

WYROK
z dnia 30 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 r. przez wykonawcę D.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.Ś. Eco Light Led z siedzibą w Słupsku przy ul. Portowej 13B (76-200 Słupsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Kronikarza Galla 25 (30-053 Kraków)

przy udziale wykonawcy Klaromed Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku przy ul. Jana III Sobieskiego 123 (05-070 Sulejówek), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę D.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.Ś. Eco Light Led z siedzibą w Słupsku i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy D.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.Ś. Eco Light Led z siedzibą w Słupsku na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Krakowie kwotę w wysokości 4 084 zł 76 gr (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA w Krakowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym na *dostawę aparatu do dekontaminacji pomieszczeń dla SP ZOZ MSWiA w Krakowie w ramach Projektu „Małopolska Tarcza Antykryzysowa – Pakiet Medyczny 3”*, o numerze ZP-68/22, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00397175/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 18 listopada 2022 r. wykonawca D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.Ś. Eco Light Led z siedzibą w Słupsku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Klaromed Spółka z o.o. pomimo, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) oraz dopuszczenia warunków oferty sprzecznej z wymaganiami SWZ i opisem przedmiotu zamówienia, a ponadto przez dowolne ustalanie kryterium oceny ofert i warunków spełnienia przez ofertę parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 pkt. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty i godzący w zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji
- 2) art. 57 Pzp przez niezastosowanie przez zamawiającego warunków udzielonego zamówienia i w konsekwencji wybór oferty, pomimo iż nie spełniała ona warunków udziału w postępowaniu i powinna podlegać odrzuceniu,;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Klaromed Sp. z o.o. pomimo, iż jej treść jest nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 4) art. 239 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty odwołującego, która w przedmiotowym postępowaniu była ofertą najkorzystniejszą.

Z uwagi na wskazane powyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- przeprowadzenie ponownego badania ofert;
- dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wyjaśnił, że przysługiwała mu legitymacja do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia i poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego Pzp. Zdaniem odwołującego jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ zamawiający naruszając przepisy Pzp niesłusznie dokonał wyboru oferty złożonej przez Klaromed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Wskutek czynności zamawiającego odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku, który zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Oferta odwołującego jest jedyną, która w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryterium oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 18 października 2022 r. zamieszczono dokumentację związaną z postępowaniem. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 18 października 2022 r. kryterium oceny ofert stanowić miał procentowy sposób określenia wagi kryteriów oceny ofert, a zamawiający uwzględnił jako kryteria oceny – kryterium ceny oraz kryterium jakości. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został objęty załącznikiem nr 2 do SWZ, w którym to dokumencie opisano przedmiot zamówienia. Dokument określa parametry techniczne, w tym parametry, które są wymagane przez zamawiającego. W zestawieniu parametrów technicznych z dnia 18 października 2022 r. wskazano między innymi, że wymagane są następujące parametry: karta dozymetryczna lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji oraz kategorię emisji optycznej 2 (norma EN12198). Następnie w dniu 25 października 2022 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Zmianie uległ również załącznik nr 2 określający przedmiot zamówienia, natomiast nie uległy zmianie wymagania w zakresie karty dozymetrycznej lub innego narzędzia potwierdzającego efektywność dezynfekcji oraz kategorii emisji optycznej 2 (norma EN12198) za wyjątkiem tego, że zamawiający dopuścił urządzenia bez kategorii emisji optycznej 2 (norma EN12198). W dniu 25 października 2022 r. zamawiający udzielił również odpowiedzi na pytania do treści specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z pytaniem nr 15 poz. 15 w przedmiocie tego, czy zamawiający dopuści urządzenie bez Karty dozymetrycznej lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji zamawiający udzielił odpowiedzi „Zamawiający dopuszcza”. Następnie na pytanie nr 17 poz. 23 w przedmiocie tego, czy zamawiający dopuści urządzenie bez kategorii emisji optycznej 2

