

**WYROK**  
z dnia 1 grudnia 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę

**Labo Clinic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Olsztynie**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej**

przy udziale wykonawcy **Carl Zeiss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Labo Clinic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Labo Clinic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Labo Clinic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż aparatury i sprzętu medycznego dla Centralnego Bloku Operacyjnego Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 157-381779. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Labo Clinic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zmiany zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu do składania ofert,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawcy Carl Zeiss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanego dalej „Przystępującym”, ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności polegającej na zmianie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. nakazanie unieważnienia czynności polegającej na poprawieniu omyłki polegającej na niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przystępującego,
4. nakazanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz wykluczenia go z postępowania,
5. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 23 października 2020 r. został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej, w wyniku czego złożył pismo do

Zamawiającego, w którym wskazał, że czynność wyboru oferty Przystępującego została dokonana z naruszeniem przepisów, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, ze względu na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił parametry jakościowe przedmiotu zamówienia, jakim była dostawa i montaż mikroskopu operacyjnego neurochirurgicznego. W jednym z wymagań co do mikroskopu Zamawiający wskazał, iż długość końcówki mikroendoskopu powinna stanowić 12 mm. Zgodnie ze specyfikacją producenta ww. urządzenia długość ta wynosi 120 mm. Dlatego też Przystępujący nie był w stanie dostarczyć urządzenia wskazanego przez Zamawiającego. Dowodem na to jest nie tylko specyfikacja urządzenia sporządzona przez producenta, ale również fakt, że urządzenie o tak krótkiej (12 mm) końcówce mikroendoskopu byłoby nieprzydatne przez wzgląd na znaczne ograniczenie możliwości jego użycia.

Ponadto w dokumencie karty technicznej mikroskopu operacyjnego Kinevo 900, przedstawionym przez Przystępującego w celu potwierdzenia możliwości dostarczenia przedmiotu zamówienia zgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazano, że długość końcówki mikroendoskopu wynosi 12 mm, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z dokumentacją techniczną tego urządzenia pochodzącą od samego producenta. W karcie technicznej dostarczonej Zamawiającemu, będącej w istocie niepodpisanym dokumentem sporządzonym przez Przystępującego (niebędącego producentem), w punkcie 36. na str. 4 podano informację, że mikroendoskop posiada końcówkę o długości 12 mm i średnicy 3,6 mm, podczas gdy z oficjalnego dokumentu producenta wynika, że końcówka mikroendoskopu ma długość 120 mm. Zatem dokumenty dostarczone przez Przystępującego wprowadzają w błąd Zamawiającego.

Pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego” należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. W świetle przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W efekcie powyższego pisma Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Przystępującego i 30 października 2020 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do wyjaśnień dotyczących wskazania długości końcówki mikroendoskopu. Zamawiający w wezwaniu wyjaśnił, iż wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wartość 12 mm jest oczywistą omyłką pisarską i zwrócił się z zapytaniem do Przystępującego, czy on również popełnił błąd przy określeniu jednostki miary długości końcówki mikroendoskopu oraz wezwał do przedstawienia dokumentacji w celu potwierdzenia.

Przystępujący w piśmie z 2 listopada 2020 r. wskazał, iż popełnił błąd oraz przedstawił poprawną dokumentację urządzenia Kinevo 900, w związku z czym 4 listopada 2020 r. Zamawiający poprawił ofertę Przystępującego zmieniając długość końcówki mikroendoskopu z 12 mm na 12 cm.

W wyniku powyższego 6 listopada 2020 r. Odwołujący został poinformowany o czynnościach Zamawiającego polegających na: dokonaniu zmiany zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu do składania ofert, wezwaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, poprawienia w ofercie Przystępującego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwaniu Przystępującego w trybie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia oświadczeń i dokumentów złożonych w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, powtórzeniu unieważnionej czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego dokonana przez Zamawiającego czynność zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest wadliwa z uwagi na naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który dopuszcza dokonanie zmian tylko w uzasadnionych przypadkach i tylko przed upływem terminu do składania ofert. Wadliwość ww. czynności prowadzi natomiast do braku podstaw faktycznych i prawnych dokonania czynności wskazanych powyżej, a tym samym do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po upływie terminu składania ofert przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości poprawienia związanych z treścią dokumentacji błędów, które zamawiający popełnił na etapie przygotowania postępowania, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysokim stopniem sformalizowania. Zarówno zamawiającego, jak i wykonawców obowiązują określone procedury zawarte w przepisach i doprecyzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają obowiązek złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia, o czym wprost stanowi art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie może pomijać postanowień specyfikacji, powołując się na to, że intencje zamawiającego były inne niż wyraził to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienia specyfikacji mogą zostać zmodyfikowane jedynie na zasadach określonych w art. 38 ust. 4 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie może w czasie trwania postępowania zmieniać zasad ustalonych i znanych wykonawcom przed składaniem ofert. Dokumentacja, na podstawie której wykonawcy przygotowują i składają oferty, wiąże nie tylko tych wykonawców, ale również zamawiającego, który musi oceniać oferty złożone w postępowaniu wyłącznie na podstawie konkretnych i jednoznacznych oczekiwań, sprecyzowanych przed upływem terminu składania ofert. Zmiana warunków postępowania możliwa jest wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i nie może nastąpić po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający w piśmie z 6 listopada 2020 r. wskazał, iż błędna długość końcówki mikroendoskopu wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała charakter oczywistej omyłki pisarskiej i poprawienie jej nie narusza art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem. Pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej występuje w art. 87 ust. 2 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak odnosi się ono wyłącznie do oferty. Po upływie terminu składania ofert nie ma możliwości dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez względu na rodzaj błędu czy pomyłki znajdującej się w specyfikacji. Konsekwencją tego jest konieczność wymagania od wykonawców spełnienia pierwotnie wpisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań. Dlatego Zamawiający nie mógł dokonać zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym kolejne czynności i w efekcie powtórzenie unieważnionej czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 38 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto poprawienie oferty Przystępującego również nie mogło mieć miejsca, gdyż wykonawca ten przygotował dokumentację zgodnie ze wskazaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazanie przez Przystępującego w karcie technicznej przedłożonej przez niego w celu potwierdzenia spełnienia wymogów długości końcówki mikroendoskopu o wartości 12 mm (podczas gdy w broszurze producenta Kinevo 900 jest poprawna wartość, tj. 120 mm) jest dowodem na to, że Przystępujący edytował dokumenty, by były one zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a tym samym podanie ww. wartości było jego zamierzonym działaniem. Tym samym nie sposób uznać, jakoby zaoferowany przez Przystępującego przedmiotowy parametr stanowił omyłkę podlegającą sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności zakwestionował interes Odwołującego we wniesieniu odwołania ze względu na fakt, że cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie jest w stanie tej kwoty zwiększyć ani poprzez otrzymanie wyższej dotacji, ani poprzez środki własne. Dodatkowo otrzymaną dotację musi rozliczyć do 21 grudnia 2020 r., zatem nie jest w stanie powtórzyć postępowania.

