

## WYROK

Warszawa, dnia 11 września 2025 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2025 r. przez wykonawcę Consultronix Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie z siedzibą w Lublinie przy udziale wykonawcy Bausch & Lomb Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - uczestnika po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Bausch & Lomb Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy Bausch & Lomb Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez tego wykonawcę.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2978/25

### Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie z siedzibą w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup aparatury i sprzętu medycznego w ramach projektu „Utworzenie Europejskiego Centrum Innowacyjnej Terapii Chorób Płamki Żółtej” – część I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lutego 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 106117-2025.

I. W dniu 18 lipca 2025 r. wykonawca Consultronix Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie zadania 43:

– zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako oferty której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

– czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zamiast wyboru oferty Odwołującego).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. poz. 5, 10 Załącznika nr 43AR do SWZ – Aparat do witrektomii ze sprężarką 2 szt., a które to zaniechanie skutkowało dokonaniem oceny i wyboru oferty niespełniającej warunków zamówienia i w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podczas gdy oferta ta podlegała na mocy ustawy Pzp odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, a tym samym oferta złożona przez Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 9 lipca 2025 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako oferty której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił następujące stanowisko:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia co do zadania 43 (Aparat do witrektomii ze sprężarką 2 szt.) znajduje się w Załączniku 43AR – Formularz ofertowy (dalej, jako: „Formularz oferty”). Zgodnie z poz. 3 Formularza oferty Zamawiający wymaga, aby aparaty spełniały warunek posiadania „pompy perystaltycznej wbudowanej w konsolę urządzenia”. Do zmiany ww. warunku doszło w drodze udzielenia z dniem 18 marca 2025 r. odpowiedzi przez Zamawiającego na pytanie wykonawcy Bausch&Lomb: „Czy Zamawiający w załączniku nr 43AR poz. 3 dopuści aparat do witrektomii z jedną, wbudowaną w konsolę urządzenia, zaawansowaną technologicznie pompą venturi pozwalającą na efektywne i bezpieczne przeprowadzenie zabiegów zarówno zaćmy, jak i witrektomii?” Zamawiający na postawione pytanie udzielił odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza”.

Ww. zmiana warunku co do posiadania przez aparaty pompy perystaltycznej nie pociągnęła za sobą odpowiednich zmian co do pozostałych warunków zamówienia oznaczonych w Formularzu oferty, tj. pkt 5 i 10. Wykonawca Bausch&Lomb zadał pytanie w zakresie poz. 5 Formularza oferty: „Czy Zamawiający w załączniku 43AR poz. 5 dopuści aparat bez możliwości określenia i regulowania maksymalnego możliwego przepływu pompy perystaltycznej, za to dzięki pracy aparatu pompie venturi, z możliwością regulacji szybkości narastania (min. 5 poziomów) i sposobu ładowania (min. 3 poziomy) podciśnienia?”. Zamawiający z dnia 18 marca 2025 r. udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SWZ”. W konsekwencji Zamawiający podtrzymał warunek z poz. 5 Formularza oferty, tj. posiadania przez oferowane aparaty maksymalnego możliwego przepływu pompy perystaltycznej min. 50 ml/min.

Analogicznie wykonawca Bausch&Lomb zadał pytanie w zakresie poz. 10 Formularza oferty: „Czy Zamawiający w załączniku 43AR poz. 10 dopuści aparat bez możliwości sterowania między pompami za pomocą ekranu urządzenia lub dedykowanego sterownika za to z wbudowaną w konsolę zaawansowaną technologicznie pompą venturi pozwalającą na efektywne i bezpieczne przeprowadzenie zabiegów zarówno zaćmy, jak i witrektomii?”. W dniu 25 marca 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SWZ”. W konsekwencji Zamawiający utrzymał obowiązek posiadania przez aparaty możliwości sterowania między pompami za pomocą ekranu urządzenia lub dedykowanego sterownika. Z literalnego brzmienia zapisu poz. 10 Formularza oferty, jak i logicznej spójności wynika, że aparaty oferowane w ramach zadania nr 43 muszą być wyposażone w co najmniej dwie pompy.

