

Katowice, dnia 5 marca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie – Państwowy Instytut Badawczy**
ul. Roentgena 5, 02 – 781 Warszawa
NIP 525 000 80 57, REGON 000 288 366
e-mail: krystyna.terech-worosz@nio.gov.pl, tel. 22 57 09 466

Odwołujący: **Fluodata sp. z o.o.**, z siedzibą przy ul. Młynarskiej 42, 01-171 Warszawa, KRS: 0000839760, REGON: 385987580, NIP: 5272926719
tel. 793 327 770, piotrwienicis@fluodata.pl
reprezentowana przez:
radcę prawnego Martę Owczarczyk,
e-mail: m.owczarczyk@siw.pl, tel. 724 890 145
radcę prawnego Daniela Konicza,
e-mail: d.konicz@siw.pl, tel. 690 420 866
radcę prawnego Michała Szczęsnego,
e-mail: m.szczesny@siw.pl, tel. 605 368 728
działających w ramach kancelarii Sadkowski i Wspólnicy Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 4 lok. U-7A, 00-131 Warszawa, **(adres do doręczeń: 40-045 Katowice, ul. Astrów 10)**, tel. 32 661 12 90

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji pn. *„Dostawa i montaż systemu monitorowania temperatury i wilgotności oraz dostawa urządzeń do systemu monitorowania temperatury i zasilania lodówek”* (numer postępowania: TP-237/23/KT), dalej jako: „Postępowanie”¹.

¹ <https://nio.ezamawiajacy.pl/pn/NIO/demand/notice/public/117308/details?folder=0001&>
[dostęp w dniu 5 marca 2024 r.]

Nr ogłoszenia: ogłoszenie opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00560656 z dnia 19 grudnia 2023 r.

ODWOŁANIE
W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Działając w imieniu Fluodata sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa (pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową w załączeniu), stosownie do art. 513 pkt 1 oraz art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „**PZP**”) składam odwołanie na niezgodne z przepisami PZP w ramach cz. 1 Postępowania:

- a) czynności Zamawiającego w postaci:
 - odrzucenia oferty Fluodata sp. z o.o. oraz
 - wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ProGrupa Technologie sp. z o.o.,
 - b) zaniechania Zamawiającego w postaci:
 - braku odrzucenia oferty ProGrupa Technologie sp. z o.o. oraz Alab sp. z o.o.;
 - braku wezwania do ProGrupa Technologie sp. z o.o. do poprawienia nieprawidłowo złożonego pełnomocnictwa;
 - c) albo **ewentualnie** na zaniechanie unieważnienia cz. 1 Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP.
- I. Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:
- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z 224 ust. 6 PZP, poprzez bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Fluodata sp. z o.o. nie zawierała rażąco niskiej ceny, obejmowała wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a złożona kalkulacja ceny oferty potwierdzała realność zaoferowanej ceny, za zrealizowanie całego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, natomiast wyjaśnienia złożone zostały w korelacji z zakresem wezwania do wyjaśnień oferty;
 - 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 266 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ProGrupa Technologie sp. z o.o.

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, w związku z niezgodnością treści oferty tego podmiotu z warunkami zamówienia co skutkowało bezzasadnym wyborem oferty ProGrupa Technologia sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w cz. 1 Postępowania;

- 3) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP, poprzez zaniechanie wezwania ProGrupa Technologie sp. z o.o. do poprawienia pełnomocnictwa, które zostało złożone w nieprawidłowej formie, ze względu na fakt, że zgodność cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa w postaci papierowej została poświadczona przez pełnomocnika, podczas gdy zgodnie z przepisami oraz wymogami SWZ, poświadczenia tego powinien dokonać mocodawca;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 266 PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Alab sp. z o.o. pomimo zaoferowania przez ten podmiot świadczenia niezgodnego z warunkami zamówienia.

Ewentualnie naruszenie:

- 5) art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP oraz 286 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak unieważnienia cz. 1 Postępowania pomimo że obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego, ze względu na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, przy jednoczesnym zaniechaniu zmiany treści SWZ w sposób odzwierciedlający oczekiwane przez Zamawiającego świadczenie co było uzasadnione choćby przejrzystością Postępowania czego wynikiem było złożenie w cz. 1 Postępowania przez wykonawców ofert nieporównywalnych, których ocena – porównanie w sposób obiektywny jest niemożliwa.

II. Wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29 lutego 2024 r. w postaci odrzucenia oferty złożonej przez Fluodata sp. z o.o. oraz
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29 lutego 2024 r. w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty ProGrupa Technologie sp. z o.o.;
- c) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

- d) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ProGrupa Technologia sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z niezgodnością złożonej oferty z warunkami zamówienia;
- e) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Alab sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z niezgodnością złożonej oferty z warunkami zamówienia.

Ewentualnie,

- f) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia cz. 1 Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 266 PZP, ze względu na fakt, iż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

III. Ponadto wnoszę o:

- a) zasądzenie od Zamawiającego, na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie przedłożonego rachunku, który zostanie złożony do akt sprawy;
- b) przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji Postępowania przekazanej przez Zamawiającego, oraz dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

IV. Stosownie do art. 505 ust. 1 PZP, niniejszym wskazuję, iż Odwołujący spełnia materialnoprawne przesłanki do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

→ **Odwołujący jest wykonawcą w Postępowaniu w ramach części 1**

Fluodata sp. z o.o. jest doświadczonym podmiotem specjalizującym się w szczególności w kompleksowych dostawach oraz usługach dotyczących systemu monitorowania temperatury i wilgotności. Fluodata sp. z o.o. złożyła ofertę w ramach cz. 1 Postępowania i jako podmiot zdolny do należytej realizacji zamówienia w tym zakresie, jest zainteresowana zawarciem umowy w przedmiocie realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot tejże części Postępowania.

→ **Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w Postępowaniu w ramach części 1**

Oferta Fluodata sp. z o.o. w części 1 Postępowania powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w części 1 Postępowania. Oferta Odwołującego zawiera najniższą

cenę, a cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący spełnia również warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący posiada więc interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP, gdyż wskutek błędnej decyzji Zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia.

→ **Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP w Postępowaniu w ramach części 1**

Wskutek bezprawnych czynności Zamawiającego w postaci bezzasadnego odrzucenia oferty, oraz wyboru jako najkorzystniejszej niezgodnej z warunkami zamówienia oferty złożonej przez ProGrupa Technologie sp. z o.o., Fluodata sp. z o.o. może ponieść istotną szkodę w postaci nieuzyskania spodziewanego przychodu i zysku z realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot cz. 1 Postępowania.

Wniesienie niniejszego odwołania jest więc niezbędne do ochrony interesu oraz praw Fluodata sp. z o.o., która nie uzyska rzeczzonego zamówienia w przypadku bezzasadnego zawarcia umowy przez Zamawiającego z ProGrupa Technologie sp. z o.o., którego to oferta biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert w niniejszym Postępowaniu nie jest ofertą najkorzystniejszą (jest ofertą znacznie droższą), a ponadto powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP).

Wniesienie odwołania zmierza więc w sposób bezpośredni do ochrony praw Odwołującego, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania będzie ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu w części 1.

Odnosnie do zarzutów ewentualnych Odwołujący wskazuje, iż wykonawca nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazuje się w tym zakresie w orzecznictwie:

„Interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych należy interpretować szeroko, jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. W świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że

dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 1299/21.

W przypadku natomiast uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu ewentualnego i wszczęcia przez Zamawiającego drugiego postępowania w tym samym przedmiocie, o czym Zamawiający jest zobowiązany poinformować Odwołującego na podstawie art. 262 PZP w zw. z art. 266 PZP, Odwołujący weźmie w nim udział, dzięki czemu będzie mógł uzyskać zamówienie, jak również będzie mógł uniknąć poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zysku z realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich zawartych w art. 505 PZP materialnoprawnych przesłanek do wniesienia niniejszego odwołania.

V. Stosownie do art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP oraz art. 517 ust. 2 PZP, przedkładam dowód uiszczenia wpisu w wysokości 7 500,00 zł przed upływem terminu do wniesienia odwołania (załącznik nr 3). Jednocześnie załączam dowód przekazania odwołania Zamawiającemu (załącznik nr 4).

VI. Odwołanie zostało wniesione w terminie.

Zamawiający opublikował oraz przekazał mailowo Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty ProGrupa Technologie sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Fluodata sp. z o.o. w dniu 29 lutego 2024 r., co przy uwzględnieniu art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP oznacza, iż 5 dniowy termin na złożenie odwołania został zachowany.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

- (1) Dnia 19 grudnia 2024 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa i montaż systemu monitorowania temperatury i wilgotności oraz dostawa urządzeń do systemu monitorowania temperatury i zasilania lodówek (nr postępowania TP-237/23/KT).
- (2) Postępowanie podzielone było na 2 części, Odwołujący złożył ofertę wyłącznie w cz. 1 Postępowania. Ilekroć w dalszej części pisma jest mowa o „Postępowaniu” należy przez to rozumieć odniesienie się wyłącznie do części 1 Postępowania.
- (3) Cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert w Postępowaniu.
- (4) Dnia 15 stycznia 2024 r. Zamawiający opublikował zbiorcze wyjaśnienia treści SWZ obejmujące odpowiedzi na kilkadziesiąt zadanych pytań.

- (5) Przed upływem terminu składania ofert, który wyznaczony został na 25 stycznia 2024 r., w ramach cz. 1 Postępowania złożone zostały oferty przez 3 wykonawców
- „ALAB” sp. z o.o. – 441 011,74 zł brutto;
 - ProGrupa Technologie sp. z o.o. – 337 999,00 zł brutto;
 - Fluodata sp. z o.o. – 265 457,30 zł brutto.
- (6) Dnia 31 stycznia 2024 r., Odwołujący na podstawie art. 224 ust. 1 PZP został wezwany do wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny złożonej oferty, w związku z wystąpieniem podejrzenia rażąco niskiej ceny (uzasadnione było to spełnieniem przesłanki ujętej w art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP).
- (7) Fluodata sp. z o.o. w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. w dniu 2 lutego 2024 r. przesłała wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny oferty, gdzie ujęto wszelkie koszty realizacji zamówienia, które zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego w warunkach zamówienia.
- (8) Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyraził zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą o 30 dni.
- (9) Dnia 29 lutego 2024 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez ProGrupa Technologie sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych z dnia 29 lutego 2024 r.

