Sygn. akt: KIO 440/25

WYROK

Warszawa, dnia **20 lutego 2025 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2025 r. przez wykonawcę **Medservice Sztandar sp. z o.o. w Gliwicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu im. Jana Mikulicza – Radeckiego**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Medcell sp. z o.o. w Warszawie**

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Medservice Sztandar sp. z o.o. w Gliwicach** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Medservice Sztandar sp. z o.o. w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **236 zł 60 gr** (słownie: dwieście trzydzieści sześć złotych sześćdziesiąt groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby,

2.2.zasądza od wykonawcy **Medservice Sztandar sp. z o.o. w Gliwicach** na rzecz **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu im. Jana Mikulicza – Radeckiego** kwotę **236 zł 60 gr** (słownie: dwieście trzydzieści sześć złotych sześćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

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 440/25

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

Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu im. Jana Mikulicza – Radeckiego,zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu specjalistycznego dla Kliniki Hematologii oraz Przylądka Nadziei- fotofereza, pojemniki do naświetlań, separatory- przetarg roczny.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 października 2024 r., Dz.U. S: 199/2024, nr 614344-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 6 lutego 2025 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Medservice Sztandar sp. z o.o. w Gliwicach, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo tego, że jego oferta została złożona zgodnie z warunkami zamówienia,

2)art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 5, oferty MedCell, w sytuacji w której wobec nie odrzucenia oferty odwołującego nie jest ona ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru MedCell jako najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia ponownego badania ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Medcell sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod

uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

IV.Przedmiot zamówienia / opis części zamówienia

1.Przedmiotem zamówienia jest: Dostawa sprzętu specjalistycznego dla Kliniki Hematologii oraz Przylądka Nadziei- fotofereza, pojemniki do naświetlań, separatory- przetarg roczny

2.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony w Formularzu cenowym stanowi Załącznik nr 2A do SWZ (jeżeli dotyczy)

4.ZASADY RÓWNOWAŻNOŚCI – Zamawiający informuje, że ilekroć w szczegółowych opisach, przedmiot zamówieni opisany jest przez wskazanie znaku towarowego, patentu, pochodzenia, norm technicznych lub jakościowych, dopuszcza się rozwiązania równoważne tzn. posiadające cechy, parametry techniczne, funkcjonalne i jakościowe nie gorsze niż opisane w ww. elementach dokumentacji. Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań „równoważnych" pod względem parametrów technicznych, funkcjonalnych i jakościowych, pod warunkiem, że zagwarantują one realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami określonymi w niniejszej SWZ. Wykazanie równoważności zaoferowanego rozwiązania lub rozwiązań równoważnych spoczywa na Wykonawcy.

5.Zamawiający dopuszcza możliwości składania ofert częściowych. 5 Pakietów – 5 zadań.

V.Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych

1.Zamawiający na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania żąda przedmiotowych środków dowodowych

1)Oświadczenia Wykonawcy - zgodnie z ustawą z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2022 poz. 974), że będzie posiadał aktualne i ważne przez cały okres trwania umowy dopuszczenia do obrotu na każdy oferowany produkt (w postaci Deklaracji Zgodności wydanej przez producenta oraz Certyfikatu CE wydanego przez jednostkę notyfikacyjną

2)Odpowiednie katalogi producenta (zawierające numery katalogowe oferowanych produktów) lub nazwy własne w przypadku braku katalogów, foldery, lub materiały źródłowe producenta/oświadczenia producenta w czytelny i jasny sposób potwierdzające spełnianie parametrów techniczno-użytkowych opisanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2A do SWZ w zależności, na które zadania zostanie złożona oferta. Dopuszcza się złożenie oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzającego spełnienie parametrów technicznych nie wyszczególnionych w katalogach firmowych.

