 2024 r uwzględnionego przez Zamawiającego. Jak wskazano w punkcie 1 powyżej Zamawiający – dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu - powinien kierować się przepisami prawa. Jeżeli dokonana modyfikacja stanowi zdaniem Odwołującego naruszenia przepisów Odwołujący może dokonać ponownego zaskarżenia.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w pozycji 8 brzmi następująco:

Adapter strzykawkowy - umożliwia przygotowywanie i podaż leków w systemie zamkniętym typu CSTD. Nie zawiera PCV i DEHP. Kompatybilny ze wszystkimi złączami luer lock męskimi strzykawk. Wyposażony w igłę 16 G ze stali nierdzewnej lub przyrząd bezigłowy. Objętość wypełnienia igły 0,04 ml. (...)

Uzasadniając żądanie usunięcia zapisu Odwołujący wskazuje, że „w modyfikacji z dnia 28 listopada 2024 roku Zamawiający dopuścił przyrząd bezigłowy, co oznacza, że objętość wypełnienia igły nie dotyczy dopuszczonego produktu.”

Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że wskazana objętość nie dotyczy przyrządu bezigłowego. Zdaniem Zamawiającego zapis jest w tym zakresie oczywisty i nie powinien budzić wątpliwości. Żądanie Odwołującego pozbawione jest uzasadnienia poza odwołaniem do treści zapisu żadanego w odwołaniu z dnia 4 listopada 2024 roku. Odwołujący nie wskazuje jakiego rodzaju naruszenie przepisów PZP stanowi zapis o objętości wypełnienia igły.

Do pisma załączono odpisy z w ewidencji przychodów potwierdzający posiadanie zestawów wielodrożnych Cyto-Set BBraun do podaży leku, odpis z ewidencji inwentaryzacyjnej potwierdzający posiadanie pomp Infusomat SpaceLine, KSIĘGI PROCEDUR APTEKA Pracownia Leku Cytostatycznego KP-AP-PC-01

**Krajowa Izba Odwoławcza** ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień złożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 522 ust. 1 art. 522 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp, przez niewykonanie oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości i dokonaniu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Okoliczności faktyczne są niesporne. 4 listopada 2024 roku odwołujący wniósł odwołanie w, a 15 listopada Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.” Skutkiem oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów jest, stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy pzp, umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę bez dokonywania oceny merytorycznej zarzutów.

Jeśli Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania, podejmuje w prowadzonym przez siebie postępowaniu czynności odmienne od zadeklarowanych w oświadczeniu o uwzględnieniu, czyli niezgodne z tym odwołaniem, od czynności tych wykonawcy przysługuje nowy środek odwoławczy.

Taka sytuacja ma miejsce w sprawie rozpatrywanej, bowiem zamawiający dokonał czynności zmiany postanowień specyfikacji, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia częściowo jedynie zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stwierdzić należy, że jeśli zamawiający nie dokona zmiany zgodnej z żądaniem z uwzględnionego odwołania istotne dla rozstrzygnięcia sprawy są merytoryczne zarzuty zawarte w nowym odwołaniu, które dotyczy tych niezgodnych z przepisem działań. Jeśli okaże się, że powtórzone czynności, mimo niezgodności z poprzednim odwołaniem, są zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, nowe odwołanie podlega oddaleniu.

Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp. Naruszenie art. 522 ust. 1 p.z.p. samo w sobie nie stanowi wystarczającej podstawy do uwzględnienia odwołania. Przepis ten ma charakter proceduralny i dotyczy umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez KIO, a nie reguluje bezpośrednio sposobu podejmowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, jeśli po umorzeniu postępowania odwoławczego zamawiający podejmuje działania niezgodne z żądaniami zawartymi w uwzględnionym wcześniej odwołaniu, wykonawca ma prawo wnieść kolejne odwołanie. Jednak to odwołanie musi wskazywać konkretne zarzuty naruszenia konkretnych przepisów ustawy p.z.p., z którymi te działania są niezgodne. W takim przypadku, rozstrzygnięcie sporu co do merytorycznej zgodności danej czynności (lub jej zaniechania) z przepisami p.z.p. może zostać przesunięte na kolejne postępowanie odwoławcze, zainicjowane odwołaniem wniesionym w związku z ponownie podjętą (lub nadal zaniechaną) czynnością przez zamawiającego, pomimo wcześniejszego uwzględnienia zarzutów z poprzedniego odwołania.

Niezależnie od powyższego, zamawiający jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia posiada swobodę w modyfikacji zapisów OPZ zgodnie z przepisami i swoimi uzasadnionymi potrzebami.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 art. 522 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez niewykonanie oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości i dokonaniu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu jest niezasadny.

Usunięcie wymogów dotyczących pozycji 3 i 4 w zakresie wymogu przedstawienia badań potwierdzających całkowitą szczelność systemu w połączeniu z będącym własnością Zamawiającego zestawem wielodrożnym Cyto-Set BBraun do podaży leku używanym w połączeniu z pompą Infusomat Space Line jest, w ocenie składu orzekającego jest nieuzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego w kontekście pełnionej funkcji przedmiotowych drenów.

Z punktu widzenia Zamawiającego istnieje bowiem konieczność zapewnienia całkowitej kompatybilności systemu, tym samym żądanie przedstawienia badań w tym zakresie nie stanowi nadmiernego wymogu. Wymóg przedstawienia badań dotyczy wszystkich rozwiązań spełniających wymagania OPZ, stąd brak podstaw do uznania, że jest to wymóg ograniczający konkurencję bowiem jednolicie dotyczy każdego wykonawcy. Ponadto odwołujący nie wykazał, aby przeprowadzenie badań było niemożliwe czy też utrudnione.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 99, art. 106 oraz art. 16 PZP jest niezasadny.

Żądanie zmiany OPZ w zakresie pozycji 7 nie zostało uzasadnione przez odwołującego, który

powołał się na treść poprzedniego odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego, które to postępowanie odwoławcze zostało umorzone. Odwołujący nie wskazał, jakiego rodzaju naruszenie przepisów PZP stanowi brak żadanego zapisu. Wskazany przez odwołującego zapis może zostać uznany za naruszający przepisy PZP przez ograniczenie konkurencji.

Izba

W związku z powyższym żądanie zmiany OPZ jest niezasadne.

Izba podziela argumentację zamawiającego w tym zakresie, jak również co do żądań dotyczących treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji 8 tak ze względów formalnych, o czym powyżej, jak i merytorycznych przedstawionych w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

W związku z powyższym skład orzekający stoi na stanowisku, że dokonana przez zamawiającego czynność opisu przedmiotu zamówienia nie naruszyła wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy 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. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: .....