- (10) Z decyzjami Zamawiającego, a w szczególności z decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz jej uzasadnieniem nie sposób się zgodzić co znajduje uzasadnienie w następujących okolicznościach:

II. Brak podstaw do odrzucenia oferty

- (1) Aby przybliżyć istotę sprawy, w pierwszej kolejności wyjaśnić należy na czym polega przedmiot zamówienia w cz. 1 Postępowania oraz instytucja wzorcowania.
- (2) Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż systemu monitorowania temperatury i wilgotności oraz dostawa urządzeń do systemu monitorowania temperatury i zasilania lodówek. Zamówienie polega m.in. na wymianie czujników

monitorujących temperaturę w poszczególnych urządzeniach znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego. Urządzenia te ze względu na swoje przeznaczenie (np. przechowywanie krwi) muszą funkcjonować w konkretnej temperaturze, aby elementy podlegające przechowaniu nie uległy zepsuciu. Aby monitorować prawidłowość działania urządzeń montuje się rzeczne czujniki. Przy czym, aby mieć gwarancje prawidłowego działania czujników w danej temperaturze, przeprowadza się tzw. wzorcowanie czujników, które wykonywane jest przez wyspecjalizowane i akredytowane laboratoria. W procesie wzorcowania akredytowany podmiot potwierdza prawidłowe działanie czujnika, a dzięki wynikom takiego wzorcowania można ufać wynikom pomiarów mierzonym za pomocą skalibrowanego czujnika.

- (3) Wzorcowanie jest jednym z istotniejszych elementów zamówienia, ponieważ jest to czynność z reguły przeprowadzana nie przez samych wykonawców, lecz wyspecjalizowane w tym zakresie laboratoria, co generuje koszty po stronie wykonawców. Stąd wysoce istotnym jest, aby mieć wiedzę o zakresie wzorcowania. W przypadku wzorcowania istotnym jest nie tylko liczba takich wzorcowań, czy też ich częstotliwość, ale przede wszystkim ustalenie w jakiej temperaturze wzorcowanie ma zostać przeprowadzone.. Koszt wzorcowania jest zależny od temperatury wzorcowania, np. w przypadku temperatur ujemnych, im niższa temperatura tym wyższy koszt wzorcowania. Precyzyjne ustalenie przez Zamawiającego zakresu wzorcowania jest więc elementem wysoce istotnym dla prawidłowej kalkulacji ceny oferty.
- (4) Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż w lakonicznym i dość enigmatycznym uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający nie precyzuje w sposób całkowicie jasny co dokładnie stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Przy czym należy pamiętać, iż jak wskazano powyżej, Zamawiający jest związany podanym uzasadnieniem odrzucenia oferty i na tym etapie nie jest uprawniony do jego poszerzania i uzupełniania o nowe okoliczności, czy też argumenty. Znalazło to potwierdzenie w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, iż: *„Izba nie uwzględnia nowego, przedstawionego dopiero w postępowaniu odwoławczym, a niezawartego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy, uzasadnienia czynności dokonanej przez zamawiającego, bowiem, jako nie ujawnione wykonawcy, nie może stanowić podstawy zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka”* - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO 953/22. Podobnie również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2022 r., KIO 1132/22.

- (5) Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał jedynie, iż „*zaproponowana przez Wykonawcę cena wzorcowania PCA czujników dotyczy jednego punktu*”, podczas gdy w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2024 r. Zamawiający wskazał, iż „*wymaga świadectw wzorcowania PCA nie więcej niż w 5 punktach, czyli Wykonawca powinien przewidzieć koszty walidacji w 5 punktach nie więcej. Natomiast Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację cenową wzorcowania PCA czujników dla jednego punktu. Wskazana wyżej kalkulacja cenowa nie gwarantuje należytej realizacji całego zamówienia (5 punktów)*”.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych z dnia 29 lutego 2024 r.

- (6) Uzasadnienie to po pierwsze nie referuje do żadnego konkretnego wymogu Zamawiającego, a po drugie zawiera błędną konstatację, iż to oznacza że zaoferowana cena (co istotne ryczałtowa) nie pozwala na pokrycie pełnych kosztów zamówienia nie odnosząc się w ogóle do sumarycznych kosztów Odwołującego oraz dużego „zapasu” wykazywanego jako planowany zysk przez Odwołującego, a także budżetu przeznaczanego na ryzyka związane z realizacją zamówienia
- (7) Zamawiający nie powołuje się na konkretne postanowienia stanowiącego załącznik nr 2.1. do SWZ opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”), gdzie w ocenie Odwołującego powinna znaleźć się kompleksowa regulacja co do tego jaka liczba wzorcowań oraz w jakiej temperaturze przewidziana jest w ramach zamówienia. W OPZ okoliczność ta nie została w żaden sposób wskazania. OPZ wskazuje jedynie i to błędnie jaka ma być częstotliwość wzorcowania, a nie jego zakres.

Dowód: załącznik nr 2.1. do SWZ formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia

- (8) Zamawiający wskazuje z kolei, iż „*źródło*” niezgodności oferty z wymogami Zamawiającego znajduje się w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2024 r. Zamawiający wskazuje właśnie, iż tamże doprecyzował „*w ilu i jakich punktach Zamawiający wymaga świadectw wzorcowania PCA, wskazał, że nie więcej niż w 5 punktach, czyli Wykonawca powinien przewidzieć koszty walidacji w 5 punktach nie więcej*”. Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż Zamawiający wywodzi względem Odwołującego negatywne skutki prawne z punktu 4 wyjaśnień treści SWZ (co Odwołujący stwierdza ze względu na fakt, że ww. fragment stanowi wierne odwzorowanie punktu 4 wyjaśnień), gdzie wskazano, iż:

4. W ilu i jakich punktach Zamawiający wymaga świadectw wzorcowania PCA?

Odp.: Nie więcej niż w 5 punktach

Dowód: wyjaśnienia treści SWZ z dnia 15 stycznia 2024 r.

(9) Podkreślenia wymaga, iż wskazana odpowiedź Zamawiającego jest tak dalece nieprecyzyjna, iż nie można z niej tak naprawdę wnioskować czy Zamawiający wymagał aby ogólnie wszystkie czujniki były wzorcowane w sumarycznie co najmniej 5 pkt tj. poszczególne grupy czujników w punkcie właściwym dla temperatury pracy, ale nie więcej niż w 5 punktach pomiarowych dla wszystkich czujników. Czy też intencją Zamawiającego było aby każdy jeden czujnik był wzorcowany w 5 punktach (przy czym nie jest ostatecznie wiadomym w jakich punktach pomiarowych konkretnie). Tym samym OPZ przygotowany przez Zamawiającego wraz z dalszymi odpowiedziami został sporządzony w sposób nieprecyzyjny i umożliwiający różne rozumienie zakresu zamówienia, a tym samym też różną wycenę złożonych ofert.

(10) W punkcie 4 Opisu przedmiotu zamówienia dla cz. 1 Postępowania (w ujętej tam tabeli), wskazano 5 „rodzajów” urządzeń/miejsc, tj.:

- a) termohigrometry w pomieszczeniach - w warunkach temp. 50 °C, wilgotność 40 - 60% - termohigrometry - 35 szt.
- b) termometry/sondy - w zakresie -20 do 70 °C - 180 szt.
- c) termometry/sondy - w zakresie -30 do 70 °C - 8 szt.
- d) termometry/sondy niskotemperaturowe - w punkcie -85 °C - 3 szt.
- e) zamrażarka niskotemperaturowa - w punkcie -80 °C - 1 szt.

Sumarycznie daje to liczbę 227 urządzeń (w OPZ w tabeli kolorem czerwonym błędnie wskazano na 219 urządzeń, przy czym Zamawiający „sprostował” tę kwestię w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2024 r. w odpowiedzi na pytanie nr 83).

Dowód: załącznik nr 2.1. do SWZ formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia

(11) Jak wynika więc z powyższego, czujniki mają być montowane w 5 „rodzajach” miejsc/urządzeń jakimi dysponuje Zamawiający. Mając tak skonstruowane warunki zamówienia w połączeniu z zawartą w wyjaśnieniach odpowiedzią na pytanie nr 4, która w ocenie Odwołującego odnosi się do wszystkich czujników wchodzących w skład systemu, Odwołujący w pierwszej kolejności

założył, iż świadectwa mają być wystawione w nie więcej niż w 5 punktach, lecz dotyczy to sumy wszystkich czujników wchodzących w skład systemu (czyli np. 36 czujników ma być wzorcowanych w temperaturze 20 stopni, 184 w temperaturze 5 stopni, a 7 w temperaturze -10 stopni – przy takim założeniu mamy wzorcowanie w „nie więcej niż w 5 punktach”).

(12) Niezależnie od innych kwestii, Zamawiający nie może wyciągać względem wykonawców w tym Odwołującego jakichkolwiek negatywnych konsekwencji, z tytułu niespełnienia wymagań, które nie zostały jednoznacznie ujęte w dokumentach zamówienia i które stanowią co najwyżej niewyartykułowane intencje Zamawiającego. Stanowisko to jest jednolite w orzecznictwie Izby, gdzie wskazuje się, iż: *„Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia **czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert**”* – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r., KIO 720/23.