2.Wykonawca przedmiotowe środki dowodowe składa wraz z ofertą

3.Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

XVII.Opis sposobu przygotowania oferty

8.Ofertę składa się na Formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ. Musi ona zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1)Formularz cenowy – Załącznik nr 2A

Kolejno ustalono, że w załączniku nr 2a do SWZ (formularz cenowy), w zakresie pakietu nr 5 w pozycji nr 2 zamawiający wymagał:

Dzierżawa: urządzenie do procesu fototerapii pozaustrojowej w systemie off-line (szt. 1) parametry opisano poniżej. Lokalizacja Pasteura 4 Klinika Hematologii, Nowotworów Krwi i Transplantacji Szpiku

Poniżej zaś wymieniono m.in. parametry:

-urządzenie wyposażone w UVA LED do naświetlania mieszaniny komórkowej

-dotykowy ekran LCD o przekątnej min. 10 cali, wbudowany w urządzenie, wskazujący kluczowe parametry procedury,

-wbudowany czujnik hematokrytu oraz czujnik ciśnienia,

-zasilacz awaryjny UPS)moc dopasowana do urządzenia),

-czytnik RFID do identyfikacji worka z aferezatem poddanym zabiegowi.

(por. załącznik nr 1a do SWZ, w aktach sprawy)
Kolejno ustalono, że 8 listopada 2024 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ.
Pytanie 1
W zakresie pakietu nr 5 „Pojemnik do naświetlania materiału biologicznego w procesie fototerapii pozaustrojowej w systemie off-line + dzierżawa urządzenia" Zamawiający w załączniku nr 2a do SWZ, opisując przedmiot zamówienia wskazał: „Zestaw do naświetlania materiału biologicznego w procesie fototerapii pozaustrojowej w systemie off-line: wyrób medyczny sterylny, pojedynczo pakowany, o wysokiej przezroczystości przystosowany do naświetlania promieniami o długości 365 nm, Zestaw wyposażony w pojemnik do naświetlania oraz pojemnik do cyrkulacji z wbudowanym filtrem antybakteryjnym do iniekcji fotouczulacza. Dren pomiędzy pojemnikiem do naświetlania a pojemnikiem do cyrkulacji wyposażony w specjalny uchwyt pozwalający na zabezpieczenie drenu przed przypadkowym wysunięciem z czujnika hematokrytu. Zestaw zawierający niepowtarzalny kod kreskowy dla każdego zestawu w dwóch egzemplarzach oraz 2szt. naklejek z piktogramem strzykawki i zapisem 8MOP wyposażony w dwa porty typu SPIKE. Wymagany termin ważności pojemników min. 18 miesięcy od daty dostawy".

Treść powyższego zapisu, w tym wyżej przywołane wymagania przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazują na konkretny produkt, tj. oferowaną przez MedCell sp. z o.o.
Tym samym, Zamawiający określił przedmiot zamówienia używając sformułowań wskazujących na konkretny produkt, co prowadzi do wniosku, iż wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mogą zaoferować rozwiązanie równoważne, zgodnie z treścią pkt IV.3 SWZ oraz art. 99 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wskazał jednak w treści SWZ kryteriów oceny równoważności, wbrew obowiązkowi zawartemu w art. 99 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuści jako rozwiązanie równoważne, które wskazał w punkcie IV.4 SWZ produkt w postaci „Pojemnika do naświetlania materiału biologicznego w procesie fototerapii pozaustrojowej w systemie off-line" o poniższych parametrach:
- System do fotoimmunoterapii do szpitalnego zastosowania.
- Urządzenie do fotoferezy pozaustrojowej w układzie otwartym (off-line)
- Urządzenie stołowe o wadze do max 21 kg
- Urządzenie wyposażone w wyświetlacz parametrów pracy
- Urządzenie wyposażone w lampy UVA do naświetlania mieszaniny komórkowej, min. 2 bloki optyczne po 3 lampy UVA każdy
- Dostarczana energia - automatycznie regulowana
- Czas pracy regulowany automatycznie
- Pompa perystaltyczna zapewniająca przepływ płynów i zawiesiny komórkowej
- Drukowanie raportów. Drukarka
- Czytnik kodów kreskowych
- Zasilanie 230 V
- Urządzenie wyposażone w kolorowy, dotykowy wyświetlacz parametrów pracy, umożliwiający kontrolę wszystkich parametrów pracy
- Pełna kontrola procesu z zapisywaniem danych: czasu naświetlania, dawki promieniowania dostarczonej w trakcie procesu. Identyfikacja pacjenta oraz operatora wykonującego proces
- Jednorazowy zestaw do wykonywania zabiegu fotoferezy zewnątrzustrojowej, wolny od DHP z możliwością pobrania próbki preparatu bez otwierania układu - kompletny do fotoimmunoterapii kompatybilny z urządzeniem nie zawierający fotouczulacza 8-MOP. Zestaw jednorazowy zaopatrzony w minimum 2 filtry antybakteryjne, linia zwrotu przystosowana do sterylnego połączenia
- System do pełnego przechwytywania danych dla dokumentacji zabiegu fotoferezy kompatybilny z oferowanym Systemem do fotoimmunoterapii, w skład którego wchodzą m.in. moduł bluetooth, iPad z dedykowaną aplikacją umożliwiająca eksport danych do serwera plików SMB, system mocowania iPada, skaner bezprzewodowy
- Gwarancja min. 24 miesiące
- Wraz z przekazaniem sprzętu, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu wszystkie dokumenty związane z urządzeniem w wersji elektronicznej (PDF),w tym m. in. instrukcję obsługi i użytkowania w języku polskim w formie i elektronicznej, skróconą wersję instrukcji obsługi i BHP w formie zalaminowanej (jeżeli Wykonawca posiada), karty gwarancyjne, paszport techniczny, wykaz punktów serwisowych oraz wykaz dostawców części zamiennych zgodnie z zapisami ustawy o wyrobach medycznych z dnia 07.04.2022 r. (Dz. U. 2022 rok, poz. 974) – jeżeli dotyczy, kopie dokumentów wraz z tłumaczeniem w przypadku oryginału w języku obcym: Certyfikat CE (jeżeli dotyczy), Deklarację Zgodności – wystawioną przez producenta, kopię zgłoszenia/powiadomienia dokonania zgłoszenia/powiadomienia o

wyrobie do Prezesa Urzędu na podstawie ustawy o wyrobach medycznych (jeśli dotyczy).

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza jako równoważne.

(por. ww. odpowiedź, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 18 listopada 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że modyfikuje odpowiedzi zamieszczone w pliku 1 z dnia 08.11.2024 r. Wskazał, że powinno być:

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza.

(por. ww. odpowiedź, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert ofertę zamawiającemu w zakresie części nr 5 złożył zamawiającemu m.in. odwołujący i przystępujący.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odwołujący w formularzu cenowym dla pakietu nr 5 oświadczył, że oferuje zamawiającemu w pozycji nr 2 *Aparat do fotoferezy UVA PIT System/CS / PIT Medical System GmbH /1000531.*

Do swej oferty odwołujący załączył m.in. przedmiotowe środki dowodowe dotyczące asortymentu z pakietu nr 5 pozycja 2.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z 29 listopada 2024 r. działając na podstawie art. 107 ust.4 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie pakietu nr 5 poz.1 i 2 a dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

Pakiet nr 5 Poz. 1 wymagane SWZ:

- do naświetlania promieniami o długości 365 nm - brak informacji o długości promieniowania.

- dren pomiędzy pojemnikiem do naświetlania a pojemnikiem do cyrkulacji wyposażony w specjalny uchwyt pozwalający na zabezpieczenie drenu przed przypadkowym wysunięciem z czujnika hematokrytu -brak informacji o uchwycie

- zestaw zawierający niepowtarzalny kod kreskowy dla każdego zestawu w dwóch egzemplarzach oraz 2szt. naklejek z piktogramem strzykawki i zapisem 8MOP wyposażony w dwa porty typu SPIKE- brak informacji o kodzie kreskowym w 2 egzemplarzach i 2 portach

Pakiet nr 5 Poz. 2 wymagane SWZ:

- urządzenie wyposażone w UVA LED -brak informacji o wyposażeniu w UVA LED

- dotykowy ekran LCD o przekątnej min. 10 cali- brak informacji o wielkości ekranu

- wbudowany czujnik hematokrytu oraz czujnik ciśnienia - brak informacji o czujnikach

- zasilacz awaryjny - brak zasilacza awaryjnego.

- czytnik RFID (…) - brak czytnika

(por. ww. wezwanie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 4 grudnia 2024 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje.

Kierując się zapisem SWZ IV. Przedmiot zamówienia / opis części zamówienia punkt 4. „ZASADY RÓWNOWAŻNOŚ – „Zamawiający informuje, że ilekroć w szczegółowych opisach, przedmiot zamówienia opisany jest przez wskazanie znaku towarowego, patentu, pochodzenia, norm technicznych lub jakościowych, dopuszcza się rozwiązania równoważne tzn. posiadające cechy, parametry techniczne, funkcjonalne i jakościowe nie gorsze niż opisane w ww. elementach dokumentacji. Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań „równoważnych" pod względem parametrów technicznych, funkcjonalnych i jakościowych, pod warunkiem, że zagwarantują one realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami określonymi w niniejszej SWZ. Wykazanie równoważności zaoferowanego rozwiązania lub rozwiązań równoważnych spoczywa na Wykonawcy." oraz art. 99 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także odpowiedziami z dnia 08.11.2024 w których Zamawiający doprecyzował obowiązek równoważności zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy Prawo Zamówień publicznych w pakiecie 5 poz. 1 i 2, zaoferowano:

- System do fotoimmunoterapii do szpitalnego zastosowania.

- Urządzenie do fotoferezy pozaustrojowej w układzie otwartym (off-line)

- Urządzenie stołowe o wadze do max 21 kg

- Urządzenie wyposażone w wyświetlacz parametrów pracy

- Urządzenie wyposażone w lampy UVA do naświetlania mieszaniny komórkowej, min. 2 bloki optyczne po 3 lampy UVA każdy

- Dostarczana energia - automatycznie regulowana

- Czas pracy regulowany automatycznie

- Pompa perystaltyczna zapewniająca przepływ płynów i zawiesiny komórkowej

- Drukowanie raportów. Drukarka

- Czytnik kodów kreskowych

- Urządzenie wyposażone w kolorowy, dotykowy wyświetlacz parametrów pracy, umożliwiający kontrolę wszystkich parametrów pracy
- Pełna kontrola procesu z zapisywaniem danych: czasu naświetlania, dawki promieniowania dostarczonej w trakcie procesu. Identyfikacja pacjenta oraz operatora wykonującego proces
- Jednorazowy zestaw do wykonywania zabiegu fotoferezy zewnątrzustrojowej, wolny od DHP z możliwością pobrania próbki preparatu bez otwierania układu - kompletny do fotoimmunoterapii kompatybilny z urządzeniem nie zawierający fotouczulacza 8-MOP. Zestaw jednorazowy zaopatrzony w minimum 2 filtry antybakteryjne, linia zwrotu przystosowana do sterylnego połączenia
- System do pełnego przechwytywania danych dla dokumentacji zabiegu fotoferezy kompatybilny z oferowanym Systemem do fotoimmunoterapii, w skład którego wchodzą m.in. moduł bluetooth, iPad z dedykowaną aplikacją umożliwiająca eksport danych do serwera plików SMB, system mocowania iPada, skaner bezprzewodowy
- Gwarancja min. 24 miesiące
- Wraz z przekazaniem sprzętu, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu wszystkie dokumenty związane z urządzeniem w wersji elektronicznej (PDF),w tym m. in. instrukcję obsługi i użytkowania w języku polskim w formie i elektronicznej, skróconą wersję instrukcji obsługi i BHP w formie zalaminowanej (jeżeli Wykonawca posiada), karty gwarancyjne, paszport techniczny, wykaz punktów serwisowych oraz wykaz dostawców części zamiennych zgodnie z zapisami ustawy o wyrobach medycznych z dnia 07.04.2022 r. (Dz. U. 2022 rok, poz. 974) – jeżeli dotyczy, kopie dokumentów wraz z tłumaczeniem w przypadku oryginału w języku obcym: Certyfikat CE (jeżeli dotyczy), Deklarację Zgodności – wystawioną przez producenta, kopię zgłoszenia/powiadomienia dokonania zgłoszenia/powiadomienia o wyrobie do Prezesa Urzędu na podstawie ustawy o wyrobach medycznych (jeśli dotyczy).

Zgodnie z zapisem SWZ V. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych punkt 2 do oferty załączono dokumenty opisujące parametry techniczno-użytkowe zaoferowanego w zadaniu nr 5: „Pojemnik do naświetlania materiału biologicznego w procesie fototerapii pozaustrojowej w systemie off-line+dzierżawa urządzenia" równoważnego przedmiotu zamówienia.

Równocześnie wykonawca wskazuje, że dokument Zamawiającego w postaci „korekty odpowiedzi" z dnia 18 listopada 2024 r. nie może być uznany za wiążący dla wykonawców. Powyższa „korekta" nie dotyczy bowiem oczywistej omyłki, lecz jest de facto całkowitą zmianą uprzednio wprowadzonego zapisu SWZ przewidującego rozwiązanie równoważne.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji „korekty" dokumentów postępowania w przedmiocie zamówienia (z wyjątkiem art. 223 ust. 2 uPzp), i z tego tez względu czynność ta nie może być uznana za wywołująca jakiekolwiek skutki prawne.
(por. ww. wyjaśnienia, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 27 stycznia 2025 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 5 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części nr 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający w dniu 08 listopada 2024r. udzielił odpowiedzi na wyjaśnienia treści oferty w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 5 (plik nr 1) dopuszczając zaoferowane rozwiązania równoważne. W dniu 18 listopada Zamawiający dokonał jednak korekty swojej decyzji z dnia 08 listopada 2024r (plik nr 1) skutkiem czego była zmiana odpowiedzi i nie dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Po otwarciu ofert Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2024r. w oparciu o art. 107 ust.4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie pakietu nr 5 poz.1 i 2 a dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w odpowiedzi na pismo Zamawiającego podniósł, że dokument Zamawiającego w postaci „korekty odpowiedzi" z dnia 18 listopada 2024 r. nie może być uznany za wiążący dla wykonawców, nie dotyczy bowiem oczywistej omyłki, lecz jest de facto całkowitą zmianą uprzednio wprowadzonego zapisu SWZ przewidującego rozwiązanie równoważne.

Wykonawcy składają swoje oferty na podstawie SWZ, należy jednak pamiętać, że jej treść musi być interpretowana z uwzględnieniem udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień oraz ewentualnych zmian. Tym samym Wykonawca powinien w ofercie uwzględnić zmiany odpowiedzi dokonane przez Zamawiającego w pliku nr 1 z dnia 18 listopada 2024r.
Zamawiający w pakiecie nr 5 w poz.2 wymagał :
-urządzenie wyposażone w UVA LED
-dotykowy ekran LCD o przekątnej min. 10 cali
-wbudowany czujnik hematokrytu oraz czujnik ciśnienia
-zasilacz awaryjny
-czytnik RFID

W ofercie Wykonawcy złożonej na pakiet nr 5 poz.2 :
-brak UVA LED
-Brak ekranu LCD o przekątnej min. 10 cali
-brak czujnika hematokrytu oraz czujnika ciśnienia
-brak zasilacza awaryjnego
-brak czytnika RFID
(por. ww. zawiadomienie z 27 stycznia 2025 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w części 5 zamówienia. Zamawiający ustalił, że produkt zaoferowany w ofercie odwołującego złożonej na pakiet nr 5 pozycja 2 nie posiada:

- UVA LED,

- ekranu LCD o przekątnej min. 10 cali,

- czujnika hematokrytu oraz czujnika ciśnienia,

- zasilacza awaryjnego,

- czytnika RFID.

Zamawiający wskazał, że jest to sprzeczne z jego wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2a do SWZ (formularz cenowy) w zakresie pakietu nr 5 pozycja 2, gdzie wymagano m.in.:

-urządzenie wyposażone w UVA LED do naświetlania mieszaniny komórkowej,
-dotykowy ekran LCD o przekątnej min. 10 cali, wbudowany w urządzenie, wskazujący kluczowe parametry procedury,
-wbudowany czujnik hematokrytu oraz czujnik ciśnienia,
-zasilacz awaryjny UPS)moc dopasowana do urządzenia),
-czytnik RFID do identyfikacji worka z aferezatem poddanym zabiegowi.
Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował ustaleń zamawiającego poczynionych odnośnie treści jego oferty w zakresie pakietu nr 5 pozycja 2. Nie kwestionował, że zaoferowany przez niego w ofercie złożonej na pakiet nr 5 poz.2 produkt *Aparat do fotoferezy UVA PIT System/CS / PIT Medical System GmbH /1000531,* nie posiada:
- UVA LED,

- ekranu LCD o przekątnej min. 10 cali,

- czujnika hematokrytu oraz czujnika ciśnienia,

- zasilacza awaryjnego,

- czytnika RFID.

Powyższe było przedmiotem wezwania do wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych, jakie zamawiający skierował do odwołującego 29 listopada 2024 r. W wezwaniu tym zamawiający zwrócił uwagę odwołującego, że w przedmiotowym środku dowodowym brak było informacji o spełnieniu przez produkt odwołującego ww. wymagań. W wyjaśnieniach z 4 grudnia 2024 r., jakie odwołujący skierował do zamawiającego w odpowiedzi na ww. wezwanie, odwołujący nie twierdził, że zaoferowany produkt spełnia sporne wymagania.

Spór między stronami wymagał dokonania wyłącznie wykładni treści specyfikacji.

Izba stwierdziła, że nie można było się zgodzić z odwołującym, jakoby zamawiający błędnie interpretował stan faktyczny w niniejszej sprawie w zakresie obowiązującej treści specyfikacji. Odwołujący utrzymywał, że sporne wymagania zamawiającego z poz. 2 pakietu nr 5 opisane w załączniku do SWZ zostały zmienione i ostatecznie ukształtowane w dniu 8 listopada 2024 r. Odwołujący wskazał, że w tym dniu zamawiający dopuścił zaoferowane przez niego rozwiązanie jako równoważne.

Izba stwierdziła, że faktycznie zamawiający w odpowiedzi zamieszczonej w pliku 1 z 8 listopada 2024 r. dopuścił rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego jako równoważne. Jednakże 18 listopada 2024 r. zamawiający dokonał korekty odpowiedzi zamieszczonej w pliku 1 z dnia 8 listopada 2024 r. W wyniku tej korekty zamawiający poinformował wykonawców, że zmienia swoją wcześniejszą odpowiedź i rozwiązania równoważnego opisanego w pytaniu jednak nie dopuszcza. Wbrew zatem twierdzeniom odwołującego zamawiający dokonał formalnej zmiany uprzednich wyjaśnień.

Zmiana ta polegała na tym, że w miejsce uprzednich wyjaśnień zamawiający wskazał jako wiążące dla wykonawców nowe brzmienie wyjaśnień (nową odpowiedź).