Wskazane powyżej zamiany treści SWZ w zakresie Formularza ofertowego dotyczyły wyłącznie pozycji nr 3 i 4 Formularza. W drodze odpowiedzi na zadane Zamawiającemu pytania nie doszło do jakiegokolwiek zmiany wymogów stawianych aparatom w poz. 5 i 10 Formularza oferty.

Formularz w zakresie każdej pozycji wymagał wskazania przez wykonawców czy oferowany sprzęt spełnia poszczególne założenia Zamawiającego przez złożenie odpowiedzi TAK. Przez odpowiedź twierdzącą składaną w treści tabeli Formularza wykonawcy potwierdzali spełnienie warunków technicznych przez urządzenia, opisując określone parametry.

W poz. 3 Formularza oferty wykonawca Bausch&Lomb oświadczył co do spełniania przez oferowane aparaty [wymogu] posiadania pompy perystaltycznej: „Tak, zgodnie z dopuszczeniem w odpowiedziach z dnia 18.03.2025 r. Wykonawca oferuje aparaty z jedną wbudowaną w konsolę urządzenia zaawansowaną technologicznie pompą venturi.” Mając na uwadze, że w drodze odpowiedzi Zamawiającego z dnia 18.03.2025 r. Zamawiający w istocie dopuścił do postępowania aparat wyposażony w pompę venturi, to wskazać należy, że wykonawca nie był przez to uprawniony do wskazania w kolumnie „Odpowiedź wykonawcy” w poz. 3 wartości „TAK”, która niezależnie od dopuszczenia świadczy o posiadaniu przez sprzęt pompy perystaltycznej, co jest niezgodne ze stanem faktycznym. Wykonawca wskutek odpowiedzi Zamawiającego w wyjaśnieniach do SWZ nie był uprawniony do oznaczenia, jako swej odpowiedzi co do poz. 3 Formularza „TAK”, jednocześnie w kolumnie „Wartość oferowanego parametru, opisać” powołując się na dopuszczenie odpowiedzią na pytanie aparatu wyposażonego w pompę venturi zamiast w pompy perystaltyczne.

Analogicznie w poz. 4 Formularza oferty wykonawca Bausch&Lomb oświadczył co do spełniania warunku maksymalnego możliwego podciśnienia pompy perystaltycznej min. 650 mmHg: „Tak, zgodnie z dopuszczeniem w odpowiedziach z dnia 18.03.2025 r. Wykonawca oferuje aparaty spełniające parametr maksymalnego możliwego podciśnienia min. 650 mmHg osiąganego przy pracy na pompie venturi.” Skoro aparaty oferowane przez wykonawcę nie są w ogóle wyposażone w pompy perystaltyczne, to odpowiedź wykonawcy winna była przybrać treść „NIE”, jako odpowiedź zgodna z rzeczywistym stanem faktycznym, z powołaniem się na dopuszczenie parametru w odpowiedzi udzielonej na pytanie dot. pozycji nr 4.

W zakresie poz. 3 i 4, mimo wyrażonej przez Zamawiającego zgody na opisane w pytaniach parametry, Wykonawca powinien zgodnie ze stanem faktycznym odpowiedzieć „NIE”. Wpisanie treści „TAK” w rubrykach poz. 3 i 4, które literalnie nie zostały zmienione przez Zamawiającego, a jedynie dopuścił on zmiany w odpowiedzi na pytania, skutkują wewnętrzną sprzecznością treści oferty i oświadczeniami niezgodnymi z prawdą, skoro oferowany przez Bausch &Lomb sprzęt pompy perystaltycznej nie posiada, a wpisując „TAK” [wykonawca] potwierdza, że ją posiada, a tego dotyczyły wskazane wyżej rubryki w poz. 3 i 4.

Wykonawca Bausch&Lomb również w pkt 5 Formularza oferty oświadczył: „Tak, parametr dotyczy pompy perystaltycznej, a zgodnie z dopuszczeniem w odpowiedziach z dnia 18.03.2023 Wykonawca oferuje aparaty z jedną wbudowaną w konsolę urządzenia, zaawansowaną technologicznie pompą venturi”. W tym zakresie Wykonawca nie tylko literalnie popadł w wewnętrzną sprzeczność, ale w sposób nieuprawniony zmodyfikował obowiązywanie warunku z poz. 5 Formularza, który to nie uległ żadnym modyfikacjom i obowiązywał w niezmienionej treści.