(13) Konsekwencją powyższego było przyjęcie przez Odwołującego najbardziej racjonalnej interpretacji tych nieprecyzyjnych zapisów, tj. Odwołujący przyjął, że wymóg Zamawiającego w postaci wzorcowania w nie więcej niż w 5 punktach odnosi się do wszystkich czujników wchodzących w skład systemu, a nie do każdego z czujników z osobna. Dlatego w podstawowej kalkulacji przyjął, iż każdy czujnik będzie wzorcowany w jednym punkcie temperatury właściwym dla jego użycia, a sumarycznie wszystkie czujniki stanowiące przedmiot zamówienia łącznie będą wzorcowane w nie więcej niż w 5 punktach. Jednocześnie mając świadomość nieprecyzyjności OPZ i odpowiedzi Zamawiającego, Odwołujący założył również rezerwę w pozycji „ryzyka” oraz w zakładanym godziwym zysku na wariant nieracjonalny ale hipotetycznie możliwy, że każdy czujnik będzie wzorcowany w 5 punktach pomiarowych.

(14) Istotne jest, że ta kwestia – jakakolwiek argumentacja w odniesieniu do całej ceny (ryczałtowej) – została przez Zamawiającego całkowicie pominięta.

(15) Dodatkowego podniesienia wymaga również, że wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny również miało naturę bardzo ogólną.

Dowód: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty z dnia 31 stycznia 2024 r.

(16) W takich okolicznościach, jeżeli dopiero na etapie analizy wyjaśnień Odwołującego pojawiły się nowe wątpliwości to powinien wezwać Odwołującego do ich wyjaśnienia (danej wątpliwości) aż do uzyskania pewności, że rzeczywiście zachodzi podstawa do odrzucenia oferty. Natomiast w realiach niniejszej sprawy Zamawiający dokonał dowolnych ustaleń, które są nieprawidłowe.

(17) Takie też stanowisko zaprezentowała Izba w wyroku KIO 3099/2023 z dnia 2 listopada 2023 r. (LEX nr 3634682), wskazując: *„Zamawiający nie zadał pytań o te koszty, nie miał więc żadnych podstaw domniemywać ich braku tylko dlatego, że wykonawca samodzielnie nie domyślił się intencji Zamawiającego co do rzeczywistego kształtu i tematyki żądanych wyjaśnień. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości w zakresie ujęcia ww. kosztów w cenie oferty to jego obowiązkiem było skierowanie do Wykonawcy dodatkowego wezwania do wyjaśnień, a nie oparcie się na bezpodstawnym założeniu, że brak odpowiedzi na niezadane pytanie oznaczał nieujęcie określonych kosztów w cenie oferty.”*

(18) Podobnie Izba w innym wyroku z dnia 24 maja 2023 r., KIO 1090/23 (LEX nr 3584958): *„Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.”.*

(19) Przy czym Odwołujący stanowczo zaprzecza, aby w ofercie skalkulował wyłącznie cenę wzorcowania PCA czujników jednego punktu. Okoliczności takiej nie sposób wywodzić ze złożonej przez Odwołującego na wykazanie ponoszonych kosztów z tego tytułu oferty handlowej nr OPW/1688/022. Wydaje się, iż właśnie głównie, a może wyłącznie z tego dokumentu Zamawiający wywodzi względem Odwołującego negatywne konsekwencje bo w uzasadnieniu odrzucenia wskazuje *„Wykonawca przedstawił: wzorcowanie PCA czujników, na dowód załączając ofertę*

handlową. Na postawie powyższego wskazano jednoznacznie, że zaproponowana przez Wykonawcę cena wzorcowania PCA czujników dotyczy jednego punktu”.

- (20) Faktem jest, że w kolumnie „ilość” rzeczony oferty handlowej ujęto informację „1 punkt”, lecz dokument ten nie precyzuje zakresu zaoferowanego świadczenia, lecz dokument ten stanowił podstawę do ustalenia oraz udokumentowania Zamawiającemu wysokości kosztów dla 1 punktu wzorcowania (j.w. w ramach podstawowej kalkulacji). Ten dokument jednak nie precyzuje zakresu zaoferowanego przez Odwołującego świadczenia, lecz stanowił tylko podstawę do kalkulacji całkowitej ceny oferty, a Odwołujący, w ostatecznej (całkowitej) cenie zarezerwował jednocześnie odpowiedni budżet na wypadek właśnie takiej skrajnej interpretacji Zamawiającego.

Dowód: oferta handlowa nr OPW/1688/022

wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny oferty z dnia 2 lutego 2024 r. – dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa /w aktach sprawy/

- (21) Taka a nie inna forma wyjaśnień ceny oferty była zresztą wynikiem tego, iż Zamawiający nie doprecyzował jaki zakres zamówienia konkretnie budzi jego wątpliwości i co ma być przedmiotem dokładnych wyjaśnień. Odwołujący i tak złożył najbardziej szczegółowe wyjaśnienia jakie mógł, nie znając konkretnych wątpliwości Zamawiającego oraz podstaw w tym zakresie.

Dowód: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty z dnia 31 stycznia 2024 r.

- (22) Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3730/21, (LEX nr 3353132): „*Na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 8 czy art. 224 ust. 6 p.z.p. konieczne jest wykazanie, że cena oferty (jako całość, a nie poszczególne jej elementy) jest rażąco niska. Skoncentrowanie się na jednej pozycji kosztowej i wykazywanie, że została ona zaniżona względem potencjalnych kosztów jest niewystarczające. Owszem, z przepisu art. 224 ust. 1 p.z.p. wynika, że weryfikacja ceny może nastąpić także wówczas gdy jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska. W takich okolicznościach zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jednakże nie oznacza to bynajmniej, że zamawiający może ograniczyć się do weryfikacji, czy owa część jest niedoszacowana. Z perspektywy art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. decydująca jest zależność między tym jednostkowym zaniżeniem, a ceną całej oferty. Jeśli mimo niskiej wyceny jednego elementu całe zamówienie*

pozostaje opłacalne dla wykonawcy, to nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.”.

- (23) Mając na uwadze powyższe, ze względu na brak precyzacji, Odwołujący w pierwszej kolejności założył, że wszystkie czujniki w liczbie 227 stanowiące system mają być wzorcowane 1 raz, ale sumarycznie w nie więcej niż w 5 punktach. Jednakowoż, jak już była o tym mowa Odwołujący w ostatecznej cenie skalkulował możliwość wzorcowania każdego czujnika w 5 różnych punktach pomiarowych.
- (24) W zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnieniach w zakresie kalkulacji ceny oferty z dnia 2 lutego 2024 r. wskazano, iż z tytułu realizacji zamówienia Odwołujący spodziewa się uzyskać godziwy zysk. Ponadto zastrzeżono relatywnie wysoki zakres na ryzyka związane z realizacją zamówienia. Co istotne, Zamawiający w złożonej kalkulacji ceny oferty nie kwestionował jakichkolwiek innych elementów tejże kalkulacji, a więc nie sposób twierdzić w związku z tym, że przy spodziewanym zysku wynoszącym wskazaną kwotę netto, oferta Fluodata sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę i jest ceną nierealną za wykonanie przedmiotu zamówienia.
- (25) Zamawiający nie wskazał z kolei jakiejkolwiek okoliczności, która wskazywałaby, iż zaoferowana cena jest nierealistyczna, nie jest ceną rynkową, jest niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych, czy zakłada wykonanie zamówienia poniżej kosztów. Zamawiający nie doprecyzował na podstawie czego uważa, iż zaoferowana cena „nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w dokumentacji zamówienia”, co jest o tyle istotne biorąc pod uwagę zakres przewidziany przez Odwołującego na ryzyka, oraz spodziewany zysk z tytułu realizacji zamówienia
- (26) Zresztą dla Odwołującego, który od lat profesjonalnie zajmuje się dostawami, jak te stanowiące przedmiot zamówienia, trudnym do racjonalnego uzasadnienia jest powyższe założenie aby do kalkulacji ceny oferty przyjąć koszty wzorcowania każdego z 227 czujników w 5 (niewskazanych) punktach pomiarowych. Nie tylko więc warunki zamówienia, ale również doświadczenie Odwołującego przemawiało za tym, że wzorcowanie każdego z 227 czujników „w nie więcej niż w 5 punktach” jest nieracjonalne, ale z ostrożności założył w całkowitej cenie możliwości poniesienia kosztów wzorcowania każdego z czujników w 5 punktach pomiarowych. Jak wspomniano powyżej wzorcowanie jest przeprowadzone celem sprawdzenia jak zachowywał będzie się dany czujnik (tj. czy będzie podawał prawidłowe pomiary) w

sytuacji, gdy zostanie zamontowany w określonym urządzeniu, np. w lodówce. Przy czym jeżeli jak np. zamrażarka niskotemperaturowa ma określoną przez Zamawiającego tylko jedną temperaturę działania tj. -80 °C, to w jakich innych punktach zasadne oraz celowe byłoby dodatkowe wzorcowanie?

(27) Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował wprost, jednoznacznie, bez żadnych wątpliwości, że wzorcowanie w nie więcej niż 5 punktach pomiarowych ma dotyczyć każdego z 227 czujników. Uszczegółowienia takiego próżno szukać czy to w OPZ czy w samych wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2024 r., w tym w zdawkowej odpowiedzi na pytanie nr 4, którą Zamawiający przyjął za podstawę swojej dedukcji.

(28) Ponadto wskazać należy na punkt/pytanie nr 84 zawarte w wyjaśnieniach Zamawiającego, gdzie jeden z wykonawców zapytał:

Proszę o wskazanie ilości punktów, w których należy wykonać wzorcowanie dla każdego czujnika. Wzorcowanie czujników przez laboratoria akredytowane w znacznej mierze odbywa się w siedzibie ich firm. Ponowne wzorcowanie czujników po roku wiąże się z demontażem czujników już zainstalowanych i wysłaniem ich do akredytowanego laboratorium PCA. Zwyczajowo proces ten zajmuje od 2 tygodni wzwyż.

Odp.: Tak jak odpowiedź na pytanie nr 1.

Z pierwszego zdania ww. pytania wyraźnie wynika, iż zawnioskowano o wskazanie konkretnej liczby punktów pomiarowych, w których ma zostać wykonane wzorcowanie w każdym czujniku i Zamawiający tej okoliczności, podobnie jak w pytaniu nr 4, w żaden sposób nie doprecyzował. Odesłanie do odpowiedzi nr 1 jest w tym zakresie absolutnie niemiarodajne, bowiem pytanie to odnosi się wyłącznie do częstotliwości wzorcowania, a nie liczby punktów pomiarowych, w których ma być wykonywane wzorcowanie. Przytoczone pytanie jest istotne, bowiem zmierzało do rozstrzygnięcia kwestii w ilu punktach pomiarowych należy dokonać wzorcowania w każdym czujniku. Na precyzyjnie sformułowane pytanie nie udzielono jakiegokolwiek odpowiedzi, a co miałoby decydujące znaczenie w świetle ustalenia zakresu wzorcowania. Wykonawcy zdani byli zatem na snucie domysłów, że w odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający odnosił się do wzorcowania każdego czujnika w 5 punktach pomiarowych..

(29) Jeżeli brak udzielenia odpowiedzi na to pytanie był celowy, czego nie można wykluczyć, oznacza to, iż Zamawiający na etapie przed złożeniem oferty sam nie

wiedział jak konkretnie wzorcowanie ma przebiegać, a z niewiedzy tej wyciąga teraz względem Odwołującego negatywne konsekwencje.

- (30) Ze względu na daleko idący brak precyzji, Odwołujący wiadomością z dnia 18 stycznia 2024 r., która skierowana została za pośrednictwem platformy przetargowej Zamawiającego, zwrócił się o doprecyzowanie odpowiedzi w zakresie wzorcowania, formułując następujące pytanie:

Odpowiedź 4. Treść pytania i odpowiedzi: W ilu i jakich punktach Zamawiający wymaga świadectw wzorcowania PCA?

Odp.: Nie więcej niż w 5 punktach.

Pytanie: Prosimy doprecyzować w ilu punktach pomiarowych ma zostać wzorcowany każdy czujnik. Np. w 1 punkcie (lodówka 5 °C). Jeśli ma być to więcej punktów prosimy podać dokładne wartości dla każdego typu urządzenia (lodówka, zamrażarka itd.). Informacja ta jest niezbędna do wyceny.

Odwołujący jako profesjonalista, mając na uwadze lakoniczne wyjaśnienia, podjął działania celem doprecyzowania faktycznego zakresu wzorcowania, pytając o wzorcowanie każdego z czujników, lecz nie uzyskał odpowiedzi na nurtujące go pytanie, które było w pełni uzasadnione w świetle tak skonstruowanych warunków zamówienia oraz wyjaśnień SWZ. Co istotne, Odwołujący wyraźnie wskazał, że odpowiedź na pytanie nr 4, które Zamawiający obrał jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego jest nieprecyzyjne i wymaga skorygowania. Odwołujący wnioskował jednocześnie o odpowiedź w jakich konkretnych punktach pomiarowych ma być wykonane wzorcowanie, bo temperatura wzorcowania ma wpływ na koszt tej czynności. Odwołujący założył więc, że niedogodność w postaci braku wskazania konkretnych punktów pomiarowych jest rekompensowana wskazaniem sumarycznej liczby punktów pomiarowych dla wszystkich czujników, które wchodziły będą w skład systemu.

Dowód: zapytanie Odwołującego z dnia 18 stycznia 2024 r.

- (31) Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż choćby w ramach punktu 1 wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2024 r. wskazano, iż wzorcowanie czujników wymagane jest tylko przy uruchomieniu systemu, co oznaczało w ocenie Odwołującego, iż wzorcowanie powinno być dokonane w temperaturze w jakiej urządzenie, w którym montowany jest czujnik działa w dniu uruchomienia systemu. Nieuzasadnionym byłoby kalkulowanie wzorcowanie w innych punktach pomiarowych, w których taki czujnik

nie działa. Niemożliwym jest, aby np. lodówka działała w dniu uruchomienia w dwóch różnych temperaturach.

- (32) Taki sposób sformułowania warunków zamówienia, gdzie nie wskazano precyzyjnie zakresu wzorcowania, oraz temperatury, w której wzorcowanie miałyby się odbywać, świadczy o jego istotnej nieprecyzyjności, co ma niebagatelne znaczenie w sprawie, ponieważ z bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wynika, iż nie sposób względem wykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w przypadku niejednoznacznie sformułowanych postanowień dokumentów zamówienia. Jak wskazuje się w tym zakresie w orzecznictwie:

*„Wszelkie niejasności zapisów SWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawców. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji działań zamawiającego związanych z niedoskonałością konstrukcji dokumentów przetargowych. **Niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty, czy przedstawiania przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, to wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców**”* – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2022 r., KIO 1419/22.

*„Zapisy SWZ (dawniej SIWZ) muszą być jasne i jednoznaczne, **a jakiekolwiek wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozumienia jej zapisów nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy**”* – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., KIO 133/22

*„Wszelkie niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. Niewątpliwie, zamawiający jako gospodarz postępowania ponosi odpowiedzialność za prawidłowe, zgodne z własnymi oczekiwaniami sformułowanie poszczególnych wymagań, w tym warunków udziału w postępowaniu. Jakakolwiek nadinterpretacja postawionych wymagań czy rozszerzająca ich wkładania jest niedopuszczalna po terminie składania ofert. **Zamawiający nie może badać i oceniać ofert przez pryzmat nieuzewnętrzniionych oczekiwań, a ich niespełnieniem obarczać wykonawcę.** Takie działanie godzi w zasadę przejrzystości postępowania, gdyż wykonawca składa ofertę bazując na treści SWZ. Wykonawca może w trakcie ogłoszonego postępowania wnosić o wyjaśnienie postanowień SWZ, w tym dotyczących warunków udziału w*

*postępowaniu. Niemniej jednak jest to uprawnienie wykonawcy, z którego może ale nie musi skorzystać. **Sformułowanie natomiast treści SWZ zgodnej z oczekiwaniami i potrzebami jest wyłącznie obowiązkiem zamawiającego. Skutki zaniechania zamawiającego w tym zakresie nie mogą zostać przerzucone na wykonawcę i powodować po jego stronie negatywnych konsekwencji.** Nie jest rolą wykonawcy analiza, czy oczekiwania zamawiającego na pewno są takie jak wynika to z brzmienia warunku” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2022 r., KIO 1398/22.*

III. Zarzut ewentualny – zaniechanie unieważnienia postępowania

- (1) Wzorcowanie czujników jest jednym z istotniejszych elementów rzeczzonego zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania, ponieważ to istotny element kosztotwórczy po stronie wykonawcy, który powinien mieć jednoznaczną informację, czy warunki zamówienia wymagają skalkulowania wzorcowania dla każdego czujnika w 5 punktach pomiarowych (227 x 5) czy też w nie więcej niż 5 punktach pomiarowych sumarycznie dla wszystkich czujników wchodzących w skład systemu.
- (2) Jak podkreślono już powyżej, istotnym jest nie tylko zakres wzorcowania, ale również temperatura, w której wzorcowanie ma być wykonywane, ponieważ temperatura wzorcowania ma wpływ na koszt tej czynności.
- (3) Należy mieć na uwadze, iż rzeczzone okoliczności w postaci zakresu wzorcowania tj. ile razy ma być wzorcowany ten sam czujnik, oraz temperatury wzorcowania, jako istotne elementy kosztotwórcze są z reguły wyraźnie wskazywane przez Zamawiających, tak jak wynika to choćby z załączonych opisów przedmiotów zamówienia z postępowań organizowanych przez Wojskowy Instytut Medyczny, gdzie wyraźnie wskazywano temperaturę wzorcowania, a jeżeli wzorcowanie miało być realizowane w więcej niż jednej temperaturze, okoliczność ta była wyraźnie odnotowywana. Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia jest w pełni jednoznaczny oraz przejrzysty, pozwalający ustalić koszty wykonawcy z tytułu wzorcowania i tym samym spełnia wymogi ujęte w art. 99 ust. 1 PZP.

Dowód: opis przedmiotu zamówienia na czujniki monitoringu temperatury i wilgotności (znak sprawy: P/038/2022/SZ/WIM/MON – 28/ZP/22)

opis przedmiotu zamówienia znak sprawy znak sprawy:
P/104/2023/SZ/WIM/MON - 39/ZP/23

- (4) Niestety żadna z ww. okoliczności co do wzorcowania nie została precyzyjnie określona w Postępowaniu. Jak wskazano powyżej okoliczność ta nie została sprecyzowana w wyjaśnieniach (pomimo stosownych wniosków wykonawców w tym zakresie), czy samym OPZ, który odnosi się wyłącznie do częstotliwości wzorcowania czujników.
- (5) Przy czym nie bez znaczenia w kontekście unieważnienia Postępowania jest, że w dość kontrowersyjny sposób, bo wyjaśnieniem do treści SWZ, w punkcie 1 „zmieniono” ww. wymóg OPZ co do częstotliwości wzorcowania wskazując, że wzorcowanie jest wymagane jednokrotnie, bo tylko przy uruchomieniu, a w kolejnych latach powinna być już prowadzona wyłącznie walidacja czujników. Co istotne, Zamawiający dokonał wyjaśnień wbrew jednoznacznym co do częstotliwości wzorcowania postanowieniom dokumentów zamówienia, nie wskazując jednocześnie, że dokonuje zmiany OPZ w rzeczonym zakresie czego wymagałaby chociażby zasada przejrzystości postępowania. Jak wynika z załączonego załącznika nr 2.1. do SWZ:
- Wzorcowanie czujników PCA temp/wilgot : **co rok** (liczony od dnia odbioru systemu) **przez okres i w ramach gwarancji** - bezpłatnie (ostatnie wzorcowanie czujników / sond i przegląd systemu na 45 dni przed końcem gwarancji) potwierdzone stosownymi certyfikatami
 - Wdrożenie i utrzymanie systemu minimum 36 miesiące (gwarancja).

Dowód: załącznik nr 2.1. do SWZ formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia

- (6) Natomiast w punkcie 1 wyjaśnień, wskazano, iż wzorcowanie PCA jest wymagane przy uruchomieniu, później tylko walidacja czujnika co roku przy użyciu wzorca posiadającego świadectwo wzorcowania PCA. Czym innym jest z kolei wzorcowanie PCA, które wymaga wysłania czujników do akredytowanego laboratorium zajmującego się takimi usługami, a czym innym walidacja czujników przy użyciu wzorca posiadającego świadectwo wzorcowania PCA, bo walidację taką wykonawcy mogą wykonać samodzielnie na podstawie posiadanego czujnika, który przeszedł wcześniej wzorcowanie.
- (7) Jest to istotna okoliczność, wyjaśnienia treści SWZ nie mogą skutkować zmianą SWZ ponieważ to zupełnie dwie różne instytucje o różnym przeznaczeniu. Mianowicie, wyjaśnienia treści SWZ, nie mogą służyć zmianie Opisu Przedmiotu Zamówienia. Przepisy PZP definitywnie rozróżniają instytucję wyjaśnień SWZ, co do której

referuje art. 284 PZP, oraz zmiany/modyfikacji SWZ, o której wspomina art. 286 PZP. Instytucje te nie powinny być ze sobą utożsamiane, ponieważ pełnią różne funkcje. Jak wskazuje się w doktrynie: „Mając na uwadze powyższe, należy rozróżnić dokonywanie jedynie wyjaśnień SWZ od dokonywania zmian SWZ. Zamawiającym nie wolno, pod pozorem dokonywania jedynie wyjaśnień, wprowadzać zmian do SWZ, naruszając tym samym obowiązki wiążące się z dokonywaniem modyfikacji” - Komentarz do art. 137 PZP red. Jaworska 2022, wyd. 4/D. Grześkowiak-Stojek, Legalis.

„Zmiana treści SWZ, o których mowa w art. 137 ust. 1 PrZamPubl, stanowi uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 137 ust. 1 PrZamPubl” – Komentarz do art. 137 PZP red. Granecki 2021, wyd. 1, Legalis.

- (8) Natomiast mając na uwadze kwestię sporną w postaci zakresu wzorcowania, tj. tego czy wzorcowanie ma być przeprowadzone w nie więcej niż w 5 punktach każdego z montowanych czujników, czy też całego systemu i wszystkich wchodzących w jego skład czujników, oraz w jakiej temperaturze wzorcowanie ma zostać przeprowadzone, stanowi to o istotnej niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i sprzeczności z art. 99 ust. 1 PZP, zgodnie z którym to:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

- (9) Mając na uwadze ww. uzasadnione wątpliwości co do kwestii zakresu wzorcowania czujników, nie sposób wskazać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny, bo nie wskazano w OPZ jednoznacznie i ponad wszelką wątpliwość zakresu wzorcowania (tj. w ilu punktach pomiarowych wzorcowane mają być czujniki), oraz temperatury w jakiej wzorcowanie ma być przeprowadzone, które to elementy mają istotne znaczenie w budowaniu ceny oferty. OPZ nie uwzględnia więc wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nieprecyzyjność OPZ wydaje się, że również potwierdza niebagatelna liczba niemal 100 pytań do treści SWZ.

(10) W przytoczonym poniżej orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypowiedziano się już, że istotne błędy w opisie przedmiotu zamówienia jak w niniejszym przypadku stanowią podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, zgodnie z którym to *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

- (11) W ocenie Odwołującego wady cz. 1 Postępowania sprowadzają się do:
- wykazanej powyżej niedopuszczalnej „zmiany SWZ” w zakresie częstotliwości wzorcowania (tj. corocznie w okresie gwarancji, czy też tylko jednorazowo przy uruchomieniu systemu), poprzez wyjaśnienie treści SWZ w trybie art. 284 ust. 1 PZP, a nie zmiany SWZ w trybie art. 286 ust. 1 PZP, co w tym przypadku wydaje się konieczne, w wyniku czego doszło do naruszenia art. 286 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP i w konsekwencji art. 99 ust. 1 PZP, w wyniku czego w świetle warunków zamówienia niejasnym jest jak często ma być przeprowadzone wzorcowanie, co mogło prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, bo jeden z wykonawców mógł kierować się wytycznymi ujętymi wprost w OPZ, a drugi wykonawca mógł kierować się wskazówkami wskazanymi przez Zamawiającego w punkcie 1 wyjaśnień, które są ze sobą sprzeczne;
 - ewentualnej niejednoznaczności OPZ co do zakresu wzorcowania, ponieważ wydaje się, iż Zamawiający feruje, iż wzorcowanie w „*nie więcej niż w 5 punktach*”, dotyczy każdego z czujników, podczas gdy w ocenie Odwołującego jest to nieuzasadnione ze względu na fakt, iż wymóg taki nie został wprost ujęty i wymóg wzorcowania „*nie więcej niż w 5 punktach*”, dotyczy całego systemu i sumarycznie wszystkich czujników wchodzących w skład systemu, a nie każdego czujnika z osobna, co również stanowi o niezgodności z art. 99 ust. 1 PZP, ponieważ przedmiot zamówienia jest niejednoznaczny;
 - braku wskazania temperatury w jakiej ma być wykonane wzorcowanie, której to okoliczności doprecyzowanie najprawdopodobniej zapobiegłoby wątpliwościom co do zakresu wzorcowania, co spowodowało, że wykonawcy nie mogli skalkulować ceny ofert w precyzyjny sposób, co oznacza, iż w OPZ nie uwzględniono wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty wbrew wymogom art. 99 ust. 1 PZP;
 - w punkcie 4 opisu przedmiotu zamówienia, gdzie ujęto urządzenia, w których montowane mają być czujniki wskazano, na termohigrometry do pomieszczeń (temp. w pomieszczeniach 50 stopni Celsjusza). W ocenie Odwołującego w OPZ

wskazano nieprawidłową temperaturę pomieszczenia, ponieważ Zamawiający z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nie ma pomieszczeń, w których występuje temperatura 50 stopni Celsjusza, a która jest temperaturą występującą w takich pomieszczeniach jak sauna. Najprawdopodobniej Zamawiający mylnie wskazał temperaturę pomieszczeń i chodziło o temperaturę pokojową, która to okoliczność niewątpliwie ma wpływ na kalkulację ceny oferty;

- e. ponadto wskazać należy, iż w tabeli ujętej w punkcie 4 opisu przedmiotu zamówienia wskazano urządzenia, w których mają być montowane czujniki ich sumaryczna wartość to 227 (w OPZ wskazano 219, lecz wyjaśnienie tej rozbieżności ujęto w odpowiedzi na pytanie nr 83 do SWZ). Przy czym po wnikliwej analizie wyjaśnień do treści SWZ z dnia 15 stycznia 2024 r. oraz ofert złożonych przez wykonawców wynika kolejna istotna wadliwość OPZ dotycząca OPZ. Mianowicie w skład 227 czujników wchodzi m.in. 36 czujników, co ujęto w przedostatnim wierszu tabeli wskazanej w punkcie 4 OPZ w pozycji „możliwość podłączenia dodatkowych termometrów/sond -20 stopni_+70 stopni w ilości szt.”. Na pierwszy rzut oka oczywistym wydaje się, że do wyceny należało przyjąć również instalację rzeczonych 36 czujników, tak też uczynił to Odwołujący czy Alab sp. z o.o. Z kolei w wyjaśnieniach SWZ odnośnie do ww. pozycji OPZ udzielono następujących odpowiedzi:

„39. Czy ilość 20 szt. określonych w p. 4 pt. „wielkość systemu” jako „możliwość podłączenia dodatkowych (...)” ma być przedmiotem dostaw, tym samym kalkulacji, czy jest jedynie perspektywą hipotetyczną.

Odp: Perspektywa by uwzględnić pojemność systemu

42. Czy ilość 10 szt. określonych w p. 4 pt: „wielkość systemu” jako „możliwość podłączenia dodatkowych (...)” ma być przedmiotem dostaw, tym samym kalkulacji, czy jest jedynie perspektywą hipotetyczną?

Odp: Perspektywa by uwzględnić pojemność systemu”

Jak wynika z powyższego, Zamawiający ponownie wyjątkowo enigmatycznie udziela odpowiedzi na zadane pytania, tym samym nie wiadomym jest w sposób jednoznaczny i pozbawiony jakichkolwiek wątpliwości czy uwzględniać w wycenie oferty czujniki z tej pozycji czy też nie. Jak wynika z porównania formularzy cenowych wykonawców, którzy złożyli ofertę część z nich skalkulowało instalację 227 czujników (tak Odwołujący oraz Alab sp. z o.o.), a

część w wyliczeniach te czujniki pominęło – tak wybrany wykonawca ProGrupa Technologie sp. z o.o., który zaoferował 191 czujników i odliczył wspomniane 36 czujników od sumarycznej liczby czujników.

Co istotne wyjaśnienia SWZ ujęte w punkcie 39 i 42 wskazują, że nie należy kalkulować czujników wskazanych w wierszu „możliwość podłączenia dodatkowych (...)”, lecz wyjaśniono, że dotyczy to kolumny gdzie wskazano Aptekę (20 czujników) oraz Zakład Diagnostyki Genetycznej i Molekularnej Nowotworów (10 czujników), nie wyjaśniono co zrobić należy z 6 czujnikami z Samodzielnej Pracowni Serologii Transfuzjologicznej z Bankiem Krwi, gdzie w tabeli przewidziano 6 czujników. Pojawia się więc wątpliwość czy te 6 czujników kalkulować w cenę oferty, czy też nie jak zrobił to ProGrupa Technologie sp. z o.o. Mając na uwadze treść wyjaśnień SWZ, które w ogóle nie odnoszą się do 6 czujników z Samodzielnej Pracowni Serologii Transfuzjologicznej, wskazać należałoby, iż należy je skalkulować, ponieważ wyjaśnienia nie wskazują okoliczności odmiennej.

Dowód: formularz cenowy Fluodata sp. z o.o.
formularz cenowy Alab sp. z o.o.
formularz cenowy ProGrupa Technologie sp. z o.o.

(12) Ww. okoliczności mają niebagatelne znaczenie, ponieważ dowodzą one nieprecyzyjności OPZ i jego sporządzeniu niezgodnie z art. 99 ust. 1 PZP, czym samym skutkują one złożeniem nieporównywalnych ofert, ze względu na fakt, iż wskutek powyższych uchybień, złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać co jednoznacznie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Wynika to z tego, iż:

- a) nie jest wiadomym czy wszyscy 3 wykonawcy składali ofertę zakładając wzorcowanie i związane z tym istotne koszty tylko przy uruchomieniu systemu (tak jak wskazano w wyjaśnieniach SWZ co wydaje się zgodne z intencją Zamawiającego), czy też zakładali wzorcowanie przy uruchomieniu oraz corocznie przez cały okres gwarancji jak to ujęto w niezmienionym w tym zakresie OPZ. Nie można więc wykluczyć, że część wykonawców kalkulowała oferty wg literalnych i niezmienionych postanowień OPZ, a część wg wyjaśnień SWZ z dnia 15 stycznia 2024 r., które obejmowały

okoliczności odmienne, stąd mógł wyniknąć dość duży rozbrat cenowy pomiędzy złożonymi ofertami.

- b) trudno też ustalić, jaki zakres częstotliwości założyli wszyscy wykonawcy przy takim brzmieniu OPZ, tj. czy tak jak Odwołujący, że wzorcowanie w nie więcej niż w 5 punktach, co sumarycznie dotyczy całego systemu i wchodzących w jego skład czujników, czy też każdego z czujników z osobna, jak to stara się ferować Zamawiający dokonując dość rozszerzającej wykładni punktu 4 wyjaśnień w zakresie SWZ. Okoliczność ta również mogła stać za dość dużymi różnicami co do cen złożonych ofert.
- c) nie wiadomym jest jak wykonawcy kalkulowali koszty związane z temperaturą wzorcowania czujników, mając na uwadze fakt, że różna temperatura wzorcowania to różny koszt.
- d) w świetle niejasnych wyjaśnień treści SWZ ujętych w punkcie 39 oraz 42, sprzecznych z postanowieniami punktu 4 OPZ i ujętej tam tabeli, wykonawcy złożyli oferty obejmujące dostawę czujników w różnej liczbie, tj. 2 wykonawców w liczbie wskazanej wprost w OPZ, a ProGrupa Technologie sp. z o.o. w liczbie 191 czujników.

(13) W świetle takiej konstrukcji nie jest możliwym przesądzenie, czy każdy z 3 wykonawców skalkulował ofertę w taki sam sposób i przy takich samych założeniach, co wyraźnie wskazuje na nieporównywalność ofert, zwłaszcza mając na uwadze dość dużą różnicę cenową co do złożonych ofert.

(14) Wystąpienie nieporównywalności ofert w orzecznictwie KIO, zostało potraktowane jako podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie odpowiednika uchylonego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którym jest art. 255 pkt 6 PZP:

„Reasumując, skład orzekając stwierdził, że oferty są nieporównywalne, nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że postępowanie w zakresie części 2 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2019 r., KIO 1068/19.

(15) Niezależnie od powyższego, wskazać należy, iż oczywistym jest, iż powyższe niezgodności z PZP, w tym w szczególności braki w opisie przedmiotu zamówienia, oraz brak zmiany SWZ, po upływie terminu składania mają charakter nieodwracalny i w tej chwili nie podlegają jakiegokolwiek konwalidacji.

(16) Jednocześnie wskazać należy, iż w ocenie Odwołującego ww. błędy, które dowodzą niejednoznaczności OPZ, skutkują niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Znalazło to już potwierdzenie w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, iż:

„Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 16 pkt 1 p.z.p. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 p.z.p. i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r., KIO 909/22

(17) Przy czym z daleko posuniętej ostrożności podkreślamy, iż podstawy do unieważnienia umowy nie powinny być ograniczone wyłącznie do przesłanek ujętych w art. 457 PZP. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, iż:

„Poza tym wbrew twierdzeniom Odwołującego w świetle obowiązującej ustawy PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu nie tylko na podstawie przesłanek z art. 457 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z art. 611 pkt 2 ustawy PZP w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Jeśli zatem w wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej, czyli już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzi naruszenie przepisów ustawy PZP, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego, to zyskuje on uprawnienie do skierowania do sądu powszechnego powództwa o unieważnienie umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą. (...). Zamawiający zatem analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 ustawy PZP powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej

wady, którą obarczone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 ustawy PZP” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r., KIO 871/23.

(18) Zgodnie natomiast z art. 611 pkt 2 PZP, w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Skoro naruszono przepisy PZP w zakresie kluczowego elementu jakim jest opis przedmiotu zamówienia, w sposób który w ocenie Odwoływającego uniemożliwia złożenie porównywalnych ofert, a ponadto dokonywano „zmian SWZ” w sposób sprzeczny z wymogami art. 286 ust. 2 PZP, to uzasadnionym jest nawet twierdzenie, że miało to wpływ na wynik postępowania, ponieważ jak wskazano powyżej, wykonawcy mogli złożyć oferty wg różnych założeń co jest wynikiem nieprecyzyjnego OPZ, a równie prawdopodobnym jest, że wielu wykonawców wskutek nieprecyzyjnych postanowień zrezygnowało z udziału w Postępowaniu.

(19) Unieważnienie umowy byłoby tu również możliwe na podstawie art. 58 KC w związku z art. 189 KPC. Naruszony w niniejszym Postępowaniu art. 99 ust. 1 PZP, który stawia określone wymogi co do OPZ w ocenie Odwoływającego jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, co oznacza, iż jego naruszenie i zawarcie umowy w oparciu o tak skonstruowany OPZ może uzasadniać unieważnienie czynności prawnej w postaci zawarcia umowy na podstawie tak wadliwie skonstruowanego OPZ. Opis przedmiotu zamówienia, który jest immanentnym elementem każdej z umowy został przygotowany w sposób sprzeczny z wymogami art. 99 ust. 1 PZP, co w ocenie Odwoływającego potwierdza, że rzeczona czynność prawna w postaci zawarcia umowy byłaby sprzeczna z prawem. Jak wskazuje się w tym zakresie w orzecznictwie:

„Oznacza to, że we wszystkich przypadkach, w których nie ma miejsca zastosowanie art. 457 ust. 1 i 458 ustawy możliwe jest unieważnienie postępowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, czyli przede wszystkim na podstawie art. 58 § 1 k.c. Przepis ten stanowi, że nieważna jest czynności prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy. Przepis ten ma zastosowanie w odniesieniu do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym nie ma możliwości stwierdzenia nieważności w sytuacji, gdy czynność jest niezgodna z przepisem zakładającym nieważność względną. (...). W tym miejscu należy powołać Komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza str. 1226-1227 zgodnie z którym: Niezmiernie istotne jest przywołanie art. 457 ust. 4 Pzp,

*stanowiącego, że z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458 Pzp, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c. **Wzruszalność umowy naruszającej przepisy Pzp w zakresie określonym w art. 457 ust. 1 Pzp w żadnym przypadku nie oznacza jednak, że katalog przesłanek unieważnialności umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zamknięty i nie wyklucza nieważności (z mocy prawa) takiej umowy, jeśli narusza ona inne bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się ogólną regułę ustaloną w art. 58 k.c. Art. 58 § 1 k.c. stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. To oznacza, że naruszenie konkretnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej skutkuje nieważnością umowy, chyba że przepis odnoszący się do normy naruszanej stanowi inaczej (tak jak w przypadku art. 457 Pzp). W przypadku nieważności bezwzględnej opartej na regule określonej w art. 58 k.c. i naruszeniu konkretnego przepisu innego niż wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna z mocy prawa (nie wywołuje skutków prawnych). Każdy, kto ma w tym interes prawny, może skorzystać z powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego wykreowanego tą umową na podstawie art. 189 k.p.c., a stwierdzający nieważność tej umowy wyrok sądu powszechnego ma charakter deklaratoryjny. Ponadto na bezwzględną nieważność umowy z mocy prawa może się powołać każdy, choćby w formie zarzutu procesowego albo w powództwie innym niż złożone na podstawie art. 189 k.p.c.” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2023 r., KIO 264/23***

(20) Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż kumulatywnie spełnione są przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, są to:

- a) stwierdzono wady w Postępowaniu w postaci naruszenia art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 286 ust. 1 PZP;
- b) wada uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, bo wskutek stwierdzonych wad istnieje możliwość unieważnienia umowy na podstawie art. 611 ust. 2 pkt 2 PZP przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, albo na podstawie art. 189 KPC w zw. z art. 58 § 1 KC;

- c) stwierdzone wady są niemożliwe do usunięcia, ponieważ upłynął termin składania ofert, którego upływ jest równoznaczny z niezmiennością dokumentów zamówienia.

(21) Jednocześnie opierając się na dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, iż skoro dopuszczalne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, to wykonawcy nie mogą zostać pozbawieni możliwości korekty czynności zamawiającego polegających na sporządzeniu SWZ, tylko z tego względu, że nie zaskarżyli postanowień SWZ w terminie do wnoszenia środków ochrony prawnej na postanowienia SWZ. Jak wskazuje KIO w jednym z orzeczeń, takie podejście byłoby nieracjonalne i niezgodne z celem ustawowym, którym jest zawarcie ważnej umowy o zamówienie. Co więcej pozbawienie wykonawcy możliwości zaskarżenia zaniechania czynności unieważnienia postępowania godziłoby w efektywność procedur odwoławczych, których zadaniem jest wyeliminowanie wad postępowania na etapie przed zawarciem umowy. Uznanie, że skoro upłynął termin do skarżenia postanowień SWZ, to nie mogą one być oceniane jako sprzeczne z ustawą, zmuszałoby wykonawców do zawierania umów obarczonych ryzykiem ich unieważnienia w trybie powództwa z art. 189 KPC. Konsekwencje zawarcia takiej nieważnej umowy i trudności z późniejszym rozliczeniem wzajemnie spełnionych świadczeń z nieważnej umowy wskazują na nieefektywność stanowiska o niedopuszczalności podnoszenia zarzutów wywodzonych z treści SWZ na etapie po upływie terminu składania ofert. W ocenie Izby sytuacje uwzględnienia takich zarzutów wobec konieczności wykazania, że czynność zamawiającego jest sprzeczna z ustawą (bezwzględnie obowiązującymi przepisami tej ustawy), nie są i nie będą sytuacją nagminną, która mogłaby wypaczyć skuteczność systemu środków ochrony prawnej (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2023 r. KIO 264/23).

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty ProGrupa Technologia sp. z o.o.

- (1) Zamawiający nie dostrzegł, że odrzuceniu podlega oferta złożona przez ProGrupa Technologia sp. z o.o., którego to oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.
- (2) Zgodnie z rozdziałem XIII SWZ, który wskazuje na dokumenty, jakie należy złożyć wraz z ofertą, jednym z takich dokumentów jest „*formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2.1.-2.2. do SWZ*”. Dokument ten jak wynika z SWZ pełni dwojaką rolę, bo z jednej stanowi formularz cenowy, gdzie Zamawiający wymagał

ujęcia ceny (netto, brutto oraz stawkę podatku VAT) a jednocześnie potwierdzał deklarowany zakres zamówienia, a ponadto dokument ten stanowił opis przedmiotu zamówienia, gdzie ujęto główne wymogi co do realizacji zamówienia.

- (3) Każdy z wykonawców złożył ww. dokument wraz z ofertą.
- (4) Jak wynika z załącznika nr 2.1. do SWZ, zakresem zamówienia objęte są czujniki do wskazanych w ujętej tam tabeli urządzeń, w liczbie sumarycznie 227 czujników (co prawda w poniższej tabeli ujęto sumaryczną liczbę 219 jednak stanowi to niezamierzoną omyłkę Zamawiającego i zliczenie czujników wymaganych w ramach poszczególnych urządzeń daje liczbę 227, co również zostało przez Zamawiającego „sprostowane” w ramach wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2024 r.”).
- (5) Tabela ujęta w załączniku nr 2.1. do SWZ prezentuje się następująco:

	<i>Apteka Szpitalna</i>	<i>Zakład Medycyny Regeneracyjnej</i>	<i>Zakład Diagnostyki Genetycznej i Molekularnej Nowotworów</i>	<i>Samodzielna pracownia Syrlogii Transfuzjologicznej z Bankiem Krwi</i>	
<i>Termohigrometry do pomieszczeń (temp. w pomieszczeniach 50 °C +/- 3 °C, wilgotność 40-60 %)</i>	21	2	12		35
<i>Termometry/sondy -20,0°C ____ +70,0°C</i>	68		50	26	144
<i>Termometry/ sondy -30,0°C ____ +70,0°C</i>		4		4	
<i>Termometry/ sondy niskotemperaturowe - 85,0°C</i>	1	1	1		3
<i>Zamrażarka niskotemperaturowa – temp. robocza –80C odrębny budynek (brak sieci LAN</i>		1			1
<i>Możliwość podłączenia dodatkowych termometrów/sond -20,0°C ____ +70,0°C w ilości szt</i>	20		10	6	36
Razem	110	8	73	36	219

- (6) Co istotne, wybrany wykonawca tj. ProGrupa Technologie sp. z o.o. złożył wraz z ofertą zmodyfikowany formularz cenowy stanowiący załącznik nr 2.1. do SWZ, który został przez wybranego Wykonawcę w sposób bezspornie zamierzony skonstruowany w poniższy sposób:

	Apteka Szpitalna	Zakład Medycyny Regeneracyjnej	Zakład Diagnostyki Genetycznej i Molekularnej Nowotworów	Samodzielna pracownia Seroologii Transfuzjologicznej z Bankiem Krwi	
Termohigrometry do pomieszczeń (temp. w pomieszczeniach 50 °C +/- 3 °C, wilgotność 40-60 %)	21	2	12		35
Termometry/sondy -20,0°C ____ +70,0°	68		50	26	144
Termometry/sondy -30,0°C ____ +70,0°C		4		4	8
Termometry/sondy niskotemperaturowe - 85,0°C	1	1	1		3
Zamrażarka niskotemperaturowa – temp. robocza –80C odrębny budynek (brak sieci LAN)		1			1
Możliwość podłączenia dodatkowych termometrów/sond -20,0°C ____ +70,0°C w ilości szt	20		10	6	
Razem	110	8	73	36	191

Dowód: formularz cenowy (załącznik nr 2.1. do SWZ) złożony przez ProGrupa Technologie sp. z o.o.

(7) Z porównania załącznika nr 2.1. (formularza cenowego) złożonego przez ProGrupa Technologie sp. z o.o. oraz warunków zamówienia ustalonych w rzeczonym załączniku jednoznacznie wynika, iż **wybrany Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z warunkami zamówienia**, co stanowi obligatoryjną podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

(8) Mianowicie zgodnie z OPZ liczba wymaganych do zainstalowania czujników to 227, podczas gdy ProGrupa Technologie sp. z o.o. zaoferowało instalację jedynie 191 czujników, co wyraźnie zostało ujęte przez ProGrupa Technologie sp. z o.o. w ostatniej kolumnie w formularzu cenowym zaznaczonym na czerwono. Na uwagę zasługuje fakt, iż w wierszu „możliwość podłączenia dodatkowych termometrów/sond -20 stopni Celsjusza _ + 70 stopni Celsjusza w ilości szt.”, które sumarycznie z warunkami zamówienia zostały ustalone na 36 sztuk (20 w Aptece Szpitalnej, 10 w Zakładzie Diagnostyki Genetycznej i Molekularnej Nowotworów, oraz 6 w Samodzielnej pracowni Serologii Transfuzjologicznej z Bankiem Krwi), wybrany Wykonawca usunął z ostatniej kolumny (na czerwono) sumaryczną liczbę 36, w efekcie czego pozostawił pole puste, a więc ewidentnie zaoferował realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia – w zakresie zbyt wąskim, niż wymaga to Zamawiający. Zaoferowana przez wybranego Wykonawcę cena nie obejmuje więc 36 czujników wymaganych przez Zamawiającego (wymagane OPZ 227 czujników – 36 czujników pominiętych przez ProGrupa Technologie sp. z o.o. daje liczbę 191 zaoferowanych przez ten podmiot czujników).

(9) Nie można mieć wątpliwości, że właśnie ostatnia kolumna zaznaczona na czerwono ma charakter świadomego oświadczenia woli ProGrupa Technologie sp. z o.o., ponieważ to właśnie tutaj podmiot ten dokonał dodatkowej modyfikacji co do liczby oferowanych czujników w poszczególnych urządzeniach wymaganych przez Zamawiającego. Skoro więc ProGrupa Technologie sp. z o.o. zaoferowała montaż 191 czujników, a wymaganych było 227, to ewidentnie dowodzi to o niezgodności z warunkami zamówienia stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

(10) Ponadto na stronie pierwszej formularza cenowego ProGrupa Technologie sp. z o.o. wskazuje liczbę poszczególnych czujników, które zostaną dostarczone i z przyczyn niewytłumaczalnych ich suma o dziwo wynosi 199, która liczba niezgodna jest z tabelą z punktu 4 formularza cenowego tego podmiotu, jak i z punktem 4 opisu przedmiotu zamówienia. W formularzu cenowym tego podmiotu wskazano, iż:

Oferowany model/typ/numer katalogowy:

- 1) Termometr RTR502BL z czujnikiem 60 cm sztuk 152
- 2) Termometr RTR505BL-Pt + PTM-3010 + czujnik Pt-100 sztuk 4
- 3) Termohigrometr RTR503BL sztuk 35
- 4) Termometr RTR505BL-V + VIM sztuk 8

(11) Dodatkowo oferta ProGrupa Technologie sp. z o.o. jest niezgodna z innymi warunkami zamówienia. Zgodnie z OPZ, czujniki powinny cechować się następującymi parametrami:

Zasilanie czujników bateriami o dużej pojemności i żywołność baterii nie krótsza niż 2 lata.

(12) Z przedłożonego formularza cenowego wynika, że ProGrupa Technologie sp. z o.o. zaoferowała baterię LS26500. W konsekwencji na podstawie kart katalogowych należy wskazać, iż podmiot ten oferuje czujnik którego żywotność baterii wynosi 4 lata (zaoferowano typ L czujnika).

<small>Zasilacz sieciowy używany z zestawem zewnętrznego zasilacza RTR-00002</small>	
Żywotność baterii (*6)	Ok. 10 miesięcy Typ L: Ok. 4 lat

(13)

(14) Ponadto z OPZ odnośnie do oprogramowania wynika, iż „System umożliwia zapis pomiaru w przedziale do 1 min do 24 godz/365 dni”, co oznacza, iż celem Zamawiającego jest uzyskanie systemu (oprogramowania), które otrzymuje z czujników pomiary co 1 minutę, co oznacza, że czujniki muszą być zdolne do

wysyłania takich informacji z taką właśnie częstotliwością. Skoro system ma umożliwiać pomiar co 1 minutę, to oznacza to, że czujniki mają wysyłać dane w tym zakresie właśnie z tą częstotliwością. W tym zakresie wyjątkowo istotna jest kwesta żywotności baterii, bo właśnie wysyłanie tych danych zużywa najwięcej energii z baterii.

Dowód: formularz cenowy ProGrupa Technologie sp. z o.o.
plik o nazwie spec_rtr500b-dataloggers-pl Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa

(15) W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z zastrzeżeniem poczynionym po lewej stronie karty katalogowej precyzującej parametry zaoferowanej przez ProGrupa Technologie sp. z o.o. baterii:

6: Podana żywotność baterii opiera się na następujących warunkach użytkowania: Nagrywanie w odstępach 10-sekundowych (lub dłuższych), **transmisja bieżących odczytów co 10 minut i transmisja zarejestrowanych danych raz dziennie. Żywotność baterii zależy również od temperatury otoczenia, środowiska radiowego, częstotliwości komunikacji itp.*

(16) Jak wynika więc z powyższego, zaoferowano co prawda baterię o żywotności 4 lata, jednak jej żywotność jest zależna od wielu uwarunkowań, np. od temperatury otoczenia, a więc z karty katalogowej wynika potencjalna możliwość żywotności baterii poniżej 2 lat. Ponadto wskazać należy, iż 4 letnia żywotność baterii uwarunkowana jest „transmisją bieżących odczytów co 10 minut”, oznacza to, że bateria w czujniku wytrzyma 4 lata, o ile transmisja odczytów, a więc jej przesyłanie do dostarczonego systemu odbywało się będzie co 10 minut, podczas gdy jak wskazano powyżej Zamawiający wymagał możliwości odczytu danych w systemie, a więc w efekcie konieczności przesyłania przez czujnik danych co 1 minutę.

(17) W związku z tym oferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z warunkami zamówienia, bo zaoferowano co prawda baterię o 4 letniej żywotności, jednak czujniki z taką baterią będą wysyłać dane do systemu co 10 minut, a więc system nie będzie umożliwiał zapisów pomiaru w przedziale do 1 minuty, podczas gdy OPZ dla cz. 1 wymaga transmisji co 1 minutę. Dowodzi to o niezgodności zaoferowanego świadczenia z warunkami zamówienia, ponieważ skoro

zaoferowane czujniki przesyłają dane co 10 minut, to system nie będzie umożliwiał zapisu pomiarów w przedziale do 1 min do 24 godz/365 dni, tylko 10 razy rzadziej.

(18) Abstrahując od kwestii, że pod kątem formalnym zaoferowano czujnik z 4 letnią żywotnością baterii, który w efekcie znacznie rzadziej transmituje dane, co jest niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w OPZ, wskazać należy, iż nawet gdyby ProGrupa Technologie sp. z o.o. podjęła działania celem częstszego transmitowania pomiarów przez czujnik, tj. co 1 minutę, to w efekcie odbiłoby się to na żywotności baterii. Skoro transmisje miałyby się odbywać 10 razy częściej (bo co 1 minutę zamiast 10 minut), to znacznie szybciej, a zgodnie z wiedzą techniczną Odwołującego 10 razy szybciej zużyłaby się taka bateria, co oznaczałoby, że gdyby czujnik z taką zaoferowaną baterią transmitował pomiar co 1 minutę, to wówczas żywotność baterii w czujniku byłaby znacznie krótsza niż wymagane przez Zamawiającego 2 lata.

(19) W konsekwencji również na tej podstawie oferta ProGrupa Technologie sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

V. Zarzut dotyczący nieprawidłowej formy pełnomocnictwa

(1) Jednocześnie na uwadze należy mieć nieprawidłową formę pełnomocnictwa, która została złożona przez ProGrupa Technologie sp. z o.o. Załączone do oferty pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2022 r. dla Pana Adama Putowskiego to podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym skan pełnomocnictwa złożonego w formie pisemnej. Posługując się więc językiem ustawowym, doszło tutaj do cyfrowego odwzorowania dokumentu w postaci papierowej przy czym poświadczenia tego dokonał Pan Adam Putowski, a więc pełnomocnik, co jest zabiegiem nieprawidłowym, jednoznacznie sprzecznym z § 7 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej jako: „rozporządzenie”), zgodnie z którym to:

3. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku:

(...)

3) pełnomocnictwa - mocodawca.

Dowód: pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2022 r.
wynik walidacji pełnomocnictwa

- (2) W konsekwencji wskazać należy, że potwierdzenia cyfrowego odwzorowania za zgodność z oryginałem dokonuje mocodawca, a nie umocowany (pełnomocnik) jak w tym przypadku. Znajduje to potwierdzenie w doktrynie, gdzie wskazuje się, iż:
- „Poświadczenia **zgodności cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa** dokonuje osoba, która pełnomocnictwa udzieliła, czyli **mocodawca**. Nie jest dopuszczalne potwierdzenie cyfrowego odwzorowania przez jakąkolwiek inną osobę, w tym w szczególności przez osobę, której pełnomocnictwa udzielono. Przy czym, w przypadku pełnomocnictwa udzielonego w imieniu podmiotu przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu, potwierdzenia pełnomocnictwa mogą dokonać osoby uprawnione do jego reprezentacji, nawet w innym składzie osobowym – mocodawcą w takim wypadku jest bowiem osoba prawna – spółka, a nie poszczególne osoby składające podpis w jej imieniu pod pełnomocnictwem. Nie w każdym przypadku ci sami członkowie zarządu muszą być wystawcami dokumentu w postaci papierowej, a dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem – nie kreują elektronicznie wystawionego upoważnienia, a potwierdzają tylko podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem (wyr KIO z 14.9.2022 r., KIO 2284/22, niepubl.)”* – Komentarz do § 7 rozporządzenia, red. Jaworska 2023, wyd. 1/Jarnicka, Legalis.
- (3) Powyższe zostało również jednoznacznie ujęte przez samego Zamawiającego w rozdziale XX SWZ, ppkt 21.3. SWZ, gdzie wskazano, iż poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, dokonuje w przypadku pełnomocnictwa mocodawca.
- (4) Co prawda z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców ProGrupa Technologie sp. z o.o. wynika, iż Pan Adam Putowski jest członkiem zarządu Wykonawcy, lecz nie jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji tego podmiotu i składania ofert ze względu na fakt, iż zarząd jest 3 osobowy, a zasady reprezentacji to: *„W PRZYPADKU ZARZĄDU JEDNOOSOBOWEGO OŚWIADCZENIA W IMIENIU SPÓŁKI SKŁADA CZŁONEK ZARZĄDU. W PRZYPADKU ZARZĄDU SKŁADAJĄCEGO SIĘ Z DWÓCH LUB WIĘKSZEJ LICZBY OSÓB DO SKŁADANIA OŚWIADCZEŃ W IMIENIU SPÓŁKI JEST WYMAGANE WSPÓŁDZIAŁANIE DWÓCH CZŁONKÓW ZARZĄDU ALBO JEDNEGO CZŁONKA ZARZĄDU ŁĄCZNIE Z PROKURENTEM”*.

Dowód: informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców ProGrupa Technologie sp. z o.o.

(5) Oznacza to, iż skoro Zamawiający nie dysponował prawidłowym dokumentem uprawnającym Pana Putowskiego do złożenia oferty w imieniu ProGrupa Technologie sp. z o.o., to oferta tego podmiotu nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu i Zamawiający powinien wezwać ProGrupa Technologie sp. z o.o. do poprawienia pełnomocnictwa w trybie art. 128 ust. 1 PZP, czego w tym przypadku zaniechano.

VI. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Alab sp. z o.o.

(1) W tym miejscu wskazać należy, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy zaniechał odrzucenia oferty Alab sp. z o.o., który zaoferował świadczenie niezgodne z warunkami zamówienia.

(2) Jak wynika z OPZ niniejszego Postępowania, wymogi co do parametrów czujników ustalono w następujący sposób:

- *Pamięć buforowa nie mniejsza niż 120 godzin w przypadku braku łączności z bazą.*

(...)

- *Rozdzielczość rejestracji min co 1 min*

(3) Jak wynika z powyższego Zamawiający wymagał, aby czujniki rejestrowały z rozdzielczością co 1 minutę. W tym zakresie Alab sp. z o.o. zaoferował świadczenie zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Przy czym Zamawiający wymagał, aby pamięć czujnika umożliwiała rejestrację takich danych przez co najmniej 120 godzin.

(4) Z karty katalogowej urządzeń przedstawionych przez Alab sp. z o.o. wynika z kolei, że pamięć czujnika wystarczy na rejestrację danych co 1 minutę, lecz jedynie na 102 godziny, podczas gdy Zamawiający wymagał 120 godzin.

Rejestracja:

6144 rekordów (102h/1min/kanal)

Dowód: plik o nazwie Karta katalogowa Netino Pharm NXBD-01-ECO v1_1 - Oferta ALAB-sig

- (5) Zaoferowanie czujników o mniejszej pamięci buforowej niż wymagana przez OPZ jednoznacznie świadczy o niezgodności oferty Alab sp. z o.o. z warunkami zamówienia w wyniku czego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Mając na uwadze ww. okoliczności, wnoszę jak we wstępie.

ZAŁĄCZNIKI:

1. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
3. dowód uiszczenia wpisu w wysokości 7 500,00 zł;
4. potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu;
5. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych z dnia 29 lutego 2024 r.
6. załącznik nr 2.1. do SWZ formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia
7. wyjaśnienia treści SWZ z dnia 15 stycznia 2024 r.
8. oferta handlowa nr OPW/1688/022
9. wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty z dnia 31 stycznia 2024 r.
10. zapytanie Odwołującego z dnia 18 stycznia 2024 r.
11. opis przedmiotu zamówienia na czujniki monitoringu temperatury i wilgotności (znak sprawy: P/038/2022/SZ/WIM/MON – 28/ZP/22)
12. opis przedmiotu zamówienia znak sprawy znak sprawy: P/104/2023/SZ/WIM/MON - 39/ZP/23
13. formularz cenowy Fluodata sp. z o.o.
14. formularz cenowy Alab sp. z o.o.
15. formularz cenowy ProGrupa Technologie sp. z o.o.
16. plik o nazwie spec_rtr500b-dataloggers-pl Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa
17. pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2022 r.
18. wynik walidacji pełnomocnictwa
19. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców ProGrupa Technologie sp. z o.o.
20. plik o nazwie Karta katalogowa Netino Pharm NXBD-01-ECO v1_1 - Oferta ALAB-sig