Nie można było się zgodzić z odwołującym, jakoby działanie zamawiającego nie miało oparcia w treści Pzp. Instytucję udzielenia wyjaśnień do treści SWZ reguluje art. 136 Pzp. Przepis ten nakłada na zamawiającego – co do zasady - obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców odnoszące się do treści SWZ. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie izby wszystkie odpowiedzi na pytanie dotyczące SWZ po ich przesłaniu wykonawcom uzupełniają treść SWZ i stają się wiążące nie tylko dla zamawiającego, ale także dla wykonawców. Z kolei zgodnie z art. 137 ust. 1 Pzp, *w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.* Przepis ten reguluje instytucję modyfikacji treści SWZ. Z przepisu tego wynika ogólne uprawnienie zamawiającego do kształtowania treści SWZ. Uprawnienie to jest w świetle tego przepisu limitowane czasowo (przed upływem terminu składania ofert) i ma odnosić się do uzasadnionych przypadków. Ponadto zmianę tę publikuje się na stronie prowadzonego postępowania. Jeśli zatem udzielona odpowiedź na pytanie, stosownie do art. 136 Pzp, zmienia uprzednie wymagania postawione w pierwotnej treści SWZ, to - po spełnieniu warunków z art. 137 Pzp - jest uznawana za modyfikację w rozumieniu tego ostatniego przepisu. Z żadnego z ww. przepisów nie wynika także, aby zamawiający nie mógł zmienić raz udzielonej odpowiedzi na pytanie. Jeśli powtórna analiza sytuacji prowadzi zamawiającego do wniosku, że konieczna jest korekta uprzednio udzielonej odpowiedzi, to zamawiający ma do niej prawo. Okoliczność, że wskutek korekty odpowiedzi zamawiający ponownie zmienił SWZ, wracając do jej pierwotnego brzmienia, nie miała więc znaczenia dla oceny skuteczności tej modyfikacji. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby.

Bezzasadny okazał się także zarzut odwołującego, jakoby zmiana uprzedniej odpowiedzi na pytania była niedopuszczalna, gdyż jedyną instytucją poprawienia omyłki, jaką zna ustawa Pzp, jest ta uregulowana w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymagało, że przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, na jaki powołał się odwołujący, opisuje procedurę usuwania omyłek w ofertach wykonawców. Przepis ten nie ma zastosowania do korekt czynności dokonywanych przez zamawiającego, w tym modyfikacji SWZ. Regulacja dotycząca korygowania treści SWZ przez zamawiającego została opisana przez ustawodawcę w art. 137 i art. 136 Pzp. W świetle tych przepisów możliwość zmiany SWZ nie jest limitowana jedynie do sytuacji omyłek pisarskich, rachunkowych, czy omyłek nieistotnych (por. art. 223 ust. 2 Pzp), tak jak utrzymywał odwołujący.

Podkreślenia wymagało także, że w orzecznictwie izby wielokrotnie wskazywano, iż wyjaśnienia treści SWZ dokonane przez zamawiającego stanowią integralną jej część. W konsekwencji wprowadzenie zmian w wyniku odpowiedzi nie wiąże się z żadnymi dodatkowymi obowiązkami po stronie zamawiającego – np. koniecznością przygotowania formalnie jednolitej treści SWZ, gdyby udzielone odpowiedzi modyfikowały treść SWZ.Dokonana przez zamawiającego zmiana odpowiedzi na pytanie z 18 listopada 2024 r. odpowiadała wszystkim wymaganiom ustawowym. Została przeprowadzona przed dniem otwarcia ofert, została opublikowana na stronie internetowej prowadzonego postępowania 18 listopada 2024 r., a więc na 9 dni przed terminem składania ofert. Ponadto zawierała porównanie treści dotychczasowej i treści nowej, co pozwalało jednoznacznie zidentyfikować zmianę.

Dostrzec należało również, że jeśli odwołujący uważał, iż zmiana z 18 listopada 2024 r. jest niezgodna z przepisami, to miał prawo do skorzystania że środków ochrony prawnej wobec dokumentów zamówienia, czego jednak nie uczynił. Skoro tego nie uczynił, to udzielona korekta odpowiedzi stała się wiążąca nie tylko dla zamawiającego, ale i dla wszystkich wykonawców, w tym również odwołującego. Przestrzeganie zaś ustalonych w toku postępowania zasad wiążących wszystkich wykonawców, jest warunkiem zapewnienia w postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości postępowania (art. 16 Pzp). Z naruszeniami obu tych naczelnych zasad mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie respektował czynności zakomunikowanej wykonawcom 18 listopada 2024 r.

Porównując zatem treść oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 5 pozycja 2 do wymagań zamawiającego opisanych w SWZ należało dojść do wniosku, że oferta ta jest sprzeczna z warunkami zamówienia. Wobec powyższego zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w pakiecie nr 5 i prawidłowo wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP

109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie izby w wysokości 236,60 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……