Zamawiający wskazał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na nabycie mikroskopu neurochirurgicznego, nie może przekroczyć 1.099.440,00 zł. Jest to okoliczność o obiektywnym charakterze, gdyż przedmiot zamówienia ma zostać nabyty nie ze środków własnych, lecz zostać sfinansowany z dotacji udzielonej przez Województwo Śląskie. Jedną z pozycji finansowanych przez Województwo Śląskie ma być „zakup mikroskopu operacyjnego neurochirurgicznego dla potrzeb Centralnego Bloku Operacyjnego” za kwotę 1.100.000,00 zł, z czego środki Województwa Śląskiego mają wynieść 1.082.000,00 zł. Zgodnie z umową Zamawiający utraciłby prawo do dotacji (w całości lub w części), w przypadku niezłożenia wniosku końcowego do 21 grudnia 2020 r. Termin ten nie może ulec kolejnemu przedłużeniu, bowiem środki pochodzące z dotacji muszą zostać spożytkowane w 2020 roku i nie mogą zostać przesunięte na rok 2021.

Kwota 1.350.000,00 złotych, jakiej żąda Odwołujący w ofercie, w sposób znaczący przekracza sumę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Natomiast Zamawiający we własnym zakresie nie nabędzie mikroskopu, gdyż taki zakup znacząco przekracza jego możliwości finansowe. Jediną szansą na uzyskanie tego urządzenia jest dotacja ze środków Województwa Śląskiego w granicach możliwego do uzyskania dofinansowania, tj. 1.100.000 zł. Również brak rozliczenia dotacji (złożenia wniosku końcowego) do 21 grudnia 2020 r. będzie skutkował brakiem możliwości sfinansowania zakupu mikroskopu neurochirurgicznego. Nie jest więc możliwe dokonanie wyboru oferty Odwołującego, lecz postępowanie będzie musiało zostać unieważnione zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie ma zatem interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nie ma obiektywnej możliwości jego uzyskania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi dotyczyć prowadzonego (jeszcze trwającego) postępowania, a nie hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w innym, jeszcze niewszczętym postępowaniu. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. Legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy więc takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że dokumentacja dotycząca przedmiotowego przetargu została opublikowana 17 sierpnia 2020 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części. Pierwsza część dotyczy dostawy i montażu mikroskopu operacyjnego neurochirurgicznego dla Centralnego Bloku Operacyjnego Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej, druga dostawy i montażu zestawu endoskopowego do zabiegów operacyjnych laryngologicznych wraz z mikroskopem laryngologicznym operacyjnym dla Centralnego Bloku Operacyjnego Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej. Odwołanie dotyczy części pierwszej zamówienia.

Wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne i użytkowe mikroskopu operacyjnego neurochirurgicznego zostały określone w załączniku nr 2 do specyfikacji, gdzie w punkcie 42. wskazano, że zamawiany mikroskop ma prezentować jedno z dwóch alternatywnie wskazanych rozwiązań technicznych, tak, aby przedmiot zamówienia był zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Zgodnie z tym założeniem, mikroskop miał posiadać:

1. „System do mikroinspekcji zespoleń naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji min. 95°. Długość końcówki 12 mm i średnicy 3,6 mm. Wbudowane oświetlenie LED. Urządzenie w technologii plug and play, kompatybilne z mikroskopem, uruchamiane poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji <<picture in picture>> dwóch obrazów: makroskopowego z mikroskopu i mikro z mikroendoskopu. Urządzenie wyposażone w kasetę do sterylizacji. Maksymalny czas uruchomienia systemu w warunkach sali operacyjnej do 20 sek.”

2. „Zewnętrzny endoskop sztywny o opisanych wyżej parametrach pozwalający na wyświetlanie obrazu w okularach mikroskopu oraz jego monitorze. Endoskop wyposażony w źródło światła. Źródło światła posiadające dwa niezależne kanały typu LED o minimalnej intensywności 720 lm, temperatura barwowa światła 6500K (zbliżona do światła ksenonowego). Płynna regulacja natężenia źródła światła. Żywotność źródła LED min. 5000 godzin dla każdego kanału. Automatyczne wyłączenie światła po wyjęciu światłowodu. Urządzenie posiadające gniazdo i funkcję typu IrisControl (kontrola przesłony kamery do automatycznej kontroli natężenia światła. Wbudowana kamera video o rozdzielczości min. 4K (4096 p.). Źródło światła tego samego producenta co sterownik kamery. W zestawie kasetka do sterylizacji.”

Zamawiający przed rozpoczęciem postępowania przetargowego dokonał analizy rynku w poszukiwaniu oferowanych przez producentów sprzętu medycznego rozwiązań technicznych i technologicznych, które spełniałyby jego wymagania co do wyposażenia bloku operacyjnego szpitala. Z dokonanych ustaleń wynikało, że jednym z urządzeń, które mogą spełnić oczekiwania, jest mikroskop marki KINEVO, posiadający mikroendoskop o końcówce długości 120 mm (12 cm) i średnicy 3,6 mm.



Zamawiający określił funkcje i parametry jakościowe mikroskopu neurochirurgicznego mając na względzie własne potrzeby związane ze specyfiką i rodzajem wykonywanych operacji neurochirurgicznych z użyciem mikroskopu. Bardzo istotnym dla Zamawiającego jest możliwość wykonywania mikroinspekcji zespoleń naczyniowych mózgu metodą endoskopową (np. w celu planowania sposobu umieszczenia klipsa i sprawdzenia poprawności jego aplikacji w operacji tętniaków). Dla zapewnienia takiej funkcjonalności, mikroskop musi być wyposażony dodatkowo w urządzenie endoskopowe.

Przygotowując opis przedmiotu zamówienia i dokonując rozeznania rynku, w wyniku analizy dostępnych na rynku rozwiązań, ustalono, iż jedynie mikroskop operacyjny KINEVO 900 producenta Carl Zeiss Meditec AG, posiada taką funkcję w samym mikroskopie, którą określa nazwą handlową QEVO. Pozostali producenci doposażają mikroskop w zewnętrzny system endoskopowy, dostarczany przez innych producentów. Takie rozwiązanie również jest z punktu widzenia Zamawiającego dopuszczalne.

Opisując w przedmiocie zamówienia wymóg dotyczący funkcji mikroinspekcji zespoleń naczyniowych mózgu Zamawiający dopuścił trzy (pierwotnie dwa) rozwiązania, tak, aby umożliwić innym wykonawcom udział w postępowaniu. Pierwsze dotyczy systemu, który posiada jedynie firma Carl Zeiss w oferowanych przez siebie mikroskopie KINEVO 900, drugie i trzecie rozwiązanie dotyczy natomiast systemu endoskopowego zewnętrznego o określonej konfiguracji sprzętowej, który posiadają inni producenci.

Zamawiający podkreślił, że na rynku nie jest dostępne urządzenie, które mogłoby zapewnić parametry końcówki 12 mm (1,2 cm) i średnicę 3,6 mm, gdyż takie rozwiązanie nie mogłoby spełniać celu, do którego miałyby zostać przeznaczone, tj. zapewniać dostępu do mózgu w celu wykonania precyzyjnego zabiegu neurochirurgicznego. Faktem powszechnie znanym wśród ograniczonego kręgu producentów i dystrybutorów takich urządzeń jest to, że nie jest możliwe wyprodukowanie końcówki mikroendoskopowej o długości 12 mm.

4 września 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany przedmiotu zamówienia poszerzając zakres przedmiotowy możliwych do zaoferowania systemów do mikroinspekcji/endoskopów (poz. 42. załącznika nr 2) dopuszczając trzecie rozwiązanie, tj. dopuścił:

1. System do mikroinspekcji zespoleń naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji min. 95°. Długość końcówki 12 mm i średnicy 3,6 mm. Wbudowane oświetlenie LED. Urządzenie w technologii plug and play, kompatybilne z mikroskopem, uruchamiane poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji „picture in picture” dwóch obrazów: makroskopowego z mikroskopu i mikro z mikroendoskopu. Urządzenie wyposażone w kasetę do sterylizacji. Maksymalny czas uruchomienia systemu w warunkach sali operacyjnej do 20 sek.

2. Zewnętrzny endoskop sztywny o opisanych wyżej parametrach pozwalający na wyświetlanie obrazu w okularach mikroskopu oraz jego monitorze. Endoskop wyposażony w źródło światła. Źródło światła posiadające dwa niezależne kanały typu LED o minimalnej intensywności 720 lm, temperatura barwowa światła 6500K (zbliżona do światła ksenonowego). Płynna regulacja natężenia źródła światła. Żywotność źródła LED min. 5000 godzin dla każdego kanału. Automatyczne wyłączenie światła po wyjęciu światłowodu. Urządzenie posiadające gniazdo i funkcję typu IrisControl (kontrola przesłony kamery) do automatycznej kontroli natężenia światła. Wbudowana kamera video o rozdzielczości min. 4K (4096 p.). Źródło światła tego samego producenta co sterownik kamery. W zestawie kasetka do sterylizacji.

3. Zewnętrzny endoskop sztywny o kącie obserwacji 90°, średnicy max. 4 mm, pozwalający na wyświetlanie obrazu w okularach mikroskopu i jego monitorze. Endoskop wyposażony w źródło światła LED z płynną regulacją natężenia źródła światła, temperaturą barwową światła zbliżoną do światła ksenonowego. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji „picture in picture” dwa obrazy jednocześnie z możliwością wyboru miejsca wyświetlania obrazów na monitorze. W zestawie medyczna kamera Fuli HD z głowicą kamery, światłowód o długości min. 3m, kasetka do sterylizacji.

Żaden z wykonawców nie złożył wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dla części pierwszej zamówienia zostały złożone dwie oferty: Przystępującego z kwotą 1.050.000,00 złotych oraz Odwołującego z kwotą 1.350.000,00 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację części pierwszej zamówienia to 1.099.440,00 złotych.

Zdaniem Zamawiającego nie powinno budzić wątpliwości, że doszło do pomyłki przy określaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie długości końcówki endoskopu na poziomie 12 mm (ze średnicą 3,6 mm), zamiast 120 mm (12 cm). Istotne jest określenie, czy w istocie na skutek tej pomyłki doszło do wypaczenia wyniku postępowania zmierzającego do zakupu mikroskopu neurochirurgicznego. Zamawiający wskazał trzy możliwe rozwiązania techniczne, które mogą zaspokoić jego oczekiwania względem planowanego zakupu.

Wykonawcy, którzy złożyli oferty (Odwołujący i Przystępujący) zaoferowali różne rozwiązania.

Zamawiający zgodził się, że specyfikację istotnych warunków zamówienia może zmienić jedynie przed upływem terminu składania ofert. Jednak nie zgodził się, że Przystępujący wprowadził go w błąd. Informacja o tym, że jednym z możliwych rozwiązań jest urządzenie o parametrach końcówki endoskopu 120 mm x 3,6 mm jest bowiem dla środowiska medycznego faktem powszechnie wręcz znanym. Konkurujące ze sobą podmioty są w pełni

świadome uwarunkowań technicznych, jakie powinno spełniać wysokospecjalistyczne urządzenie, jakim jest mikroskop neurochirurgiczny.

Art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokonaną zmianę treści udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Wykładnia zwrotu „zmienić treść” powinna być dokonana zgodnie z powszechnym rozumieniem słowa „zmienić”, co oznacza „nadać komuś lub czemuś inny wygląd lub inne cechy” albo „zastąpić coś czymś innym lub kogoś kimś innym”. Przez zmianę dokonuje się zastąpienie jakiejś osoby, rzeczy, parametru lub właściwości inną osobą, rzeczą, parametrem lub właściwością. Musi zatem dochodzić do przeobrażenia konkretnej rzeczywistości, tak, aby dane zjawisko miało nadany inny kształt aniżeli przed wystąpieniem zmiany. Taka sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie z uwagi na ściśle techniczne uwarunkowania przedmiotu zamówienia i brak możliwości zaoferowania endoskopu o długości końcówki 12 mm oraz bardzo ograniczony krąg podmiotów, które mogą zaoferować dany produkt. Ze względu na specyfikę zamówienia jakiegokolwiek zarzuty dotyczące naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania nie mogą mieć miejsca.

Zamawiający i oferenci zdawali sobie od początku sprawę z tego, że przedmiotem zainteresowania Zamawiającego jest mikroskop o końcówce endoskopu 120 mm, a nie 12 mm. Rozwiązanie, które literalnie wskazano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w praktyce nie występuje, gdyż taka długość końcówki czyniłaby całe urządzenie praktycznie niefunkcjonalnym. Nie sposób argumentować, że pomyłka nie wystąpiła, jednak twierdzenie, że wybrany wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, jest zbyt daleko idące. Zamawiający zdaje sobie sprawę, jakie parametry powinien posiadać w pełni funkcjonalny mikroskop neurochirurgiczny, natomiast wskazanie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia 12 mm zamiast 120 mm jest jedynie wynikiem niedokładności.

Modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozumiana jako nadanie treści nowego znaczenia, które nie mogło być wyinterpretowane z pierwotnej treści specyfikacji, jest jednoznaczna ze zmianą, dla której wprowadzenia do treści specyfikacji niezbędne jest zachowanie ustawowej procedury. W przypadku dostawy mikroskopu neurochirurgicznego możliwe, czy wręcz konieczne i bezdyskusyjne było wyinterpretowanie z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia rzeczywistej woli Zamawiającego, tj. posiadania mikroskopu neurochirurgicznego wyposażonego w końcówkę o długości 120 mm (12 cm). Również i Odwołujący zdawał sobie od początku sobie sprawę z oczywistego charakteru tej omyłki i już w piśmie z dnia 23 października 2020 r. (informacja o czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami) wskazał „nawet gdyby przyjąć, że wskazana przez Zamawiającego

długość końcówki mikroendoskopu może wynikać z omyłki pisarskiej”. Nie sposób więc mówić o błędzie, w sytuacji, gdy wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego doskonale wiedzą, czego wymaga Zamawiający i czego dotyczy złożona oferta. Nie dochodzi w takim przypadku do zakłócenia uczciwej konkurencji, co sugeruje Odwołujący.

Po dostrzeżeniu pomyłki w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ofercie złożonej przez Przystępującego Zamawiający unieważnił pierwotnie dokonany wybór i dokonał ponownej oceny złożonych ofert, a następnie, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawił pomyłkę w treści oferty Przystępującego poprawiając 12 mm na 120 mm i zawiadomił o tym wykonawcę, który wyraził zgodę na dokonanie poprawy. W wyniku ponownej oceny ofert ponownie wybrano ofertę Przystępującego z tym zastrzeżeniem, że w sposób prawidłowy dokonano poprawienia oferty tego wykonawcy.

Zamawiający, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, nie mógł odrzucić oferty Przystępującego. Przesłanki odrzucenia oferty wskazano w art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych i żadna z tych przesłanek nie wystąpiła w prowadzonym postępowaniu.

Poprawienie omyłki w ofercie usunęło sprzeczność pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia a ofertą Przystępującego, przez co dopuszczalne stało się dokonanie wyboru oferty złożonej przez ten podmiot. Uzasadnione wydaje się w tym miejscu wskazanie przez Odwołującego, która z ustawowych przesłanek odrzucenia oferty wystąpiła w jego ocenie w niniejszej sprawie.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, Zamawiający nie zmienił treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jest świadomy tego, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zostać zmieniona jedynie przed upływem terminu składania ofert. W piśmie z 6 listopada 2020 r. stwierdził wystąpienie pomyłki. Z tej przyczyny punkt pierwszy odwołania, w którym Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności polegającej na zmianie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest bezprzedmiotowy.

Pozbawiony uzasadnienia jest także punkt odwołania, w którym Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności polegającej na poprawieniu popełnionej przez Przystępującego pomyłki. Zamawiający dokonał poprawienia tej pomyłki, do czego był uprawniony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje na wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Istotne jest jednak to, że żaden z uczestników postępowania nie odczytał złożonej oferty w ten sposób, że można uznać ofertę za wprowadzającą Zamawiającego w błąd. Przeciwnie, Zamawiający, Przystępujący i Odwołujący (co wynika wprost z treści pisma Odwołującego z 23 października 2020 r.) wiedzieli od samego początku, jakie parametry ma posiadać oferowany mikroskop neurochirurgiczny. Nie może być zatem mowy o wprowadzeniu

Zamawiającego w błąd. Zamawiający w toku postępowania nie zmienił zasad ustalonych i znanych wykonawcom przed składaniem ofert.

Niedopuszczalna z punktu widzenia prawidłowości prowadzonego postępowania byłaby natomiast sytuacja, w której Zamawiający odrzuciłby ofertę Przystępującego. Jest bowiem oczywiste, że pomyłka w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia została dokonana po stronie Zamawiającego, natomiast Przystępujący złożył najkorzystniejszą ofertę na realizację części pierwszej zamówienia.

W orzecznictwie konsekwentnie przewija się stanowisko, z którego wynika, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań zamawiającego, które wynikają na przykład ze sprzeczności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim wypadku preferowanym działaniem jest interpretowanie wątpliwości na korzyść wykonawców, tak, aby nie zaburzając zasad uczciwej konkurencji, udzielić zamówienia publicznego.

Odwołujący postuluje nakazanie unieważnienia czynności zmierzających do poprawienia oferty wybranego wykonawcy, odrzucenie oferty Przystępującego i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert. Jednak nie istnieje możliwość odrzucenia oferty złożonej przez ten podmiot. Błąd w ofercie został poprawiony przez Zamawiającego i tym samym oferta Przystępującego jest najkorzystniejszą ofertą z punktu widzenia interesów Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania spowoduje wyłącznie skutek w postaci unieważnienia postępowania.

### III Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Carl Zeiss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że rzeczywiście popełnił omyłkę, ale czytając opis zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odczytał, że jest to opis rozwiązania firmy Carl Zeiss i chodziło tu o kompatybilność z mikroskopem, a nie długość końcówki. Jest tylko jeden mikroskop w jednej wersji z takim rozwiązaniem, więc było dla niego jasne, że chodzi o to właśnie rozwiązanie. Niestety, nie zauważył wskazania 12 mm, ponieważ był to jeden z wielu opisanych parametrów. Jest to unikalne rozwiązanie. Trudno mu przedstawić dowód, że jest jedyne – na rynku w Polsce ani Europie takie rozwiązanie się nie pojawiło. Możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia przez kogo innego jest mało prawdopodobna, ponieważ jest to rynek bardzo profesjonalny i występują na nim dwie firmy, tj. Przystępującego i Odwołującego oraz trzecia, która jest mało aktywna. Z tego względu parametry i technologie oferowane przez firmę Carl Zeiss są znane.

Przystępujący przedstawił broszurę producenta, w której znajduje się rysunek rozwiązania wraz z podaniem parametrów długości mikroendoskopu. Stwierdzenie, że ktoś inny niż on

mógłby zaoferować rozwiązanie firmy Carl Zeiss, jest czysto teoretyczne, ponieważ na rynku polskim rocznie sprzedaje się tylko kilka sztuk tego typu urządzeń, nie ma więc przedsiębiorców będących konkurentami w tym zakresie, a tylko Przystępujący jest autoryzowanym dystrybutorem urządzeń firmy Carl Zeiss Meditec AG na Polskę, przy czym producent przewiduje rejonizację przedstawicieli.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazywane przez Zamawiającego okoliczności, w tym możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek uwzględnienia odwołania, nie pozbawiają wykonawcy możliwości wniesienia odwołania, co zostało już ustalone w orzecznictwie i wynika m.in. z przywołanego przez Zamawiającego orzeczenia TSUE z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego oraz treść prowadzonej pomiędzy wykonawcami a Zamawiającym korespondencji) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Został on opisany szeroko w stanowiskach Stron.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie

1. art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zmiany zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu do składania ofert,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W treści odwołania Odwołujący odniósł się także do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Przystępującego.

Art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio. (Przepis ten mówi o udostępnieniu treści zmiany wykonawcom.)

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki – inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, o których mowa w punkcie 1. i 2. tego przepisu – polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera sankcję, zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Opisując przedmiot zamówienia dla części 1. Zamawiający w punkcie 42. załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia, w zawartej tam tabeli „Parametry jakościowe”, w kolumnie „Warunki wymagane i pożądane” wskazał wymaganie:

„System do mikroinspekcji zespołów naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji min. 95°. Długość końcówki 12 mm i średnicy 3,6 mm. Wbudowane oświetlenie LED. Urządzenie w technologii plug and play, kompatybilne z mikroskopem, uruchamiane poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji „picture in picture” dwóch obrazów: makroskopowego z mikroskopu i mikro z mikroendoskopu. Urządzenie wyposażone w kasetę do sterylizacji. Maksymalny czas uruchomienia systemu w warunkach sali operacyjnej do 20 sek.

Lub

Zewnętrzny endoskop sztywny o opisanych wyżej parametrach pozwalający na wyświetlanie obrazu w okularach mikroskopu oraz jego monitorze. Endoskop wyposażony w źródło światła. Źródło światła posiadające dwa niezależne kanały typu LED o minimalnej intensywności 720 lm, temperatura barwowa światła 6500K (zbliżona do światła ksenonowego). Płynna regulacja natężenia źródła światła. Żywotność źródła LED min. 5000 godzin dla każdego kanału. Automatyczne wyłączenie światła po wyjęciu światłowodu. Urządzenie posiadające gniazdo i funkcję typu IrisControl (kontrola przesłony kamery) do automatycznej kontroli natężenia światła. Wbudowana kamera video o rozdzielczości min. 4K (4096 p.). Źródło światła tego samego producenta co sterownik kamery. W zestawie kasetka do sterylizacji.

Lub

Zewnętrzny endoskop sztywny o kącie obserwacji 90°, średnicy max. 4 mm, pozwalający na wyświetlanie obrazu w okularach mikroskopu i jego monitorze. Endoskop wyposażony w źródło światła LED z płynną regulacją natężenia źródła światła, temperaturą barwową światła zbliżoną do światła ksenonowego. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji „picture in picture” dwa obrazy jednocześnie z możliwością wyboru miejsca wyświetlania obrazów na monitorze. W zestawie medyczna kamera Full HD z głowicą kamery, światłowód o długości min. 3 m, kasetka do sterylizacji.”

W kolejnych kolumnach tabeli wskazał: „Parametr wymagany/pożądany” – WYMAGANY, „Punktacja”: Nie dotyczy.

Wykonawcy w ramach oferty mieli przedstawić powyższy załącznik, wpisując cenę, nazwę modelu/typu/producenta oraz w kolumnie „Parametr oferowany – Wykonawca powinien opisać/podać oferowane parametry” – opis oferowanego parametru lub rozwiązania.

Przystępujący wskazał, że oferuje „Kinevo 900/Carl Zeiss Meditec AG”, a w punkcie 42. „TAK System do mikroinspekcji zespołów naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji min. 95°. Długość końcówki 12 mm i średnicy 3,6 mm. Wbudowane oświetlenie LED. Urządzenie w technologii plug and play, kompatybilne z mikroskopem, uruchamiane poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji „picture in picture” dwóch obrazów: makroskopowego z mikroskopu i mikro z mikroendoskopu. Urządzenie wyposażone w kasetkę do sterylizacji. Maksymalny czas uruchomienia systemu w warunkach sali operacyjnej do 20 sek.”.

Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, jednak po wskazanym powyżej piśmie Odwołującego odnoszącym się do przedmiotowych 12 mm, czynność tę



unieważnił, a następnie, pismem z 30 października 2020 r., wezwał Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wezwaniu tym Zamawiający stwierdził, że „wykonawca w <<Opisie przedmiotu zamówienia>> stanowiącym ofertę, określając parametry oferowanego mikroskopu operacyjnego neurochirurgicznego Kinevo 900 / Carl Zeiss Meditec AG w pkt 42 wpisał <<TAK (...) System do mikroinspekcji zespołów naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji 95°. Długość końcówki 12 mm i średnicy 3,6 mm (...)>> Przygotowując opis przedmiotu zamówienia w zakresie zrealizowania wymaganej przez Zamawiającego funkcji mikroinspekcji zespołów naczyniowych mózgu metodą endoskopową Zamawiający dokonał rozeznania rynku i w wyniku analizy dostępnych na rynku rozwiązań ustalił, iż jedynie mikroskop operacyjny Kinevo 900 producenta Carl Zeiss Meditec AG, posiada taką funkcjonalność w samym mikroskopie którą określa nazwą handlową QEVO. Z opisów technicznych produktu <<KINEVO 900 from ZEISS>> zawartych na ogólnodostępnej stronie internetowej Wykonawcy Carl Zeiss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wynika w sposób jednoznaczny, iż końcówka mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego posiada wymiary 120 mm tj. 12 cm i średnicę 3.6 mm. Rozwiązanie to jako jedno z trzech opcji opisał Zamawiający w Załączniku Nr 2 do siwz <<Opis przedmiotu zamówienia>> w punkcie 42. Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 1, stwierdzono, iż w opisie przedmiotu zamówienia wystąpiła omyłka w zakresie określenia jednostki miary długości końcówki mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego: jest <<12 mm>>, winno być <<12 cm>>. Oczywistym jest, że mikroendoskop z końcówką o długości 12 mm nie mógłby spełniać funkcji badania zespołów naczyniowych mózgu, ponieważ nie mógłby dotrzeć do głębszych obszarów mózgu, dla których system mikroinspekcji ma zastosowanie. Tym samym, oczywistym jest, że intencją Zamawiającego przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do tego rozwiązania, był opis odpowiadający funkcjonalności systemu do mikroinspekcji zgodny z rozwiązaniem, jakie oferuje Wykonawca Carl Zeiss, w którym długość końcówki mikroendoskopu wynosi 12 cm, nie zaś – jak omyłkowo wskazano – 12 mm. Bezspornym jest również fakt, iż jednostka miary długości nie mogłaby być poprawiona w inny sposób np. na metry lub kilometry. Prawidłowy, wynoszący 12 cm wymiar wskazywany jest w dokumentacji technicznej na ogólnodostępnej stronie internetowej Wykonawcy Carl Zeiss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, do której dostęp mają również inni wykonawcy. Ustalono zatem, iż w siwz w opisie systemu mikroinspekcji, jaki na rynku oferuje jedynie producent Carl Zeiss Meditec AG w mikroskopie operacyjnym Kinevo 900, popełniono oczywistą omyłkę pisarską w jednostce miary długości końcówki mikroendoskopu wpisując zamiast cm – mm. Żaden inny system nie posiada wszystkich wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów tj. mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji min. 95° średnicy 3,6 mm, wbudowanego

oświetlenia LED. kompatybilności z mikroskopem, uruchamiania poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu itd. W związku z powyższym Zamawiający zwraca się z zapytaniem, czy nie nastąpiła omyłka w określeniu jednostki miary długości końcówki mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego – jest „12 mm”, winno być „12 cm”, która to Zamawiający jest zobowiązany poprawić na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp jako niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty?”

W odpowiedzi z 2 listopada 2020 r. Przystępujący wskazał, że przedmiotowy opis dotyczy rozwiązania o nazwie handlowej QEVO, będącej częścią opcjonalną wyposażenia mikroskopu KINEVO 900 produkowanego przez Carl Zeiss Meditec AG i oferowanego przez Przystępującego w postępowaniu. W opisie punktu 42. nastąpiła oczywista pomyłka dotycząca jednostek miar jednego z parametrów tego rozwiązania tj. długości końcówki, gdyż Zamawiający wprowadził wymóg długości końcówki 12 mm, podczas gdy rzeczywista długość końcówki produkowanego systemu QEVO to 12 cm. Jak zauważył Zamawiający, rozwiązanie z długością końcówki 12 mm byłoby dysfunkcjonalne ze względu na rozmiar w przypadku mikroinspekcji zespoleń naczyniowych. Rozwiązanie QEVO jest jednym na rynku rozwiązaniem, które zapewnia integrację z interfejsem mikroskopu poprzez automatyczne rozpoznanie urządzenia QEVO i przejście mikroskopu w tryb pracy „Picture in Picture”, a także poprzez możliwość sterowania funkcjami mikroendoskopu z panelu sterującego mikroskopu, rękojeści bocznych mikroskopu, a także sterownika nożnego mikroskopu. Ze względów technicznych jak i certyfikacyjnych nie jest możliwa praca mikroendoskopu QEVO z jakimkolwiek mikroskopem operacyjnym innego producenta, a także jakimkolwiek innym niż KINEVO 900 modelem mikroskopu operacyjnego produkowanego przez Carl Zeiss Meditec AG. Mikroendoskop QEVO jest produkowany tylko i wyłącznie w jednej wersji, w której długość końcówki zawsze wynosi 12 cm i w takiej specyfikacji został certyfikowany jako wyrób medyczny. Potwierdził jednocześnie, że na etapie przygotowania dokumentu potwierdzającego parametry technicznego oferowanego mikroskopu operacyjnego został on sporządzony z błędem (w pkt 36) poprzez wprowadzenie nieprawidłowej jednostki miary w opisie długości końcówki systemu do mikroinspekcji zespoleń naczyniowych. W karcie produktu, w opisie długości końcówki powinna widnieć wartość 12 cm, a nie 12 mm, co potwierdza prawidłowa karta katalogowa oraz broszura produktu.

Następnie, pismem z 4 listopada 2020 r., Zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawił w ofercie „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą

istotnych zmian w treści oferty” uzasadniając to faktem, że wykonawca w „Opisie przedmiotu zamówienia” stanowiącym ofertę, określając parametry oferowanego mikroskopu operacyjnego neurochirurgicznego Kinevo 900 / Carl Zeiss Meditec AG w punkcie 42. wpisał „TAK System do mikroinspekcji zespoleń naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji 95°. Długość końcówki 12 mm i średnicy 3,6 mm. Wbudowane oświetlenie LED. Urządzenie w technologii plug and play. kompatybilne z mikroskopem, uruchamiane poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji <<picture in picture>> dwóch obrazów: makroskopowego z mikroskopu i mikro z mikroendoskopu. Urządzenie wyposażone w kasetę do sterylizacji. Maksymalny czas uruchomienia systemu w warunkach sali operacyjnej do 20 sek.”, natomiast powinno być: „TAK System do mikroinspekcji zespoleń naczyniowych w postaci mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego o kącie obserwacji 95°. Długość końcówki 12 cm i średnicy 3,6 mm. Wbudowane oświetlenie LED. Urządzenie w technologii plug and play. kompatybilne z mikroskopem, uruchamiane poprzez włączenie wtyczki do gniazda mikroskopu. Obraz z urządzenia przekazywany na monitor mikroskopu w konwencji <<picture in picture>> dwóch obrazów: makroskopowego z mikroskopu i mikro z mikroendoskopu. Urządzenie wyposażone w kasetę do sterylizacji. Maksymalny czas uruchomienia Systemu w warunkach sali operacyjnej do 20 sek.” Zamawiający wskazał jednocześnie, że poprawienie powyższej omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, albowiem nie zmienia oferowanego przedmiotu zamówienia, jakim jest mikroskop operacyjny neurochirurgiczny Kinevo 900 producenta Carl Zeiss Meditec AG, zaś oferowany system do mikroinspekcji zespoleń naczyniowych tj. mikroendoskop QEVO zintegrowany z mikroskopem Kinevo 900, jaki zgodnie z ofertą oferuje Wykonawca, produkowany jest tylko i wyłącznie w jednej wersji tj. o wymiarach: długość końcówki 12 cm (120mm) i średnicy 3,6mm. Poprawienie powyższej omyłki nie powoduje również niezgodności z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia, albowiem w specyfikacji, w opisie systemu mikroinspekcji zintegrowanym z mikroskopem operacyjnym, jaki na rynku oferuje jedynie producent Carl Zeiss Meditec AG w mikroskopie operacyjnym Kinevo 900 i tylko w jednej wersji, popełniono oczywistą omyłkę pisarską w jednostce miary długości końcówki mikroendoskopu wpisując „mm” zamiast „cm”.

Również informując wykonawców o wyniku postępowania, w piśmie z 6 listopada 2020 r., Zamawiający wskazał, że w wyniku ponownego badania oferty, oświadczeń i dokumentów złożonych w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Przystępującego stwierdził, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku nr 2, część 1., punkt 42., w opisie systemu mikroinspekcji zintegrowanego z mikroskopem operacyjnym, jaki na rynku oferuje jedynie

producent Carl Zeiss Meditec AG w mikroskopie operacyjnym Kinevo 900 i tylko w jednej wersji, popełniono oczywistą omyłkę pisarską w jednostce miary długości końcówki mikroendoskopu wpisując „mm” zamiast „cm”. Oczywistym jest, że mikroendoskop z końcówką o długości 12 mm nie mógłby spełniać funkcji badania zespołów naczyń mózgu, ponieważ nie mógłby dotrzeć do głębszych obszarów mózgu, dla których system mikroinspekcji ma zastosowanie. Tym samym, oczywistym jest, że intencją Zamawiającego przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do tego rozwiązania był opis odpowiadający funkcjonalności systemu do mikroinspekcji zgodny z rozwiązaniem, jakie oferuje Carl Zeiss, w którym długość końcówki mikroendoskopu wynosi 12 cm, nie zaś – jak omyłkowo wskazano – 12 mm. Bezspornym jest również fakt, iż jednostka miary długości nie mogłaby być poprawiona w inny sposób np. w metrach lub kilometrach. Oczywista omyłka pisarska w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlega sprostowaniu i nie narusza art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej nie zmienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym dokonał zaniechanej czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, dokonał zaniechanej czynności poprawienia w ofercie tego wykonawcy innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał zaniechanej czynności wezwania Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia oświadczeń i dokumentów złożonych w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, powtórzył unieważnioną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1. i wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

Z porównania zacytowanych powyżej opisów rozwiązania wymaganego i oferowanego, zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ofercie Przystępującego, wynika jednoznacznie, że zawarty w ofercie Przystępującego opis oferowanego parametru został wprost przekopiowany z opisu dokonanego przez Zamawiającego. Są to bowiem teksty identyczne.

Jak wyjaśnił Przystępujący, w przywołanym opisie popełnił omyłkę nie zauważając wskazania w tabeli „12 mm”, zamiast „12 cm”, ponieważ był to jeden z wielu opisanych parametrów, a czytając opis zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odczytał, że jest to opis rozwiązania firmy Carl Zeiss i chodziło tu o kompatybilność z mikroskopem, a nie długość końcówki. Jest tylko jeden mikroskop w jednej wersji z takim rozwiązaniem, tj. Kinevo 900 firmy Carl Zeiss, więc było dla niego jasne, że chodzi o to właśnie rozwiązanie.

Takie też rozwiązanie (mikroskop Kinevo 900 firmy Carl Zeiss) zaoferował, co wynika ze wskazania tych nazw w ofercie.

Z kolei Zamawiający wyjaśnił, że opisane w pierwszym akapicie punktu 42. przedmiotowej tabeli rozwiązanie było wprost rozwiązaniem stosowanym wyłącznie przez firmę Carl Zeiss. Dlatego też Zamawiający dopuścił również dwa inne rozwiązania stosowane przez innych producentów. Celem Zamawiającego było opisanie w akapicie pierwszym punktu 42. mikroendoskopu z końcówką o długości 12 cm (120 mm) i średnicą 3,6 mm, a wskazanie „12 mm” było omyłką pisarską, której nie zauważył wcześniej. Jak stwierdził, świadomie nie zamawiałby końcówki o długości 12 mm, gdyż jest to rozmiar nieprzydatny do założonego celu.

W opinii Izby, jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, nie ma wątpliwości, iż Zamawiający w opisywanym wymaganiu chciał użyć wartości „12 cm”, a nie „12 mm”, która to jednostka miary została użyta przez pomyłkę, a pomyłka ta nie została zauważona na wcześniejszym etapie postępowania. Była niezamierzonym przekręceniem użytej jednostki miary.

Opinia ta wynika zarówno z faktu, że – co nie było sporne pomiędzy Stronami i Przystępującym – opisywane rozwiązanie odnosiło się do rozwiązania zastosowanego w urządzeniu Kinevo 900 marki Carl Zeiss, a które nie jest stosowane w innych mikroskopach tego typu, i którego końcówka mikroendoskopu ma wymiary właśnie 12 cm długości i 3,6 mm średnicy. Jak też z faktu, że długość końcówki mikroendoskopu równa 12 mm jest wymogiem nie mającym sensu ze względu na to, że jest to końcówka zbyt krótka do wykorzystania w założonym celu. Również ta kwestia nie była sporna pomiędzy Stronami i Przystępującym. I są to okoliczności, które nie powinny być nieznanymi profesjonalistom mającym do czynienia z tego typu sprzętem medycznym.

Oczywiste jest zatem, że prawidłowa treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna brzmieć „12 cm”, a nie „12 mm”.

Podobnie też w opisie zawartym w ofercie Przystępującego, w punkcie 42. tabeli „Parametry jakościowe”, w kolumnie „Parametr oferowany – Wykonawca powinien opisać/podać oferowane parametry”, powinna znajdować się jednostka miary „cm”, a nie „mm”, co być może miałyby miejsce, gdyby osoba sporządzająca ofertę nie korzystała z funkcji „kopiuj – wklej” wykorzystując tekst przygotowany przez Zamawiającego.

Nie ma również wątpliwości, że celem Przystępującego było zaoferowanie rozwiązania opisanego przez Zamawiającego.

Tym samym, w ocenie Izby, również w tym miejscu pojawiła się omyłka pisarska – czy też raczej: została powielona omyłka pisarska istniejąca wcześniej. W zaistniałym stanie

faktycznym trudno więc wskazywać, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego wymaga art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższą sytuację można zakwalifikować raczej jako żądanie przedmiotu o nieistniejących cechach, jak też oferowanie przedmiotu o nieistniejących cechach – przy czym obie strony mają na myśli ten sam przedmiot. Jest to zatem obustronna wada w wyrażeniu oświadczenia woli.

W ustawie Prawo zamówień publicznych nie zawarto regulacji odnoszących się do zaistniałego stanu faktycznego. Przywołany art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że „w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, co odczytuje się też jako zakaz zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert – także poprzez brak formalnej zmiany, lecz działanie zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert wbrew brzmieniu postanowień tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Brak regulacji prawnej nie zmienia jednak faktu, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – tak jak i w każdym innym tekście – mogą pojawiać się omyłki, w tym omyłki rachunkowe i pisarskie. I – jeśli nie zostaną zauważone i skorygowane w stosownym momencie – w zależności od tego, czego one dotyczą i jaka jest ich waga, taka jest konsekwencja ich pojawienia się. Jak wynika z doświadczenia składu orzekającego, nawet przy sporach dotyczących spełnienia wymagań specyfikacji omyłki pisarskie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia najczęściej są przez zamawiających i wykonawców identyfikowane i w domyśle korygowane, a tekst jest odczytywany nie literalnie, lecz zgodnie z zamiarem (jakby danej omyłki pisarskiej nie było). Omyłki takie często dotyczą jednostek miary.

W przypadku więc, gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w oczywisty sposób nastąpiła omyłka w zastosowanej jednostce miary, a z samej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiadomy, a wręcz oczywisty, jest prawidłowy wymóg Zamawiającego, można interpretować postanowienie zawierające ten błąd w taki sposób, jakby tego błędu nie zawierało, tj. w tym wypadku: 12 cm. Podobnie tekst przekopiowany przez Przystępującego ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty – również w sposób, jakby tego błędu nie zawierał. Z tą różnicą, że względu na to, że w wypadku ofert ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera regulacje dotyczące poprawiania omyłek, Zamawiający miał możliwość takiego oficjalnego sprostowania/korekty dokonać.

Zamawiający zastosował instytucję opisaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakkolwiek ze stanu faktycznego sprawy wynika, że sytuacja bardziej odpowiadała wystąpieniu omyłki pisarskiej niż niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – były one bowiem identyczne (identycznie błędne), kwestia, czy zastosowanie powinna mieć tu korekta, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1, zamiast w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zmienia samego skutku dla oferty.

Zdaniem Izby, co wynika wprost z powyżej przywołanych treści pism Zamawiającego – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastosował on raczej z ostrożności, gdyż całe jego działanie odnosi się do stwierdzenia przedmiotowej omyłki pisarskiej („W związku z powyższym Zamawiający zwraca się z zapytaniem, czy nie nastąpiła omyłka w określeniu jednostki miary długości końcówki mikroendoskopu sztywnego jednoczęściowego – jest <<12 mm>>, winno być <<12 cm>>”). Tym samym bardziej adekwatne byłoby zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym, w opinii Izby, omyłka pisarska może mieć charakter omyłki pisarskiej oczywistej także, gdy oczywistość ta jest widoczna nie dla „przeciętnego czytelnika”, lecz dla profesjonalistów, do których kierowana jest dana specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Jednak, jak już Izba wskazała powyżej, rozróżnienie to nie ma znaczenia dla bytu oferty, która nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie stwierdziła także po stronie Przystępującego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, które mogłyby skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania.

Jak wynika z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Zamawiający, pomimo zaistniałego błędu w jednostce miary, jak oświadczył, wiedział, jakie urządzenie i o jakich cechach zostało mu zaoferowane, i było to urządzenie, które opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego oczekiwał. Stan ten nie budzi wątpliwości Izby, zatem, jak wskazano na wstępie, Izba nie stwierdziła wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego, a tym samym wystąpienia przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

**Przewodniczący:** .....