(norma EN12198) zamawiający udzielił odpowiedzi „Zamawiający dopuszcza”. Powyższe odpowiedzi, w szczególności w zakresie dopuszczenia urządzenia bez Karty dozymetrycznej lub innego narzędzia potwierdzającego efektywność dezynfekcji wskazują na fakt, że zamawiający udzielił sprzecznej do warunków zamówienia i SWZ odpowiedzi, a ponadto rozpatrywał oferty w sposób nieprawidłowy a przez to dowolny, tj. zgodnie z udzieloną odpowiedzią, a nie zgodnie z SWZ. Zdaniem odwołującego, działania zamawiającego doprowadziły do sytuacji, że całe postępowanie należy uznać za nieważne, a w szczególności wybór wykonawcy z uwagi na sprzeczne zasady udzielenia zamówienia i oceny zgłoszonych ofert.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że w dniu 14 listopada 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Najkorzystniejszą ofertą okazała się być oferta złożona przez Klaromed Sp. z o.o. Drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertą została oferta złożona przez D.Ś. Eco Light Led. Wybór oferty Klaromed Sp. z o.o. zamawiający uzasadnił w ten sposób, że spełnia ona wszystkie wymagania zamawiającego określone w specyfikacji oraz zgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w specyfikacji otrzymała największą ilość punktów, tj. 95 pkt. Druga najkorzystniejsza oferta uzyskała 87,66 pkt. Zasadniczą różnicą pomiędzy oceną dwóch ofert było przyznanie przez zamawiającego na rzecz odwołującego maksymalnej liczby punktów w kategorii parametrów technicznych oraz tym samym mniejszej liczby punktów w kategorii ceny, natomiast na rzecz Klaromed Sp. z o.o. zamawiający przyznał maksymalną liczbę punktów w kategorii ceny, a mniejszą liczbę punktów w kategorii parametrów technicznych. Odwołujący nie zgodził się z tak dokonany wybór. Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę warunki SWZ postępowania, wobec oferty złożonej przez Klaromed Sp. z o.o. należy jednoznacznie stwierdzić, że wskazana oferta winna zostać odrzucona z uwagi na brak spełnienia istotnego parametru technicznego, wskazanego w pkt 15 załącznika nr 2 do SWZ oraz pozostałe zaniebdania proceduralne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Pzp zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da

gwarancję jego należytego wykonania. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję. Zasada równego traktowania wymaga od zamawiającego traktowania wszystkich wykonawców, którzy znajdują się w tej samej sytuacji, w identyczny sposób. Zamawiający powinien jednakowo traktować wszystkich wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców i powinien stosować jedną miarę do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, co nie oznacza obowiązku jednakowej oceny wykonawców, jednakże zasady obowiązujące w ramach badania i oceny wykonawców muszą być takie same. Kolejną zasadą przejawiającą równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu jest konieczność prowadzenia każdego z postępowań w sposób przejrzysty. Zamawiający ustala ramy postępowania poprzez określenie m.in. jakie są jego wymagania odnośnie do opisu przedmiotu zamówienia, jakie kryteria kwalifikacji muszą zostać spełnione przez wykonawców, wskazuje na obowiązki w zakresie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak również określa wszelkiego rodzaju wymagania o charakterze technicznym i organizacyjnym. Wszelkiego rodzaju wymagania zamawiający określa w publikowanych ogłoszeniach, jak również w dokumentach zamówienia, przy czym po upływie stosownych terminów, np. terminu złożenia oferty, wymagania określające sposób postępowania zamawiającego w stosunku do wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu, są wiążące w ramach tego postępowania dla wykonawców, a przede wszystkim dla zamawiającego. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert postępować w odmienny sposób, niż wynika to z dokumentów zamówienia, co przejawia się nie tylko w zakazie wprowadzania dodatkowych, niewyartykułowanych wcześniej, wymogów, pod kątem spełnienia których zamawiający chciałby badać wykonawców lub złożone przez nich oferty, lecz również w zakazie pomijania poszczególnych zapisów dokumentów zamówienia i omięcia aspektów nimi objętych w procesie badania poszczególnych ofert lub weryfikacji potencjału wykonawców. Należy stwierdzić, że wykonawca, analizując dokumenty zamówienia, musi dysponować kompletem informacji odnośnie do wymagań zamawiającego i wiedzieć, co jest od niego oczekiwane na poszczególnych etapach postępowania. Zamawiający, tworząc dokumenty zamówienia, zobligowany jest do jednoznacznego i precyzyjnego określenia, jakie są jego oczekiwania wobec wykonawców, co przejawia się w

obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz takiego określenia warunków czy też kryteriów oceny, jakie będą wiązać go w toku postępowania, aby dla wszystkich uczestników danego postępowania było jasne, jak zamawiający oceni każdego z nich.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w niniejszym postępowaniu zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę, którego oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie zapewnia spełnienia wszystkich wymaganych parametrów wskazanych przez zamawiającego, które to wymagania zostały wskazane w odpowiedzi na pytania sprzecznie z opisem przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający powinien zatem dokonać oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie – jak na mocy przepisów Pzp z 2004 r. – z SIWZ. Dokonując analizy art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt. 29 Pzp należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne.

Ponadto odwołujący wyjaśnił, że za najkorzystniejszą może zostać uznana wyłącznie oferta niepodlegająca odrzuceniu, złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, którego oferta stanowi realną odpowiedź na zgłoszone w dokumentach zamówienia zapotrzebowanie zamawiającego, a nie została sporządzona wyłącznie z myślą o uzyskaniu maksymalnej oceny punktowej. Tym samym zamawiający zobowiązany jest – przed dokonaniem oceny – zbadać treść oferty; jest on zobowiązany zweryfikować realność propozycji wykonawcy, tak by ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, iż nie ma do czynienia z sytuacją, w której treść oferty była sporządzona w oderwaniu od rzeczywistych warunków realizacyjnych, jedynie z myślą o maksymalizacji uzyskanej oceny punktowej. Oferta taka nie może bowiem zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe odwołujący uznał, że wybrana przez zamawiającego oferta jako oferta najkorzystniejsza została wybrana sprzecznie z przepisami prawa, ponieważ:

- a) zamawiający w sposób dowolny i sprzeczny z SWZ ustalał warunki postępowania i oceniał złożone oferty;
- b) oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie spełnienia parametrów technicznych określonych przez zamawiającego jako wymagane;
- c) przyznanie przez zamawiającego punktów uzyskanych w kryterium „Cena” zostało dokonane w oderwaniu od zweryfikowania rzeczywistego stosunku jakości do ceny w

odniesieniu do posiadania przez przedmiot zamówienia wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Klaromed Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku.

W dniu 29 listopada 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Tego samego dnia tj. 29 listopada 2022 r. również wykonawca zgłaszający przystąpienie przekazał pismo procesowe, w którym zawarł stanowisko na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący w dniu 30 listopada 2022 r., przed otwarciem posiedzenia, złożył do akt sprawy pismo procesowe, którym wskazał, że ma ono charakter pisma uzupełniającego, które zostało złożone w ślad za wniesionym odwołaniem.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 listopada 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- odpowiedzi na pytania do treści SWZ z dnia 25 października 2022 r.;
- zmodyfikowaną SWZ w dniu 25 października 2022 r.
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- złożony przez przystępującego wykaz dostaw wraz z referencjami;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 listopada 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania w dniu 18 października 2022 r. Tego samego dnia zamawiający opublikował także SWZ wraz z załącznikami. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2 do SWZ. Pkt 15, 16 i 23 ww. załącznika posiadały następującą treść:

L.p.	Parametr	Parametr wymagany	Parametr oferowany
(...)	(...)	(...)	
15	Karta dozymetryczna lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji	Tak	
16	System pomiarowy laserowy	Tak	
(...)	(...)	(...)	
23	Kategoria emisji optycznej 2 (norma EN12198)	Tak	

W dniu 25 października 2022 r. zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania zadane do treści SWZ. Odpowiedzi na pytanie nr 15, 16 i 17 dotyczyły pozycji nr 15, 16 i 23 ww. załącznika. Treść ww. pytań i odpowiedzi przedstawiała się następująco:

Pytanie nr 15

POZ. 15

Czy Zamawiający dopuści urządzenie bez Karty dozymetrycznej lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 16

POZ. 16

Czy Zamawiający dopuści dalmierz laserowy jako oddzielne urządzenie jako system pomiarowy laserowy?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 17

POZ. 23

Czy Zamawiający dopuści urządzenie bez kategorii emisji optycznej 2 (norma EN12198)? Norma ta pozwala ocenić ryzyko zdrowotne podczas pracy przy urządzeniu i ma określić długość czasu jaki można przebywać z maszyną.

Przy maszynie emitującej promieniowanie UVC podczas pracy promienników nie można przebywać w jej otoczeniu, ponieważ jest to szkodliwe dla zdrowia. O ile wystąpienie skutków ostrych po jednorazowym oddziaływaniu UVC prowadzi do bolesnych schorzeń, takich jak zapalenie rogówki albo oparzenie skóry, to są to schorzenia, które po pewnym czasie ustępują. Z kolei sumacyjny charakter (wielokrotnej ekspozycji na promieniowanie) oddziaływania fotochemicznego skutkuje tym, że mogą wystąpić poważne zmiany chorobowe np. nowotworowe.

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Tego samego dnia tj. 25 października 2022 r. zamawiający opublikował zmodyfikowany SWZ wraz z załącznikiem nr 2. Treść poz. 15, 16 i 23 załącznika nr 2 do SWZ była następująca:

L.p.	Parametr	Parametr wymagany	Parametr oferowany
(...)	(...)	(...)	
15	Karta dozymetryczna lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji	Tak	
16	System pomiarowy laserowy Zamawiający dopuszcza dalmierz laserowy	Tak	

	jako oddzielne urządzenie jako system pomiarowy laserowy		
(...)	(...)	(...)	
23	Kategoria emisji optycznej 2 (norma EN12198) Zamawiający dopuszcza urządzenie bez kategorii emisji optycznej 2 (norma EN12198)	Tak	

Oferty w postępowaniu złożyli dwaj wykonawcy – odwołujący i przystępujący. Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 do SWZ. Poz. 15, 16 i 23 wypełnionego przez przystępującego załącznika nr 2 do SWZ przedstawiały się w następujący sposób:

L.p.	Parametr	Parametr wymagany	Parametr oferowany
(...)	(...)	(...)	
15	Karta dozymetryczna lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji	Tak	Tak - Karta dozymetryczna potwierdzająca efektywność dezynfekcji
16	System pomiarowy laserowy Zamawiający dopuszcza dalmierz laserowy jako oddzielne urządzenie jako system pomiarowy laserowy	Tak	Tak - dalmierz laserowy jako oddzielne urządzenie jako system pomiarowy laserowy. Rozwiązanie to zostało dopuszczone przez Zamawiającego
(...)	(...)	(...)	

23	<p>Kategoria emisji optycznej 2 (norma EN12198)</p> <p>Zamawiający dopuszcza urządzenie bez kategorii emisji optycznej 2 (norma EN12198)</p>	Tak	<p>Tak - urządzenie bez kategorii emisji optycznej 2 (norma EN12198). Rozwiązanie to zostało dopuszczone przez zamawiającego</p>
----	---	-----	--

Pismem z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dokumentów podmiotowych w tym do złożenia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył m. in. wykaz dostaw sporządzony na załączniku nr 5 do SWZ, który obejmował trzy usługi. Wraz z wykazem przystępujący złożył także referencje dotyczące wymienionych w wykazie dostaw.

W dniu 14 listopada 2022 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, która łącznie otrzymała 95 pkt mając na uwadze wszystkie kryteria oceny ofert (60 pkt w kryterium Cena, 15 pkt w kryterium Parametry techniczne i 20 pkt w kryterium Oferowany okres gwarancji). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu, a zamawiający przyznał jej łącznie 87,66 pkt (47,66 pkt w kryterium Cena, 20 pkt w kryterium Parametry techniczne i 20 pkt w kryterium Oferowany okres gwarancji).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
 - 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- art. 57 Pzp – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*
 - 1) *nie podlegają wykluczeniu;*

2) *spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.;*

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba rozstrzygnęła zarzuty podniesione w odwołaniu wyłącznie przez pryzmat argumentacji zawartej w odwołaniu. Mając na uwadze powyższe ustalenie skład orzekający przyznał rację stanowisku przystępującego, który trafnie zwrócił uwagę, że zarzuty zawarte w treści odwołania były mało czytelne i w znacznej części niespójne z treścią żądań oraz uzasadnienia prawnego i faktycznego. Ich treść i zakres sugerowała, że w zasadzie skierowane zostały one wobec modyfikacji postanowień SWZ – a co za tym idzie wniesione zostały z naruszeniem ustawowego terminu.

Zasadnicza argumentacja odwołującego zawarta w uzasadnieniu odwołania wskazywała, że odpowiedź na pytanie nr 15 do treści SWZ, w której to zamawiający wprost wskazał, że dopuszcza urządzenie bez karty dozymetrycznej lub inne narzędzie potwierdzające efektywność dezynfekcji, była sprzeczna z treścią modyfikacji SWZ opublikowanej przez zamawiającego tego samego dnia. Tym samym odwołujący uznał, że zamawiający udzielił sprzecznej do warunków zamówienia i SWZ odpowiedzi, a ponadto rozpatrywał oferty w sposób nieprawidłowy a przez to dowolny, tj. zgodnie z udzieloną odpowiedzią, a nie zgodnie z SWZ.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Izba ustaliła, że jak słusznie wskazał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający – SWZ została zmodyfikowana w dniu 25 października 2022 r. przez m.in. dopuszczenie urządzenia bez karty dozymetrycznej w wyniku odpowiedzi na pytania nr 15 i w ten sposób ukształtowała się ostateczna treść wymagań zamawiającego w tej materii. Co istotne zarówno odwołujący, jak również przystępujący zaoferowali urządzenia wyposażone w kartę dozymetryczną – co także potwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący zupełnie nie odniósł się do tej argumentacji i nie próbował jej kwestionować, skupiając się na podnoszeniu nowej argumentacji, która nie została zaprezentowana w odwołaniu. Z tych względów Izba nie znalazła powodów do podważenia stanowiska zamawiającego, tym samym jedyny argument odwołującego odnoszący się do okoliczności tego konkretnego postępowania nie znalazł potwierdzenia.

Pozostała argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania była zupełnie oderwana od konkretnych okoliczności jakie miały miejsce w postępowaniu i miała charakter gołosłownych oraz ogólnikowych stwierdzeń. W treści wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący nie wskazał na czym miało polegać niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego, nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych dla zarzutu z art. 239 ust. 1 Pzp, nie wskazał dlaczego w postępowaniu doszło do naruszenia zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp oraz nie udowodnił żadnej niezgodności oferty przystępującego z ostatecznie ukształtowaną treścią SWZ.

Odwołujący w dniu 30 listopada 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, które zawierało argumentację odnoszącą się do kwestii niepodnoszonych w odwołaniu. W ww. piśmie odwołujący odniósł się do zagadnienia niespełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, podniósł wątpliwości w zakresie ceny oferty przystępującego oraz próbował kwestionować spełnienie przez przystępującego parametru dotyczącego skuteczności biobójczej w kontekście przyznania punktów w ramach kryterium pozacenowego. Izba uznała, że stanowisko odwołującego podniesione w piśmie z dnia 30 listopada 2022 r. nie mogło zostać wzięte pod uwagę na potrzeby rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ argumentację w nim zawartą należało uznać za spóźnioną oraz gołosłowną. Jak wskazano powyżej argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu miała charakter ogólnikowych oraz niesprecyzowanych twierdzeń, które w zdecydowanej większości (oprócz argumentu dotyczącego karty dozymetrycznej) były oderwane od realiów postępowania. Odwołujący dopiero przy okazji pisma z dnia 30 listopada 2022 r. próbował konkretyzować i dostosowywać postawione w odwołaniu zarzuty do okoliczności postępowania. Takie działanie nie mogło spotkać się z akceptacją Izby, ponieważ wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu, a ewentualne kolejne pisma procesowe składane przez odwołującego powinny mieć charakter porządkujący lub dookreślający dotychczasowe okoliczności, które zostały wskazane w treści odwołania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy właściwie całość merytorycznego stanowiska odwołującego została przeniesiona z odwołania, na pismo procesowe złożone już po upływie terminu na wniesienie odwołania, co skutkowało pominięciem przez Izbę spóźnionej argumentacji odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie oraz rozprawę (484,76 zł), na podstawie złożonego na rozprawie spisu kosztów.

Przewodniczący: