

sygn. akt: **KIO 2565/22**

## **WYROK**

**z dnia 13 października 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2022 r. przez wykonawcę **J. & J. Poland sp. z o.o., ul. Iłżecka 24; 02-135 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Specjalistyczne Centrum Medyczne im. św. Jana Pawła II S.A., ul. Jana Pawła II 2; 57-320 Polanica-Zdrój**, przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland sp. z o.o., ul. Polna 11; 00-633 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddała odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. & J. Poland sp. z o.o., ul. Iłżecka 24; 02-135 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Johnson & Johnson Poland sp. z o.o., ul. Iłżecka 24; 02-135 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Specjalistyczne Centrum Medyczne im. św. Jana Pawła II S.A. z siedzibą w Polanicy-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zakup i dostawa jednorazowego sprzętu do zabiegów z zakresu chirurgii bariatrycznej dla Specjalistycznego Centrum Medycznego im. św. Jana Pawła II S.A, nr sprawy ZP/PN/2022/36 - narzędzia bariatryczne*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 sierpnia 2022 r., pod nr 2022/S 160-455844.

Dnia 19 września 2022 roku, zamawiający opublikował wyjaśnienia SWZ, tj. odpowiedzi na pytania wniesione w trybie art. 135 ust. 1 Pzp.

Dnia 29 września 2022 roku, wykonawca J. & J. Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie niezgodności z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na:

- 1) braku udzielenia jasnej i jednoznacznej odpowiedzi na pytanie nr 7 w wyjaśnieniach SWZ opublikowanych w dniu 19 września 2022 r.;
- 2) udzieleniu w dniu 19 września 2022 r. wyjaśnień SWZ (odpowiedzi na pytanie nr 7) w sposób dodatkowo utrudniający interpretację opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”),
- 3) zmianie w dniu 19 września 2022 r. treści SWZ w sposób naruszający zasadę efektywności, równego traktowania i uczciwej konkurencji, z uwagi na dopuszczenie interpretacji OPZ, która mogła skutkować złożeniem ofert nieporównywalnych z uwagi na zestawienie produktów o różnych funkcjonalnościach i podlegających innemu sposobowi wyceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 135 ust. 1 i 2 PZP poprzez udzielenie wyjaśnień SWZ (odpowiedzi na pytanie nr 7) w sposób wymijający i niestanowiący pełnej odpowiedzi na pytania odwołującego;
- 2) art. 135 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP poprzez udzielenie wyjaśnień SWZ (odpowiedzi na pytanie nr 7), które uniemożliwiły sprecyzowanie przedmiotu zamówienia,  
a w konsekwencji nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny;
- 3) art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 135 ust. 1 i 2 PZP poprzez:
  - a) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny ze względu na wprowadzenie w OPZ alternatyw, przy jednoczesnym braku wyjaśnienia wątpliwości dotyczących sposobu realizacji zamówienia w zakresie opcji nr 2 w pozycji

nr 2 formularza asortymentowo-cenowego, co powoduje poważne trudności w określeniu ceny oferty i nie pozwala na złożenie w postępowaniu konkurencyjnych i możliwych do porównania ofert,

- b) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania ze względu na wprowadzenie w OPZ alternatyw polegających na zestawieniu w OPZ różnych, nieporównywalnych produktów, co skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji ryzykiem niegospodarnego wydatkowania środków publicznych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż zarzucane zamawiającemu naruszenia PZP stanowią nieusuwalną wadę postępowania, z uwagi na rozpoznawanie odwołania po wyborze oferty, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wskazał, że odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Z tego względu niewątpliwe jest, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący dysponuje produktami opisanymi w opcjach nr 1 poszczególnych pozycji formularza, tj. produktami jednorazowymi. Wskazane naruszenia ustawy naraziły odwołującego na szkodę w postaci utraty zamówienia w wyniku błędnej kalkulacji ceny innych ofert, a także dokonania porównania niewspółmiernych ofert na produkty, które są nieporównywalne. Przedstawione naruszenia z pewnością wpłynęły na sytuację odwołującego w postępowaniu, ponieważ zaoferował on urządzenia odpowiadające opcji jednorazowej. W konsekwencji zestawienia oferty odwołującego z ofertą wykonawcy, który zaoferował opcję wielorazową, oferta odwołującego nie została wybrana. Tym samym odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Odwołujący wskazał, co następuje.

- a) Wadliwość wyjaśnień SWZ skutkująca wadliwością OPZ.

Odwołujący wskazał, iż kluczowe dla niniejszej sprawy jest udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień, które pogłębiły nieprecyzyjność OPZ w zakresie pozycji nr 2 formularza. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7 wyjaśnił, czy i na jakich zasadach ma być dostarczony stapler wielorazowy dedykowany do osłon opisanych w opcji nr 2 w pozycji nr 2 formularza. Jednocześnie zamawiający, ze względu na sposób sformułowania wyjaśnień, dał podstawę do nowej interpretacji OPZ, tj. uznania, że dopuszcza wykorzystanie do osłon staplera wielorazowego dostarczonego do wielorazowych zestawów bariatrycznych zaoferowanych w ramach opcji nr 2 w pozycji nr 6. W konsekwencji tego zamawiający dokonał zmiany OPZ, która jest źródłem aktualnych wątpliwości. Taki sposób udzielenia wyjaśnień SWZ pozostaje w sprzeczności z celem narzędzia uregulowanego w art. 135 PZP. Odwołujący wskazał, że prawidłowy OPZ determinuje prawidłowy przebieg całego postępowania.

- b) Nieporównywalność produktów zestawionych w pozycji nr 2 formularza.

Opisane wątpliwości dotyczące OPZ skutkują niepewnością potencjalnych wykonawców zarówno co do elementów, które mają zostać zaoferowane w ramach opcji nr 2 w pozycji nr 2 formularza (co skutkuje możliwością dokonania różnych kalkulacji ofert), jak i co do sposobu realizacji zamówienia. Taka sytuacja jest niepożądana zarówno z perspektywy wykonawców, którzy zostają pozbawieni równego traktowania (z uwagi na różne sposoby wyceny ofert, co przy wyłącznym kryterium ceny może automatycznie pozbawić szans wykonawcę, który oferuje opcję nr 1 w pozycji nr 2), jak i zamawiającego, który ponosi ryzyko komplikacji przy realizacji zamówienia. Skutkiem aktualnego brzmienia OPZ jest ryzyko braku możliwości porównania ofert, co wynika z następujących aspektów technologicznych:

1. Zestawione w pozycji nr 2 formularza jednorazowa rękojeść staplera (opcja nr 1) oraz osłona (opcja nr 2) stanowią zupełnie różne i nieporównywalne funkcjonalnie urządzenia.

Odwołujący nadmienia, iż sterylne osłony jednorazowego użytku nie stanowią sprzętu, który może zastąpić jednorazową rękojeść staplera endoskopowego – jako że wyłącznie połączenie przedmiotowych osłon ze staplerem laparoskopowym wielorazowego użytku może prowadzić do realizacji procedur medycznych, które mogłyby zostać przeprowadzone z zastosowanej jednorazowej rękojeści staplera endoskopowego. W świetle powyższego, kluczowym aspektem dla osiągnięcia „funkcjonalnej porównywalności” jest zapewnienie wraz z osłonami odpowiednich staplerów wielorazowego użytku. Osłona jest jedynie elementem, który nakłada się na stapler wielorazowy, podczas gdy jednorazowa rękojeść staplera jest samodzielnym urządzeniem. Osłona jednorazowego użytku jedynie zabezpiecza część elektrycznego staplera wielorazowego, dając osłonę sterylną na ten element. Osłona nie jest całym staplerem gotowym do użycia w procedurze chirurgicznej. Aby stapler elektryczny wielorazowy mógł zostać użyty w procedurze chirurgicznej należy połączyć trzy elementy: na rękojeść staplera wielorazowego elektrycznego należy nałożyć sterylną osłonę, po czym dołączyć wcześniej wysterylizowany adapter. Dodatkowo koniecznym jest użycie ładowarki do rękojeści staplera, która wymaga ładowania co 17 odpaleń ładunku, a czas każdorazowego ładowania wynosi 180 min.

Z powyższego wynika, że w celu zestawienia tożsamyh produktów w pozycji nr 2 formularza należałoby zestawić stapler elektryczny jednorazowy ze staplerem elektrycznym wielorazowym kompletnym, którego osłona stanowi jedną z części.

Na potwierdzenie odwołujący załączył wyciąg z instrukcji użytkowania produktu oferowanego przez Medtronic Poland Sp. z o.o. (opcja wielorazowa z osłoną) oraz instrukcji używania produktu oferowanego przez odwołującego (opcja jednorazowa – stapler jednorazowy).

Dowody: wyciąg z instrukcji użytkowania produktu oferowanego przez Medtronic Poland sp. z o.o. (opcja wielorazowa z osłoną) - załącznik nr 5, instrukcja używania produktu

oferowanego przez odwołującego (opcja jednorazowa - stapler jednorazowy) - załącznik nr 6.

Konsekwencją powyższego są istotne różnice w sposobie wyceny jednorazowej rękojeści staplera oraz osłony. Samodzielna osłona każdorazowo będzie tańsza od jednorazowej rękojeści staplera. Okoliczność ta sprawia, że jeżeli zamawiający nie wymaga w kalkulowaniu ceny staplera wielorazowego - a dokładniej ceny staplerów w ilości gwarantującej ich dostępność przez cały okres obowiązywania umowy - wówczas wykonawca, który oferuje jednorazową rękojeść staplera w wymaganej ilości, nie ma możliwości zaoferowania konkurencyjnej oferty. Również z tego względu nie sposób mówić o zestawieniu produktów analogicznych, które mogą być oferowane alternatywnie.

Niedopuszczalność takiego sformułowania OPZ potwierdza orzeczenie KIO, w którym wskazano, że luz decyzyjny w zakresie parametrów oferowanego urządzenia jest niedopuszczalny głównie z tego powodu, że złożone w postępowaniu oferty byłyby nieporównywalne: *„Przyjęcie zatem jednocześnie takiego rozwiązania, w którym wyłącznie front wykonany jest ze stali nierdzewnej i takiego, gdzie zarówno front, góra i boki wykonane są z tego materiału - naruszałoby zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji”* (wyrok KIO z 17.08.2020 r., sygn. akt KIO 1507/20, LEX nr 3053225).

Powyższy przykład można odnieść do sytuacji, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu, ponieważ zamawiający w istocie pozostawił wykonawcom luz decyzyjny co do sposobu zaoferowania zupełnie odmiennych urządzeń (jedno i wielorazowych).

2. Brak możliwości zabezpieczenia przez jeden stapler wielorazowy ilości zabiegów wynikających z formularza.

Dodatkowym, istotnym aspektem, który czyni działania zamawiającego wątpliwymi, jest brak równoważności opcji jednorazowej i wielorazowej, jeśli chodzi o zabezpieczenie liczby zabiegów wynikającej z treści formularza. Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego, stapler wielorazowego użytku miał stanowić produkt dostarczany w ramach odrębnie wycenionej pozycji (tj. zestawów wskazanych w pozycji nr 6 formularza). Powyższe rozwiązanie należy uznać za nieprawidłowe m.in. z uwagi na zastrzeżenie nieodpowiedniej liczby wymaganych staplerów wielorazowego użytku. Jak zostało wskazane w odwołaniu, zamawiający wymagał zaoferowania 100 sztuk staplerów jednorazowych lub osłon do staplerów wielorazowych (pozycja nr 2 formularza) oraz 600 sztuk zestawów bariatrycznych jedno lub wielorazowych (pozycja nr 6 formularza). Sumując ilości te ilości można wnioskować, że zamawiający przewiduje w okresie obowiązywania umowy łącznie 700 zabiegów z użyciem staplerów. Zamawiający do zestawów bariatrycznych (pozycja nr 6 formularza) wymaga dodatkowo dostawy *„jednego staplera laparoskopowego wielorazowego użytku (...) z czterema adapterami (...)”*. Ponadto, wydaje się, że zamawiający zakłada możliwość wykorzystania tego staplera również do osłon zaoferowanych w pozycji nr 2 formularza. Z analizy urządzeń,

które zostały zaoferowane w postępowaniu przez z innego wykonawcę wynika, że jeden stapler wielorazowy nie wystarczy do zabezpieczenia 700 zabiegów. Zgodnie z instrukcją używania załączoną do odwołania, jedna rękojeść staplera elektrycznego wielorazowego służy do przeprowadzenia 300 procedur. Z tego wynika, że aby zabezpieczyć 700 zabiegów, wykonawca powinien dostarczyć 3 staplery wielorazowe. Ponadto wątpliwości budzi ilość wymaganych przez zamawiającego adapterów do staplera wielorazowego. Zgodnie z instrukcją używania, jeden adapter służy do przeprowadzenia 100 procedur. Z tego wynika, że aby zabezpieczyć 700 zabiegów, wykonawca powinien dostarczyć 7 adapterów.

Dowód: wyciąg z instrukcji użytkowania produktu oferowanego przez Medtronic Poland sp. z o.o. (opcja wielorazowa z osłoną) - załącznik nr 5.

Dla porównania należy wskazać, że odwołujący, oferując urządzenia w opcji jednorazowej, zabezpiecza wymaganą ilość zabiegów, ponieważ w pozycji nr 2 formularza oferuje 100 niezależnych staplerów jednorazowych oraz w pozycji nr 6 formularza 600 zestawów bariatrycznych. Jako, że zamawiający wymaga łącznie 700 osłon (przy czym jedna osłona może zostać wykorzystane w ramach jednej procedury) oraz 1 staplera wielorazowego (przy czym jeden stapler może zostać wykorzystany w ramach 300 procedur) - wymagany stapler wielorazowego użytku nie pozwoli na wykorzystanie blisko 700 osłon. Konsekwentnie, osłony, dla których nie zapewniono staplera wielorazowego użytku, nie mogą zostać uznane za produkty porównywalne do staplera jednorazowego użytku. Odwołujący podkreśla, że same osłony, bez staplerów wielorazowego użytku, nie mogą zastąpić staplera jednorazowego użytku.

Powyższe stanowi kolejny argument na temat nieporównywalności zestawionych przez zamawiającego urządzeń.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie Zamawiającego całe odwołanie jest sformułowane w sposób mający spowodować wrażenie, iż zamawiający faworyzuje jedno rozwiązanie, co jest niezgodne ze stanem rzeczywistym. Zamawiający stworzył możliwość, aby wykonawcy, którzy mają podobne rozwiązania mogli przystąpić do przetargu i skonstruował SWZ, w taki sposób, aby nie ograniczać konkurencji. Zamawiającemu zależy bowiem, na celu zabiegu, a czy zrobi to przy użyciu: „*Jednorazowej rękojeści sztaplera...*” czy „*sterylnej osłony jednorazowego użytku...*” ma znaczenie drugorzędne, gdyż liczy się efekt końcowy, którym jest udany zabieg i zdrowie pacjenta - dlatego jedynym kryterium jest cena 100%. I takiej też odpowiedzi udzielił na wspomniane przez odwołującego pytanie nr. 7:

### **Pytanie 7:**

W załączniku nr 2 do SWZ, w zakresie lp. 2 Zamawiający wskazuje na dostawę następującego produktu: „Jednorazowa rękojeść staplera endoskopowego z wbudowanym przegubem w ramieniu, który stanowi integralną część rękojeści. Przegub umożliwiający obustronne zgięcie (artykulację) ramienia. Rękojeść przeznaczona do ładunków wykonujących zespolenia o dł 60 mm, posiadająca dwie dźwignie zamykającą i spustową. Dł. ramienia 44 cm” (dalej jako: „**Stapler podstawowy**”) lub „sterylnej osłony jednorazowego użytku, będącej częścią wielorazowego staplera składającego się z zasilanej rękojeści, zasilanej osłony i przejściówki” (dalej jako: „**Oslona**”).

W dalszej części lp. 2 Zamawiający określa następujący wymóg: „\* Stapler laparoskopowy wielorazowego użytku, zasilany akumulatorem litowo-jonowym, zawierający mikroprocesor, układ elektroniczny, 3 silniki, ekran wyświetlacza OLED. Dwa adaptory wyposażone w złącza kompatybilne z silnikiem wskaźników czujników i interfejsów komunikacyjnych rękojeści dzięki czemu urządzenie jest funkcjonalne i zapewnia komunikację pomiędzy kompatybilnymi ładunkami 30mm, 45mm i 60mm. W skład zestawu wchodzi ładowarka, dwie prowadnice do wkładania baterii, śrubokręt. Stapler obsługujący wszystkie funkcje staplera jak zamykanie i otwieranie ładunku, zginanie ładunków z artykulacją, rotację wokół własnej osi oraz odpalanie ładunku użyczany wraz z adapterem i ładowarką na czas trwania umowy”.

Prosimy o wyjaśnienie, czy:

- 1) Wykonawca oferując Oslonę jest równocześnie zobowiązany do zaoferowania staplera, którego opis rozpoczyna się od słów „\* Stapler laparoskopowy wielorazowego użytku, zasilany akumulatorem litowo-jonowym, zawierający mikroprocesor, układ elektroniczny, 3 silniki, ekran wyświetlacza OLED...”; czy też
- 2) Wykonawca może zaoferować samą Oslonę zamiast Staplera podstawowego.

W ocenie Wykonawcy, w świetle postanowień Załącznika nr 2 do SWZ, możliwym jest zaoferowanie samej Oslony zamiast staplera podstawowego. Jednocześnie żadne z postanowień Załącznika nr 2 nie obliguje wykonawcy do zaoferowania staplera, o którym mowa w punkcie a) powyżej.

Wykonawca nadmienia, iż Oslona nie stanowi produktu równoważnego ze Staplerem podstawowym – co Zamawiający pośrednio potwierdził w opisie produktu zamówienia (wskazując, że Oslona jest wyłącznie częścią staplera). Konsekwencją powyższego jest **istotna, ponad 20-krotna różnica** pomiędzy ceną rynkową Oslony oraz Staplera podstawowego.

Z uwagi na zastrzeżone kryteria oceny ofert (tj. ocena wyłącznie w oparciu o cenę produktu), podmioty oferujące Stapler podstawowy są w znacznie gorszej sytuacji w porównaniu z podmiotami oferującymi samą Oslonę. Alternatywne oferowanie Staplera podstawowego i Oslony w ramach tej samej pozycji stanowi zatem działanie faworyzujące część wykonawców oraz konsekwentnie dyskryminujące pozostałych. Konsekwentnie, dopuszczenie możliwości zaoferowania samej Oslony jako produktu równoważnego do Staplera podstawowego stanowi w ocenie Wykonawcy **rozwiązanie istotnie naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, co z kolei może prowadzić zakwestionowania warunków postępowania przez KIO.**

Prosimy o wyjaśnienie powyższej kwestii.

### **Odpowiedź 7:**

Zamawiający wyraźnie określił w pozycji 2 formularza asortymentowo - cenowego możliwość zaoferowania jednorazowej rękojeści staplera endoskopowego z wbudowanym przegubem w ramieniu, który stanowi integralną część rękojeści. Przegub umożliwiający obustronne zgięcie (artykulację) ramienia. Rękojeść przeznaczona do ładunków wykonujących zespolenia o dł 60 mm, posiadająca dwie dźwignie zamykającą i spustową. Dł. ramienia 44 cm **LUB** sterylnej osłony jednorazowego użytku, będącej częścią wielorazowego staplera składającego się z zasilanej rękojeści, zasilanej osłony i przejściówki. Następnie Zamawiający wyraźnie określił, że w przypadku zaoferowania zestawów bariatrycznych wymagających wielorazowego staplera elektrycznego, dostawca dostarczy stapler laparoskopowy wielorazowego użytku, zasilany akumulatorem litowo-jonowym, zawierający mikroprocesor, układ elektryczny, 3 silniki, ekran wyświetlacza OLED. Cztery adaptory wyposażone w złącze kompatybilne z silnikiem wskaźników czujników i interfejsów

komunikacyjnych rękojeści dzięki czemu urządzenie jest funkcjonalne i zapewni komunikację pomiędzy kompatybilnymi ładunkami 30mm,45mm i 60mm. W skład zestawu wchodzi ładowarka, cztery prowadnice oraz śrubokręt bezpieczeństwa.

**Bezzasadne jest zatem twierdzenie faworyzowania, dyskryminowania czy też naruszania zasad uczciwej konkurencji przy przyjętym kryterium oceny ofert :100% cena.**

Zamawiający wskazał, że wszystkie odpowiedzi, tak jak w przypadku, odpowiedzi na pytanie nr. 7, zostały udzielone w sposób wyczerpujący, bo gdyby tak nie było, żaden wykonawca nie przystąpiłby do postępowania przetargowego, w tym i sam odwołujący. Zamawiający nadmienia ponadto, iż odwołujący złożył ofertę przekraczającą możliwości finansowe zamawiającego, ponieważ cena odwołującego, była wyższa niż kwota przeznaczona na sfinansowania przedmiotu zamówienia. Drugi wykonawca, który również przystąpił do postępowania, złożył ofertę mieszczącą się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz zaoferował ją w o wiele korzystniejszej cenie. Zamawiający jako szpital ministerialny o najwyższych referencjach musi dbać o najwyższą jakość świadczonych usług, co rozumie się przez zakup odpowiedniego sprzętu, ale i również o ekonomię swoich wydatków. Zamawiający ma pełne prawo do skonkretyzowania warunków w sposób oczekiwany od operatorów tego sprzętu – lekarzy. W żadnym razie oczekiwania te nie są zbyt obszerne. Fakt, że skarżący nie posiada tańszych rozwiązań, nie jest winą zamawiającego. Nie można oczekiwać od zamawiającego, że ukierunkuje się tylko na jeden sposób leczenia, ponieważ tego oczekuje skarżący. Żaden przepis ustawy PZP tego nie wymaga, gdyż to tylko zamawiający poniesie pełną odpowiedzialność za ewentualne niedotrzymanie standardów medycznych tego urządzenia.

Przystępujący do postępowania wykonawca wskazał, iż żądanie odwołującego nakazania unieważnienia postępowania determinuje wniosek, że odwołanie dotyczy zaniechania tego unieważnienia. Jego uwzględnienie wymaga więc uprzedniego ustalenia, że po stronie zamawiającego wystąpił obowiązek podjęcia takiej czynności, którego bezprawnie nie wykonał. Konieczne jest zatem odnalezienie przepisu PZP nakazującego takie zachowanie. W tym zakresie odwołujący nie wykazał jakiegokolwiek inicjatywy. Nie wiadomo na podstawie jakiej normy tut. Izba miała nakazać unieważnienie postępowania. W szczególności nie wskazano wady, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe wydaje się być już wystarczającym argumentem za oddaleniem odwołania w całości.

Relacjonując stan faktyczny oraz identyfikując istotę sporu odwołujący stwierdził, że koncentruje się wokół dwóch zagadnień (str. 6):



- 1) wywodzącej się z niejasnych wyjaśnień SWZ wadliwości OPZ polegającej na braku możliwości stwierdzenia, czy i w jaki sposób wykonawca oferujący osłony ma zaoferować stapler wielorazowego użytku;
- 2) zestawienia przez zamawiającego jednorazowej rękojeści staplera (opcja nr 1 z pozycji nr 2) z osłonami (opcja nr 2 z pozycji nr 2), które to produkty są nieporównywalne pod względem użytkowym.

Nie ulega zatem kwestii (okoliczność przyznana), że podstawą zarzutów referujących do rzekomo wadliwego opisu przedmiotu zamówienia stanowią postanowienia źródłowe SWZ, opublikowanej w dniu 22.08.2022 r. Zarzuty zawarte w pkt 3b) odwołania (nieporównywalność produktów stanowiąca o naruszeniu art. 99 ust. 1 PZP) są więc spóźnione. W związku z powyższym, na zasadzie art. 528 pkt 3 PZP zasługuje ono na odrzucenie w zakresie zarzutów, w stosunku do których wspomniany termin nie został zachowany. Tak jest w przypadku rzeczonych twierdzeń o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia.

Co się zaś tyczy drugiego zagadnienia stanowiącego sedno sprawy, czyli wywodzącej się z niejasnych wyjaśnień SWZ wadliwości OPZ polegającej na braku możliwości stwierdzenia, czy i w jaki sposób wykonawca oferujący osłony ma zaoferować stapler wielorazowego użytku - stwierdzić należy, że zarzut jest oczywiście chybiony.

Zamawiający w pkt 2 formularza asortymentowo-cenowego wymaga alternatywnie:

- jednorazowej rękojeści staplera endoskopowego z wbudowanym przegubem w ramieniu (...)LUB

Sterylny osłony jednorazowego użytku (...),

- zaś stapler laparoskopowy wielorazowego użytku (o opisanych właściwościach) jest wymagany w przypadku zaoferowania zestawów bariatrycznych wymagających wielorazowego staplera elektrycznego.

Nawet dla osoby bez przygotowania merytorycznego wyjaśnienia są czytelne i zrozumiałe. Zamawiający rozwiał potencjalną wątpliwość, co do tego, czy wymaga samych osłon, czy też, w przypadku wyboru tej alternatywy - również staplera wielorazowego użytku. Zarazem zapisy SWZ miały głębszy sens, bowiem w istocie opisywały dwa równoocenne rozwiązania kliniczne oferowane na rynku, w postaci staplerów jednorazowego użytku (jednorazowej rękojeści) lub staplera wielorazowego użytku ze sterylnymi osłonami jednorazowego użytku. W tych okolicznościach odwołanie stanowi bezpodstawną próbę odwrócenia wyniku przetargu (poprzez jego unieważnienie), który został przeprowadzony w sposób przejrzysty, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Na gruncie części 3 odwołania (uzasadnienia jego zarzutów) widać wyraźnie, że wyjaśnienia wcale nie są wadliwe (niezrozumiałe, niejasne), lecz przesądzają kwestię niewygodną dla odwołującego z punktu widzenia rozstrzygnięcia postępowania. Nie ma

chyba wątpliwości, że gdyby odwołujący je wygrał, wówczas przedmiotowego odwołania by nie było. Na stronie 7 odwołujący przyznaje, że zamawiający dał podstawę do uznania, że dopuszcza wykorzystanie osłon staplera wielorazowego dostarczonego do wielorazowych zestawów bariatrycznych (w ramach opcji nr 2 w poz. nr 6). W tym miejscu jest dla niego wszystko jasne. Natomiast całkowicie inną rzeczą są konsekwencje z tego wynikające. Nie może być więc mowy o naruszeniu art. 135 PZP.

Jeśli chodzi o argumenty zawarte w pkt 3b) uzasadnienia odwołania, to jak już zostało wyżej wskazane - zasługują na pominięcie. Niemniej komentując je z ostrożności zauważyć trzeba, że zdaniem odwołującego SWZ miała skutkować „*niepewnością potencjalnych wykonawców co do elementów, które mają zostać zaoferowane w ramach opcji nr 2 w pozycji nr 2 formularza*”. Przeczą jednak temu dwie złożone oferty. Odwołujący zaoferował jednorazowe rękojeści (opcja nr 1 poz. nr 2) i nie miał żadnych wątpliwości co do brzmienia SWZ w tym zakresie. Nie wiadomo zarazem jakich „potencjalnych wykonawców” opcji nr 2, którzy mieliby problemy ze zrozumieniem SWZ, ma na myśli odwołujący. Dla przykładu przystępujący, który skorzystał z alternatywy, takich obiekcji nie miał.

Kolejno odwołujący czyni wywody na temat porównywalności dwóch alternatywnych rozwiązań puentując, że jednorazową rękojeść staplera endoskopowego nie może zastępować stapler wielorazowy z odpowiednimi osłonami. Tyle, że to właśnie stanowiło istotę założeń od początku w SWZ dwóch możliwych do wyboru opcji, co dodatkowo zamawiający potwierdził odpowiedzią na pytanie 7 z dnia 19 września 2022 r. („*w przypadku zaoferowania zestawów bariatrycznych wymagających wielorazowego staplera elektrycznego, dostawca dostarczy stapler laparoskopowy wielorazowego użytku*”).

Co się zaś tyczy ilości zabiegów możliwych do wykonania przy użyciu staplera wielorazowego to zdaniem przystępującego zamawiający celowo nie określił ilości wymaganych staplerów, ze względu na występujące różnice eksploatacyjne. W rezultacie liczbę koniecznych staplerów wielorazowych wykonawca dobierał adekwatnie do ilości planowanych procedur i wydajności danego staplera. Oferty w każdym dopuszczonym wariantcie są więc porównywalne i zamawiający nie ponosi ryzyka niedoszacowania asortymentowego. Oferta przystępującego jest jedynie ok. 10% tańsza od oferty odwołującego i nie może być mowy o 20-krotnej różnicy. To również pokazuje, że obejmuje nie tylko osłony, ale również staplery wielorazowe.

Końcowo przystępujący kwestionuje interes odwołującego we wniesieniu odwołania. Skoro bowiem odwołujący upatruje go w fakcie złożenia oferty (por. str. 6 *in fine*), to zarzucanie zaniechania unieważnienia postępowania zupełnie z tym nie koresponduje. Uwzględnienie odwołania w żadnej mierze nie przybliży odwołującego do uzyskania zamówienia, a wręcz definitywnie te szanse przekreśli.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Odwołujący swoim odwołaniem kwestionuje treść odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 7 stawiając zarzuty naruszenia 1) art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz 2) art. 135 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz 3) art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż zarzucane naruszenia ustawy Pzp stanowią nieusuwalną wadę postępowania, z uwagi na rozpoznawanie odwołania po wyborze oferty, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba w całości podziela merytoryczną argumentację podnoszoną przez zamawiającego i przystępującego, dodatkowo wskazując co następuje.

Przepisy art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stanowią, że: (1) Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. (2) Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Rozstrzygając przedmiotowe odwołanie należy mieć na uwadze kontekst sytuacyjny jaki wiąże stawianie zamawiającemu określonych zarzutów względem interesu jaki upatruje odwołujący stawiając zarzuty i żądania. Co prawda Izba nie jest związana żądaniami odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp (*a contrario*) orzeka tylko i wyłącznie w zakresie zarzutów odwołania, to jednak w celu ustalenia prawidłowego stanu rzeczy konieczne jest wzięcie pod uwagę żądań odwołującego, gdyż mogą one wynikać bezpośrednio lub pośrednio z ustalonego stanu faktycznego sprawy.

Jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy, odwołujący kwestionuje poprawność merytoryczną odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 7. Jednakże oceniając jaki bezpośredni wpływ na sytuację odwołującego w postępowaniu miała treść odpowiedzi zamawiającego należy zwrócić uwagę, iż wpływu takiego nie było. Odwołujący jako jedna z największych firm z dziedziny szeroko rozumianej medycyny, posiada określone produkty, które sprzedaje. W toku rozprawy odwołujący potwierdził, że na rynku polskim przedmiot zamówienia *de facto* mogą zaoferować tylko dwa podmioty: odwołujący i przystępujący. Oznacza to, że konkurencja jest ograniczona jedynie do tych dwóch podmiotów.

Zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Na dzień wydania przedmiotowego orzeczenia sytuacja postępowania uległa zmianie w ten sposób, że zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta przystępującego. Odwołanie natomiast zostało wniesione, co prawda po terminie składania ofert, ale dotyczy czynności związanych z udzieleniem odpowiedzi na pytanie nr 7, związanym z treścią SWZ. Jednakże biorąc pod uwagę treść zarzutów stawianych względem czynności zamawiającego i konsekwencji jakie te czynności mogłyby nieść, wskazać należy, iż zarzuty odwołującego są niezasadne. Konkluzja zarzutów prowadzi bowiem do wniosku, że odwołujący oceniając treść odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego ustalił, że odpowiedź ta w powiązaniu z innymi postanowieniami SWZ uniemożliwia prawidłową weryfikację zapotrzebowania zamawiającego, a w konsekwencji wadliwy opis przedmiotu zamówienia, będący wynikiem odpowiedzi na pytanie nr 7 może spowodować różną interpretację przez wykonawców i może to spowodować nieporównywalność złożonych ofert.

Jednakże jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy, w postępowaniu wpłynęły dwie konkurencyjne oferty, o ustalonym przez zamawiającego zakresie świadczenia, które umożliwiają zamawiającemu realizację założonych zadań. Co istotne, treść odpowiedzi na

pytanie nr 7 pozostaje bez wpływu na sytuację prawną i faktyczną odwołującego, gdyż produkt odwołującego jest inny niż przystępującego, a treść ww. pytania dotyczy *stricte* rozwiązania oferowanego przez przystępującego.

Odnosząc się zaś do zarzutów, iż odpowiedź zamawiającego była wymijająca i niepełna oraz nie precyzowała przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego jest niezasadne. Podnieść należy, iż zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 7 wyraźnie wskazał, że wykonawca w zależności, z której opcji chce skorzystać to musi odpowiednio dostosować swój produkt, aby realizował on cele jakie zamawiający zamierza osiągnąć, tj. wykonanie ok. 700 zabiegów w okresie 2 lat. To na wykonawcy spoczywał obowiązek takiego skonfigurowania i wyceny przedmiotu oferty, aby oferta odzwierciedlała potrzeby zamawiającego. Izba nie dostrzegła żadnych wątpliwości, na które zwracał uwagę odwołujący.

Dowody złożone przez odwołującego potwierdzają rodzaj i typ urządzenia oferowanego przez przystępującego, lecz pozostaje to w irrelewantrym znaczeniu dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....