W poz. 10 Formularza oferty wykonawca Bausch&Lomb oświadczył: „Tak, parametr dotyczy aparatów z dwiema pompami, a zgodnie z dopuszczeniem w odpowiedziach z dnia 18.03.2025 Wykonawca oferuje aparaty z jedną wbudowaną w konsolę urządzenia, zaawansowaną technologicznie pompą venturi.” Wymóg z poz. 10 również nie uległ jakimkolwiek modyfikacjom w drodze odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytanie. Zamawiający wprost wskazał bowiem, że wymóg z poz. 10 utrzymuje zgodnie z treścią SWZ. Wykonawca Bausch&Lomb ponownie zatem w sposób nieuprawniony zmodyfikował obowiązywanie warunku z poz. 10 Formularza, który to nie uległ żadnym modyfikacjom i obowiązywał w niezmienionej treści.

W Formularzu oferty Zamawiający nie przewidział rubryk do oznaczenia przez wykonawców, że dany parametr nie dotyczy oferowanych aparatów czy też nie odnosi się do zaproponowanego sprzętu. Formularz ofertowy sporządzony został w sposób czytelny i tak też winien zostać uzupełniony, zgodnie z jego literalną treścią. W ramach zadania nr 43 Zamawiający w ogóle nie przewidział możliwości oferowania urządzeń równoważnych względem aparatów objętych zamówieniem, w szczególności nie wskazał parametrów dla urządzeń równoważnych. Zamawiający przewidział możliwość oferowania jednego, określonego treścią Formularza oferty, sprzętu.

8 maja 2025 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania w części dotyczącej nr 43. Zamawiający wskazał, że w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 18 marca 2025 r. doszło do zmiany warunku z poz. 3 Formularza oferty, w którym Zamawiający dopuścił urządzenia wyposażone w jedną pompę, przy czym urządzenia te nie mogą zostać dopuszczone na gruncie warunków zamówienia z poz. 5 i 10 Formularza oferty. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że dokumentacja przetargowa stała się niespójna, co miało uniemożliwiać rzetelne porównanie ofert.

Od czynności unieważnienia Postępowania w zakresie zadania 43 odwołanie złożył wykonawca Bausch&Lomb, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, w której warunki zamówienia są jasne i umożliwiają rzetelne porównanie złożonych ofert. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, pismem z dnia 4 czerwca 2025 r., uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. W dniu 9 lipca 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Bausch&Lomb, która uzyskała 9,60 punktów. Drugą najkorzystniejszą ofertą była oferta złożona przez Odwołującego z oceną 7,01 punktów.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Oferta wykonawcy Bausch&Lomb nie spełnia warunków z poz. 5 Formularza oferty, tj. co do maksymalnego przepływu pompy perystaltycznej min. 50 ml/min oraz w zakresie warunku z poz. 10 Formularza, tj. co do możliwości sterowania między pompami za pomocą ekranu urządzenia lub dedykowanego sterownika. Natomiast w zakresie dotyczącym poz. 3 i poz. 4 oferta zawiera wewnętrzną sprzeczność, bowiem w poz. 3 – pompa perystaltyczna wbudowana w konsolę urządzenia oraz w poz. 4 – maksymalne możliwe podciśnienie pompy perystaltycznej min. 650 mmHg wykonawca w rubrykach „ODPOWIEDŹ WYKONAWCY” – „WARTOŚĆ OFEROWANEGO PARAMETRU, OPISAC” wpisał treść „

mimo że jego sprzęt nie posiada pompy perystaltycznej, a literalna treść poz. 3 i 4 tego warunku wymagała. Mimo zatem, że Zamawiający dopuścił postulowane przez wykonawcę zmiany udzielając odpowiedzi na pytania dot. poz. 3 i 4, Wykonawca powinien zgodnie ze stanem faktycznym uzupełnić Formularz oferty wpisując „NIE”.

Równoczesne przyznanie twierdzeniom wykonawcy Bausch&Lomb i Zamawiającego, że warunki zamówienia nie wprowadzały w błąd, były jasne i umożliwiały tym samym dokonanie w oparciu o ich treść rzetelną ocenę ofert, wyklucza automatycznie możliwość dopuszczenia oferty wykonawcy Bausch&Lomb jako zgodnej z SWZ, skoro już tylko z literalnej jej analizy można wywieść wniosek, że jest ona wewnętrznie sprzeczna i niezgodna z rzeczywistym stanem faktycznym. Jeśli bowiem z analizy treści dokumentów postępowania, w tym zwłaszcza z treści formularza oferty, wynika wprost, że oferta nie spełnia wymagań z pkt 3,4 5 i 10, a oferent mimo to zaznaczył w treści Formularza odpowiedź „TAK” w każdym z tych parametrów, czym potwierdził, że oferowany sprzęt spełnia te wymagania, jednocześnie opisując parametr w sposób wyraźnie wskazujący, że jednak go nie spełnia, to oznacza wprost, że oferta jest wewnętrznie sprzeczna i niezgodna z treścią SWZ.

Należy zróżnicować sytuacje dotyczące pkt 3 i 4 Formularza z sytuacją dotyczącą pkt 5 i 10 Formularza oferty. Zamawiający w pkt 5 wymagał podania wartości maksymalnego możliwego przepływu pompy perystaltycznej min. 50 ml/min i te parametry zostały określone wprost w ofercie w odniesieniu do pompy perystaltycznej w odróżnieniu od osobno wyartykułowanych wymagań odnośnie pompy venturiego (m.in. poz. 7). Pkt 10 Formularza oferty wymagał natomiast możliwości sterowania między pompami za pomocą ekranu urządzenia lub dedykowanego sterownika. Wykonawca Bausch&Lomb w treści Formularza oferty w poz.5 oraz poz. 10 wpisał w kolumnie – Odpowiedź Wykonawcy: „TAK”, mimo iż oferowany sprzęt w ogóle nie posiada pompy perystaltycznej. W kolumnach „Wartość oferowanego parametru, opisać” wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą wprost odwołał się do okoliczności zmiany warunku z poz. 3 Formularza nie podając wymaganych parametrów dla pompy perystaltycznej. Wykonawca Bausch&Lomb w wypełnionym i złożonym Formularzu oferty wprost powoływał się na rzekomą zmianę przez Zamawiającego wymogów w drodze udzielonych przez Zamawiającego z dniem 18 marca 2025 r. odpowiedzi na pytania wykonawców. W rzeczywistości Zamawiający dokonał zmiany wyłącznie w zakresie warunku określonego w poz. 3 i 4 Formularza. Co do pozostałych wymogów zawartych w Formularzu nie nastąpiła jakakolwiek zmiana. Wykonawca w drodze samowolnej interpretacji jednostkowych odpowiedzi Zamawiającego udzielonej na zadane przez tego Wykonawcę pytanie dotyczące wyłącznie warunku z poz. 3 i 4 dokonał zmiany warunku z poz. 5, 10 Formularza oferty. Wykonawca, po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 18 marca 2025 r. w zakresie zmiany warunku z poz. 3 Formularza (dopuszczenie aparatu wyposażonego w pompę venturi), miał na mocy art. 135 ustawy Pzp prawo do żądania dalszych wyjaśnień. Niemniej, Wykonawca świadomie zrezygnował z możliwości rozwiania wątpliwości mogących powstać w związku z brakiem dopuszczenia przez Zamawiającego aparatów objętych ofertą tego wykonawcy pod względem warunku z poz. 5, 10 Formularza. Wykonawca celowo pozostawił sobie sposobność do dokonania samowolnej interpretacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, mimo świadomości, że oferowany sprzęt w rzeczywistości nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie poz. 5 i 10. Zważając na powyższe podkreślić należy, że Formularz ofertowy złożony przez wykonawcę, którego ofertę wybrano w Postępowaniu zawiera w swej treści wewnętrzne sprzeczności wskazując, przy parametrach z poz. 5 i 10, których sprzęt nie posiada „TAK”, jednocześnie nie wpisując posiadanych parametrów, a zatem oferta zawiera brak prawidłowego wskazania spełnienia warunków technicznych określonych przez Zamawiającego, przy czym podkreślić należy, że oferta tym samym dotknięta jest brakami merytorycznymi w zakresie w jakim aparaty wyposażone w pompę venturi w rzeczywistości: a) nie posiadają maksymalnego możliwego przepływu pompy perystaltycznej min. 50 ml/min (poz. 5 Formularza), b) nie mają możliwości sterowania między pompami za pomocą ekranu urządzenia lub dedykowanego sterownika (poz. 10 Formularza), bowiem posiadają pompę w ilości 1 szt. Dokonując oceny faktycznej odpowiedzi Zamawiającego o treści: „Zgodnie z SWZ” w zakresie pytań dot. poz. 5 i 10 w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiający utrzymał w mocy oznaczone warunki zamówienia. Wobec braku modyfikacji warunków zamówienia w poz. 5 i 10 Formularza oferty Zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy Bausch&Lomb, jako niespełniającej ww. warunków zamówienia. Zamawiający samodzielnie zwrócił uprzednio uwagę na brak wypełnienia ww. warunków przez wybranego wykonawcę wskazując w treści pisma z dnia 08.05.2025 r., że dopuszczając do postępowania urządzenie wyposażone w jedną pompę venturi, dwa parametry tego aparatu zostały wycofane z dopuszczenia. Zamawiający nie dokonał żadnych dalszych zmian treści dokumentów zamówienia, utrzymując powyższy stan faktyczny. W konsekwencji dokonania przez Zamawiającego rzetelnej oceny treści oferty złożonej przez wykonawcę Bausch&Lomb Zamawiający na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp obowiązany był do odrzucenia oferty. Jednocześnie Zamawiający uwzględniając poprzednio złożone przez wykonawcę Bausch&Lomb odwołanie, które dotyczyło czynności unieważnienia postępowania, nie mógł tym samym dokonać wiążąco zmiany SWZ w zakresie poprzednio udzielonych odpowiedzi w zakresie poz. 5 i 10 Formularza oferty. Istotą odwołania była ocena czynności unieważnienia postępowania z uwagi na zapisy SWZ. Skoro

Zamawiający uznał odwołanie, uznał tym samym, że zapisy SWZ były klarowne – również w zakresie udzielonych poprzednio odpowiedzi na pytania – i pozwalały na dokonanie oceny ofert wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do wniosku, że Zamawiający uwzględniając odwołanie, dokonał w sposób dorozumiany zmiany treści SWZ, a już sam fakt, że miało to miejsce po złożeniu ofert, rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania stron. Jeśli zatem Zamawiający uznał, że poprzednio sformułowane przez niego zapisy SWZ, w tym odpowiedzi na pytania w zakresie poz. 5 i 10 były jasne i klarowne, to następnie wybierając ofertę niespełniającą wymagań z pkt 5 i 10, a jednocześnie sprzeczną w samej swej treści w zakresie poz. 3,4,5 i 10, a zatem ofertę podlegającą odrzuceniu, sam sobie zaprzeczył. Nawet gdyby przyjąć bardzo liberalną wykładnię zapisów SWZ i punkt widzenia wykonawcy Bausch&Lomb, że Zamawiający dopuścił zaferowanie sprzętu wyłącznie z jedną pompą venturii, to skutkować to musiało takim wypełnieniem przez tego wykonawcę formularza oferty, w którym w pkt 3, 4, 5, 10 w rubryce „ODPOWIEDŹ WYKONAWCY- WARTOŚĆ OFEROWANEJ PARAMETRU” powinno się pojawić – zgodnie ze stanem faktycznym – NIE, skoro sprzęt oferowany przez tego wykonawcę nie posiada pompy perystaltycznej, co jest okolicznością bezsporną w świetle choćby danych z oferty. Zaznaczenie odpowiedzi „TAK” jest w sposób oczywisty sprzeczne z istniejącym stanem faktycznym, skoro oferowany sprzęt pompy perystaltycznej nie posiada. To z kolei w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, że oferta została wypełniona w zakresie formalnym w sposób niezgodny z SWZ, a jednocześnie merytorycznie nie spełnia wymagań Zamawiającego i jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w poz. 5 i 10, co wprost potwierdził Zamawiający odpowiadając na pytania dotyczące propozycji zmiany tych parametrów „Zgodnie z SWZ”.

Zamawiający zaniechał wykonania swego ustawowego obowiązku i nie odrzucił oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o. na etapie oceny ofert, dopuszczając tym samym do postępowania ofertę niespełniającą warunków zamówienia. Takie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób bezpośredni prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskutek ww. zachowania Zamawiającego doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający stawiając ograniczenia w udziale w Postępowaniu poprzez postawienie oznaczonych warunków, nie egzekwuje ich zastosowania względem wybranego wykonawcy i dopuszcza do sytuacji, w której oferta w sposób oczywisty niezgodna z warunkami zamówienia jest uznawana za najkorzystniejszą. Zamawiający sam dał temu wyraz wprost wskazując, w pierwotnie podjętej czynności unieważnienia postępowania, że nie zezwolił na zmianę parametrów w pkt 5 i 10. Takiej zmiany nie rodziło również uwzględnienie odwołania, które w swej istocie kwestionowało czynność unieważnienia postępowania. Zatem przyjmując, że Zamawiający uwzględniając odwołanie, w oparciu o istniejące zapisy SWZ uznał, że dokumentacja postępowania jest jasna, klarowna i czytelna i brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, miał jedno wyjście – a zatem powinien uznać, że oferta Bausch&Lomb w zakresie kwestionowanych parametrów poz. 5 i 10 nie spełnia wymagań SWZ, a zatem winien taką ofertę odrzucić. Zaniechanie takiej czynności wypełnia również znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający w sposób uprzywilejowany dopuszcza ofertę wprost sprzeczną z warunkami zamówienia przez jednego, wybranego wykonawcę.

Zarzut naruszenia art. 239 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Bausch&Lomb, jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu wobec wypełnienia przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uwzględniając konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Bausch&Lomb Poland sp. z o.o., ofertą spełniającą warunki zamówienia oraz posiadającą walor oferty najkorzystniejszej była oferta Odwołującego, która w rankingu ocen zdobyła 7,01 pkt i ona powinna zostać wybrana.

II. W dniu 26 sierpnia 2025 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, zawierająca oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Bausch & Lomb Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 29 lipca 2025 r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Przystępujący podniósł, że odwołanie powinno podlegać odrzuceniu, jako stanowiące spóźnioną polemikę z jego stanowiskiem przedstawionym w sprawie KIO 1961/25.

W dniu 27 sierpnia 2025 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Przystępującego zawierające oświadczenie o sprzeciwie wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie

z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 1961/25 zostało umorzone wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania i braku sprzeciwu ze strony wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego. Żądania podniesione w odwołaniu w tamtej sprawie były następujące: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 9 maja 2025 r. w przedmiocie unieważnienia Postępowania w części dotyczącej zadania nr 43 oraz nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia w całości czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Na skutek umorzenia postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1961/25 Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania, przeprowadził czynność badania i oceny ofert i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Postąpił zatem zgodnie z żądaniami zawartymi w poprzednim odwołaniu. Uwzględnienia zarzutów odwołania nie można traktować jako przyznania racji każdemu twierdzeniu jakie zostało przedstawione w odwołaniu. Natomiast obecne odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Nie można zatem uznać, że (obecne) odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w (poprzednim) odwołaniu, którego zarzuty zostały przez Zamawiającego uwzględnione.

Okoliczności faktyczne w zakresie mającym znaczenie dla rozpoznania sprawy, dotyczące treści dokumentów zamówienia oraz treści ofert, nie były pomiędzy stronami sporne. Spór pomiędzy stronami wynika z odmiennej interpretacji prawnej zaistniałych faktów. Okoliczności te zostały przedstawione w odwołaniu, a także w piśmie Przystępującego z 29 lipca 2025 r. W związku z tym Izba nie będzie w tym miejscu przytaczać tych okoliczności, a jedynie dokona niezbędnego w tym zakresie uzupełnienia.

Przechodząc do stanowiska zajętego przez Izbę należy na wstępie przypomnieć, że zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W orzecznictwie przyjęto stanowisko, zgodnie z którym odrzucenie oferty na tej podstawie może mieć miejsce w sytuacji, gdy można jednoznacznie stwierdzić sprzeczność oferty z postanowieniami określającymi warunki zamówienia. Konieczne jest ustalenie, że treść oferty jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentów zamówienia, które nie budzą wątpliwości w zakresie ich interpretacji. W związku z tym należało odpowiedzieć na pytanie, czy postanowienia dokumentów zamówienia (specyfikacji warunków zamówienia – „SWZ”), z którymi niezgodna miałyby być oferta Przystępującego, są jasne - nie budzą wątpliwości interpretacyjnych.

Na powyższe pytanie należy oczywiście udzielić odpowiedzi negatywnej – postanowienia SWZ nie są niejednoznaczne. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawcy (co traktowane jest jako modyfikacja SWZ) w następujący sposób:

Pytanie 1

dot. Poz. 3

Czy Zamawiający w załączniku nr 43AR poz. 3 dopuści aparat do witrektomii z jedną, wbudowaną w konsolę urządzenia, zaawansowaną technologicznie pompą venturi pozwalającą na efektywne i bezpieczne przeprowadzenie zabiegów zarówno zaćmy jak i witrektomii?

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający dopuszcza

Pytanie 2

dot. Poz. 4

Czy Zamawiający w załączniku nr 43AR poz. 4 dopuści aparat spełniający parametr maksymalnego możliwego podciśnienia min. 650 mmHg osiąganego przy pracy na zaawansowanej technologicznie pompie venturi pozwalającej na bezpieczne i efektywne przeprowadzenie zabiegów zarówno zaćmy jak i witrektomii?

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający dopuszcza

Pytanie 3

dot. Poz. 5

Czy zamawiający w załączniku 43AR poz. 5 dopuści aparat bez możliwości określania i regulowania maksymalnego możliwego przepływu pompy perystaltycznej, za to dzięki pracy aparatu na zaawansowanej technologicznie pompie venturi, z możliwością regulacji szybkości narastania (min. 5 poziomów) i sposobu ładowania (min. 3 poziomy)

podciśnienia?

Odpowiedź zamawiającego: Zgodnie z SWZ

Pytanie 5

dot. Poz. 10

Czy zamawiający w załączniku 43AR poz. 10 dopuści aparat bez możliwości sterowania między pompami za pomocą ekranu urządzenia lub dedykowanego sterownika za to z wbudowaną w konsolę zaawansowaną technologicznie pompą venturi pozwalającą na efektywne i bezpieczne przeprowadzenie zabiegów zarówno zaćmy jak i witrektomii?

Odpowiedź zamawiającego: Zgodnie z SWZ

[pismo Zamawiającego z 02.2025 r., bez daty dziennej, zgodnie z ustaleniami na rozprawie z udziałem pełnomocników Odwołującego i Przystępującego jest to pismo z 18 marca 2025 r. – nazwa pliku elektronicznego „9. Odpowiedzi zapytania\_plamka żółta\_III\_25\_EO-3]

Zamawiający uznał, że w toku przygotowania i przekazywania dokumentacji popełnił istotne błędy, polegające na niejednoznacznych wyjaśnieniach udzielonych w odpowiedzi na pytania Wykonawców i w związku z tym podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 43 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej czynności:

„W zakresie zadania nr 43 Zamawiający wymagał „pompy perystaltycznej wbudowanej w konsolę urządzenia”. Jeden z Wykonawców zapytał, czy w Załączniku nr 43AR, poz. 3, dopuszczony zostanie aparat do witrektomii wyposażony w jedną, wbudowaną w konsolę, zaawansowaną technologicznie pompę venturi, umożliwiającą bezpieczne i efektywne przeprowadzenie zarówno zabiegów zaćmy, jak i witrektomii. W pierwszej odpowiedzi Zamawiający potwierdził, że taki aparat jest dopuszczony. Jednak w kolejnych wyjaśnieniach dwa parametry tego aparatu zostały wycofane z dopuszczenia. Wykonawca złożył ofertę opartą na pierwszej – dopuszczającej – odpowiedzi.

W rezultacie dokumentacja Zamawiającego stała się niespójna, wprowadziła w błąd Wykonawców składających oferty oraz uniemożliwiła rzetelne porównanie ofert oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Wady te mają charakter niemożliwy do usunięcia po otwarciu ofert, co zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp stanowi podstawę do unieważnienia postępowania.”

[pismo Zamawiającego z 8 maja 2025 r.]

W ww. piśmie Zamawiającego mowa jest o sprzeczności pomiędzy odpowiedziami dot. poz. 3 oraz odpowiedziami dotyczącymi poz. 5 i 10.

Izba podziela stanowiska, że ww. odpowiedzi na pytania, stanowiące jednocześnie modyfikację SWZ, skutkują niejednoznacznością postanowień tego dokumentu (w tym zakresie). Czy ta niejednoznaczność postanowień SWZ stanowi podstawę do unieważnienia postępowania? Na to pytanie skład orzekający Izby wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odpowiedzi udzielić nie może. Zagadnienie to wchodziło w zakres zarzutów w sprawie KIO 1961/25, które to postępowanie odwoławcze, wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (obecnego Odwołującego), zostało umorzone. Izba nie mogła zatem zająć w tym zakresie stanowiska w poprzednim postępowaniu odwoławczym (wobec jego umorzenia), jak i nie może tego uczynić w obecnym (wobec tego, że zagadnienie to nie jest objęte zakresem zarzutów odwołania). Wymaga w tym miejscu zauważenia, że Izba nie pełni roli organu nadzorczego nad zamawiającymi, nie należy do jej zadań kontrolowanie całego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Do kompetencji Izby należy rozpoznawanie odwołań w zakresie podniesionych zarzutów. Zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Mając zatem na uwadze okoliczność niejasności postanowień SWZ, na które wskazywał Odwołujący zarzucając ofercie Przystępującego niezgodność z warunkami zamówienia, nie można stwierdzić zaistnienia podstawy do odrzucenia tej oferty. Należy podkreślić, że odpowiedź na pytanie odnośnie możliwości dopuszczenia aparatu do witrektomii z jedną, wbudowaną w konsolę urządzenia, zaawansowaną technologicznie pompą venturi – nie budzi wątpliwości. Zamawiający udzielił całkowicie jednoznacznej odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza”. Wprawdzie stoją z tym w sprzeczności odpowiedzi udzielone na pytania dot. pozycji 5 i 10. Jednakże, należy zauważyć, że:

Po pierwsze, odpowiedzi na pytania dotyczące pozycji 5 i 10 nie są tak jasne jak odpowiedź udzielona na pytanie dotyczące pozycji 3. W przypadku odpowiedzi na pytania dotyczące pozycji 5 i 10 Zamawiający nie stwierdził jednoznacznie, że dopuszcza albo nie dopuszcza proponowane rozwiązanie, lecz odpowiedział „Zgodnie z SWZ”.

Niezależnie od tego, że jest to po prostu mniej konkretna odpowiedź, to nie można również wykluczyć takiej interpretacji, że chodzi o aktualną wersję SWZ, a zatem po uwzględnieniu wcześniejszej odpowiedzi na pytanie dotyczące pozycji 3. Po drugie, w prawie zamówień publicznych obowiązuje ugruntowana zasada, że niejasności postanowień SWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawcy. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że Przystępujący zaniechał wskazania Zamawiającemu na sprzeczność zaistniałą na gruncie odpowiedzi na pytania, nie zadał Zamawiającemu dodatkowych pytań, należy zauważyć, że taka sama możliwość leżała po stronie Odwołującego. Jak wynika ze stanowiska Przystępującego uznał on, że na gruncie udzielonych odpowiedzi Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na jeden z dwóch aparatów do witrektomii ze sprężarką, w tym na aparat do witrektomii z jedną, wbudowaną w konsolę urządzenia, zaawansowaną pompą venturii. Takiej interpretacji postanowień SWZ nie można całkowicie odrzucić, w szczególności, że w podobny sposób odczytał dokonane przez Zamawiającego wyjaśnienia SWZ także trzeci wykonawca, który złożył ofertą w zakresie tej części zamówienia.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego dotyczącego pozycji 3 i 4 formularza ofertowego Przystępującego należy dodać, że w tym zakresie Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać niezgodność z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał jedynie na wewnętrzną sprzeczność treści oferty.

Zdaniem składu orzekającego Izby oceny oferty wykonawcy należy dokonywać przy uwzględnieniu całej jej treści, a nie skupiać się wyłącznie na kwestiach formalnych. Okoliczność, że Przystępujący udzielił odpowiedzi „TAK” zamiast „NIE”, nie ma istotnego znaczenia, skoro jednocześnie odpowiedzi te zostały opatrzone komentarzem, z którego jasno wynika, co jest przedmiotem oferty tego wykonawcy. Dotyczy to zarówno zarzutów odnoszących się do poz. 3 i 4, jak i poz. 5 oraz 10.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 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).

Przewodnicząca: