

TKP

Warszawa, dnia 7 listopada 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Polkowickie Centrum Usług Zdrowotnych - ZOZ S.A.

ul. K. B. Kominka 7, 59-101 Polkowice

NIP: 6922246830

KRS: 0000081911

Strona internetowa prowadzonego postępowania:

[https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-](https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-bffa726a-be8b-42a6-92a0-3418baefaf15)

[148610-bffa726a-be8b-42a6-92a0-3418baefaf15](https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-bffa726a-be8b-42a6-92a0-3418baefaf15) oraz

<http://pcuz.sisco.info>

tel.: +48 76 746 08 00

e-mail: zamowieniapubliczne@pcuz.eu

(dalej jako „Zamawiający” lub „Radio”)

Odwolujący:

DIASORIN

ul. Jutrzenki 137a, 02-231 Warszawa

NIP: 5272734753

KRS: 0000558163

fax. 22 223 62 61

tel. 22 223 62 60

reprezentowany przez:

r. pr. Piotr Nepelski

r. pr. Marta Pasztaleniec

Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy sp. j.

ul. Twarda 4, 00-105 Warszawa

e-mail: pzp@traple.pl

Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy sp.j.

ul. Królowej Jadwigi 170
30-212 Kraków

tel.: (+48) 12 426 05 30
fax: (+48) 12 426 05 40

ul. Twarda 4
00-105 Warszawa

tel.: (+48) 22 850 10 10
fax: (+48) 22 697 63 72

www.traple.pl
office@traple.pl

NIP PL6772105587

konto: ING Bank Śląski S.A. o/Kraków
nr 84 1050 1445 1000 0022 1962 7029

tel. (+48) 22 850 10 10

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonego na podstawie art. 275 ust. 2 Pzp pt. „Dzierżawa aparatu do immunochemii i dostawa odczynników do immunochemii na potrzeby Polkowickiego Centrum Usług Zdrowotnych ZOZ S.A. w Polkowicach”, numer referencyjny: DZP-27/2024” (dalej jako „Postępowanie”)

Czynność Zamawiającego czynność Zamawiającego z dnia 5 listopada 2024 r. polegająca na modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) objęta

Odwołaniem:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Diasorin Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Odwołujący” lub „DIASORIN”), w oparciu o pełnomocnictwo załączone do niniejszego odwołania, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”), w tym art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 2 PZP, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnej z PZP czynności Zamawiającego polegającej na modyfikacji SWZ w następujący sposób:

- 1) modyfikację załącznika nr 6 do SWZ, tj. wzór umowy, poprzez dodanie do wzoru umowy przesłanki waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, bez jednoczesnego zawarcia we wzorze umowy wszystkich elementów klauzuli waloryzacyjnej, wymaganych na gruncie art. 439 PZP – co stanowi naruszenie art. 439 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 PZP;
- 2) modyfikację załącznika nr 1 do formularza oferty OPZ oraz załącznika nr 7 do SWZ – OPZ, poprzez dopuszczenie bliżej nieokreślonego rozwiązania równoważnego do zestawu komputerowego będącego przedmiotem zamówienia, skutkiem czego doszło do opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz niepozwalający na porównywalność ofert - co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 i 2, art. 92 ust. 2, art. 99 ust. 1, 2, 5, art. 101 PZP.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – dokonanie modyfikacji załącznika nr 6 do SWZ, poprzez skonstruowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uwzględniający wszystkie obligatoryjne elementy waloryzacji wynagrodzenia, określone w art. 439 ust. 2 PZP, tj. poprzez wprowadzenie do załącznika nr 6 do SWZ – Umowa dzierżawy – projekt umowy, po § 4 ust. 9 postanowienia § 4 ust. 9¹ w brzmieniu:

*„Dzierżawca przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego **Wydzierżawiającemu** w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:*

- 1) *minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 1 % w stosunku do cen lub kosztów wskazanych w ofercie **Wydzierżawiającego**;*
- 2) *poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do kwartału, w którym miał miejsce dzień otwarcia oferty **Wydzierżawiającego**;*
- 3) *sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia nastąpi na podstawie pisemnego wniosku Strony wnioskującej o zmianę. Druga Strona jest zobowiązana do ustosunkowania się do wniosku w terminie nie późniejszym, niż 7 dni od daty jego otrzymania;*
- 4) *maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza **Dzierżawca**, to łącznie 20 % w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1;*
- 5) *zmiana wynagrodzenia może nastąpić na podstawie pisemnego aneksu podpisanego przez obie Strony. W przypadku, jeśli spełniły się przesłanki do dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sposób ustalony w niniejszym ustępie, Strona odmawiająca dokonania zmiany Umowy wprowadzającego waloryzację będzie traktowana jako pozostająca w zwłoce z wykonaniem zobowiązania;*

- 6) *Wydzierżawiający, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy*”;
- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na modyfikacji załącznika nr 1 oraz załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz usunięcie z załącznika nr 1 oraz załącznika nr 7 do SWZ, dodanych na mocy modyfikacji Zamawiającego postanowień o treści:
- a. w przypadku załącznika nr 1 do SWZ:
- „1) Wszystkie minimalne parametry graniczne wyszczególnione w tabeli są parametrami bezwzględnie wymaganymi;*
- 2) Zamawiający dopuszcza zastosowanie parametrów równoważnych do wskazanych w tabeli. Warunkiem zastosowania parametrów równoważnych jest posiadanie przez oferowany zestaw komputerowy parametrów technicznych nie gorszych niż wskazane w niniejszym OPZ.”*
- b. W przypadku załącznika nr 7 do SWZ:
- „Zamawiający dopuszcza zastosowanie parametrów równoważnych do wskazanych w tabeli. Warunkiem zastosowania parametrów równoważnych jest posiadanie przez oferowany zestaw komputerowy parametrów technicznych nie gorszych niż wskazane w niniejszym OPZ”.*

Interes prawny

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że na skutek niezgodnej z przepisami PZP modyfikacji przez Zamawiającego SWZ Wykonawca może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia. Na skutek wadliwej modyfikacji SWZ przez Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów PZP. Szkodą Odwołującego w takim wypadku ma charakter wymierny i odpowiadać będzie utraconemu dochodowi z realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

Termin

W dniu 5 listopada 2024 r., tj. w dniu opublikowania informacji o modyfikacji SWZ na podstawie art. 135 ust. 6 PZP, Odwołujący powziął informację o czynności Zamawiającego

niezgodnej z PZP. A więc 6 listopada 2024 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie niniejszego odwołania.

Wartość zamówienia objętego Postępowaniem jest mniejsza niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 PZP i obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, o którym mowa w art. 3 ust. 3 PZP. Tym samym termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) PZP wynosi 5 dni, który upływa w dniu 12 listopada 2024 r.

Uzasadnienie

[Stan faktyczny]

1. W dniu 30 października 2024 r. Zamawiający ogłosił Postępowanie na dzierżawę aparatu do immunochemii i dostawa odczynników do immunochemii na potrzeby Polkowickiego Centrum Usług Zdrowotnych ZOZ S.A. w Polkowicach. Zgodnie z pkt VII SWZ:
 - a. Zamówienie objęte Postępowaniem udzielane jest na okres 36 miesięcy od dnia podpisania umowy;
 - b. Szczegółowe zagadnienia dotyczące terminu realizacji umowy uregulowane są we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.
2. W dniu 4 listopada 2024 r. Odwołujący, działając na podstawie art. 135 ust. 1 PZP, złożył Zamawiającemu wniosek o wyjaśnienie SWZ (dalej jako: „Wniosek”), zawierający m. in. pytanie o treści:

„Zwracamy się z prośbą o wprowadzenie obowiązkowych zapisów waloryzacyjnych do umowy, które są wymagane dla postępowań na dostawy, usługi, roboty budowlane, których długość przekracza 6 miesięcy zgodnie z art. 44 i 75 Ustawy z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, poz. 2185.”

3. W dniu 5 listopada 2024 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ i odpowiedź nr 19 na ww. pytanie Odwołującego o następującej treści:

„Zamawiający wyraża zgodę na dodanie zapisu dotyczącego waloryzacji, o której mowa w art. 439 PZP. W załączniku nr 6 do SWZ – projekt umowy dzierżawy poprzez dodanie w § 4 ust. 9 dodaje się ppkt 5), który otrzymuje brzmienie:

„5) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”

4. Jednocześnie Zamawiający uwzględnił pytanie nr 6 innego wykonawcy w Postępowaniu o treści:

„Czy Zamawiający dopuści zaoferowanie zestawu komputerowego o zbliżonych parametrach do tych określonych w pkt ZESTAW KOMPUTEROWY 1 SZT? Spełnienie wymogu tak precyzyjnie określonego opisu zestawu komputerowego jest niemożliwe w przypadku jego dzierżawy”

- udzielając odpowiedzi o następującej treści i tym samym modyfikując załączniki do SWZ:

„Zamawiający dopuści zaoferowanie zestawu komputerowego o parametrach równoważnych.

W związku z powyższym w SWZ:

a) W załączniku nr 1 do formularza oferty OPZ pod tabelą ZESTAW KOMPUTEROWY 1 SZT. Dodaje się:

1) Wszystkie minimalne parametry graniczne wyszczególnione w tabeli są parametrami bezwzględnie wymaganymi.

2) Zamawiający dopuszcza zastosowanie parametrów równoważnych do wskazanych w tabeli. Warunkiem zastosowania parametrów równoważnych jest posiadanie przez oferowany zestaw komputerowy parametrów technicznych nie gorszych niż wskazane w niniejszym OPZ.

b) W załączniku nr 7 OPZ pod tabelą ZESTAW KOMPUTEROWY 1 SZT. Dodaje się zapis:

c) Zamawiający dopuszcza zastosowanie parametrów równoważnych do wskazanych w tabeli. Warunkiem zastosowania parametrów równoważnych jest posiadanie przez oferowany zestaw komputerowy parametrów technicznych nie gorszych niż wskazane w niniejszym OPZ.

5. Jednocześnie, do wyjaśnień Zamawiającego dołączona została zmodyfikowana SWZ, uwzględniająca zmiany w brzmieniu określonym powyżej przez Zamawiającego, tj.:

a. Modyfikacja § 4 ust. 9 załącznika nr 6 do SWZ, poprzez dodanie ppkt 5;

- b. Modyfikacja załącznika nr 1 oraz załącznika nr 7 do SWZ.

[Stan prawny – zarzut nr 1]

6. Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 PZP, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W umowie określa się:
- a. poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
 - b. sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - i. z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - ii. przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
 - c. sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
 - d. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
7. Tymczasem Zamawiający, uwzględniając pytanie Odwołującego i modyfikując załącznik nr 6 do SWZ, ograniczył się do wprowadzenia jedynie dodatkowej przesłanki zmiany wynagrodzenia o treści: „w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”, jednocześnie nie wprowadzając żadnych postanowień realizujących obowiązki wynikające z art. 439 ust. 1 i 2 PZP, które mają charakter obligatoryjny.
8. Nie budzi wątpliwości to, że art. 439 ust. 2 PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący i prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna

zawierać wszystkie elementy wymienione w tym przepisie. Ustawodawca nie przewidział żadnych odstępstw w tym zakresie, a jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

*„W myśl art. 439 ust. 1 p.z.p., ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach niż w tych określonych przepisem art. 436 p.z.p. Podkreślić należy, iż obowiązek taki wynika wprost z treści omawianego przepisu. Ustawodawca **nie postąpił się bowiem sformułowaniem «miękkim», np. «może zawierać» ale wprost wskazał, że umowa ma zawierać (zawiera) odpowiednie postanowienia. Brak takich postanowień umownych jest działaniem, w ocenie Izby, contra legem**”¹;*

9. Przepisy PZP pozostawiają wprawdzie Zamawiającemu pewną swobodę w zakresie kształtowania zasad waloryzacji, co nie oznacza, że swoboda ta jest nieograniczona. Aby mechanizm waloryzacji wynagrodzenia został skutecznie wdrożony, a wykonawca był w stanie wycenić swoje ryzyko kontraktowe na skutek wahań cenowych, konieczne jest precyzyjne określenie przez Zamawiającego m. in. wskaźnika lub innej podstawy waloryzacji oraz limitu waloryzacji. A zatem art. 439 ust. 2 PZP wyznacza minimalny zakres waloryzacji wynagrodzenia i jest realizacją określonej w art. 16 pkt 2 PZP zasady przejrzystości postępowania. Zasada ta przekłada się na obowiązek Zamawiającego formułowania precyzyjnych i skutecznych postanowień przeglądowych, zapewniających pewność co do treści stosunku zobowiązaniowego, a także skuteczność waloryzacji wynagrodzenia.

10. Potwierdza to także orzecznictwo KIO:

*Przepis art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. wyznacza **minimalny zakres postanowień waloryzacji** wynagrodzenia, nie określa natomiast konkretnych zasad tej waloryzacji, które pozostawione zostały do decyzji zamawiającego.²*

11. Modyfikacja SWZ dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem art. 439 ust. 2 PZP ma charakter nie tylko formalny, ale skutkuje przede wszystkim **brakiem porównywalności ofert**. Brak jakiegokolwiek wiedzy w jakim zakresie może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, powoduje, że każdy z potencjalnych wykonawców może

¹ Wyrok KIO z 4.05.2022 r., KIO 1085/22,

² Wyrok KIO z 21.04.2023 r., poz. 935/23

wycenić i uwzględnić w ofercie ryzyko kontraktowe w odmienny sposób i w innej wysokości.

12. Co istotne, treść całego § 4 ust. 9 załącznika nr 6 do SWZ wskazuje, że Zamawiający wcale nie zobowiązuje się do waloryzacji wynagrodzenia na określonych przez siebie zasadach, a jedynie do przeprowadzenia z wykonawcą negocjacji:

*„Dzierżawca przewiduje **przeprowadzenie z Wydzierżawiającym negocjacji w przedmiocie podwyższenia lub obniżenia cen jednostkowych ze względu na zmianę wysokości: (...)***

13. Cechą negocjacji jest niepewność co do ich wyniku, gdyż w świetle art. 72§1 KC, jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, **gdy strony dojdą do porozumienia** co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. A więc modyfikacja SWZ dokonana przez Zamawiającego nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie przystąpienie przez Zamawiającego do negocjacji. Treść art. 439 PZP nie pozostawia wątpliwości, że - o ile spełnione zostaną przesłanki waloryzacji określone przez Zamawiającego – ma ona charakter obligatoryjny.

14. To powoduje, że Odwołujący:

- a. nie ma żadnej pewności, czy wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane, skoro Zamawiający deklaruje jedynie przystąpienie do negocjacji;
- b. nie wie na jakich zasadach i w jakim zakresie wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane;
- c. nie wie jak należy wycenić swoje ryzyko kontraktowe z uwagi na potencjalne wahania rynkowe.

15. Treść modyfikacji załącznika nr 6 do SWZ bezsprzecznie dowodzi, że doszło do bezpośredniego naruszenia art. 439 ust. 2 PZP, a w konsekwencji także podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady przejrzystości i zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

[Stan prawny - Zarzut nr 2]

16. Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 PZP:

- a. 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;
- b. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia **wymagane cechy** dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

17. Jednocześnie, PZP dopuszcza „rozwiązania równoważne” w opisie przedmiotu zamówienia w ściśle określonych w ustawie przypadkach, tj. w przypadku:

- a. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na producenta lub pochodzenie produktu: *Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie **znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu**, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy **"lub równoważny"*** – art. 99 ust. 5 PZP;
- b. opisanie przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie do wymienionych w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 PZP norm np. ISO, specyfikacji lub ocen technicznych: *Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do **norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych**, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy **"lub równoważne"**.*

18. Żaden z powyższych przypadków nie zachodzi w zakresie objętym modyfikacją Zamawiającego. Opis zamówienia w zakresie zestawu komputerowego jedynie w dwóch punktach nawiązuje do normy ISO („Producent musi posiadać normę ISO 50001” oraz „Firma serwisująca musi posiadać min. ISO 9001:2008”), zaś pozostałe parametry stanowią **standardowy opis wymogów technicznych i funkcjonalnych**

zestawu komputerowego, nie wskazujących na konkretnego producenta (np. „Mysz optyczna USB z dwoma klawiszami oraz rolką (scroll)”). Tymczasem Zamawiający dopuścił „równoważność parametrów”, a co istotne - **wszystkich** elementów opisu zestawu komputerowego. Trudno chociażby wyobrazić sobie badanie równoważności takich wymogów jak:

- a. „Minimalny czas trwania wsparcia technicznego producenta wynosi 3 lata, z możliwością odpłatnego przedłużenia tego okresu do 4 lub 5 lat od daty dostawy.”;
- b. „Jedno złącze M.2 dla dysków oraz jedno złącze M.2 bezprzewodowej karty sieciowej”;
- c. „Kolor: Czarny”

19. To powoduje, że mamy do czynienia z **brakiem jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia**, gdyż niejasne jest w zasadzie co Zamawiający zamawia i jak będzie dokonywać oceny ofert. Jeżeli Zamawiający chciał uwzględnić pytanie wykonawcy, który sugeruje, że spełnienie wymogów „*tak precyzyjnie określonego opisu zestawu komputerowego jest niemożliwe w przypadku jego dzierżawy*” – czemu Odwołujący zaprzecza – **powinien zmienić lub ograniczyć opis techniczny zestawu komputerowego, a nie dopuszczać bliżej nieokreślone „parametry równoważne”**. Niejasne jest przy tym, dlaczego Zamawiający uznał charakter umowy dzierżawy miałby „uniemożliwić” dostawę zestawu komputerowego o określonych przez niego parametrach. Charakter umowy – czy to sprzedaży czy dzierżawy – ma wpływ co do zasady na cenę oferty (a więc koszt wykonawcy), ale nie prowadzi do uznania, że mamy do czynienia z niemożliwością świadczenia w rozumieniu art. 387 KC, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

20. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że **wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia**. Równoważność nie funkcjonuje w PZP w odniesieniu do parametrów technicznych zamawianego produktu – wręcz przeciwnie, Zamawiający ma obowiązek tak opisać przedmiot zamówienia, aby każdy wykonawca mógł w ten sam sposób zinterpretować zamawiane produkty lub usługi. Tylko w ten sposób możliwe jest zachowanie porównywalności ofert.

21. Modyfikacja dokonana przez Zamawiającego uniemożliwia także ocenę, kiedy oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, tj. w przypadku jej niezgodności z dokumentacją postępowania, skoro opis przedmiotu zamówienia pozwala na zaoferowanie zestawu komputerowego o parametrach innych niż określone w SWZ.
22. Przy ścisłej interpretacji modyfikacja Zamawiającego mogłaby nawet prowadzić do dopuszczenia ofert wariantowych w rozumieniu art. 92 PZP, pomimo że w świetle pkt IV pkt 4 SWZ Zamawiający wyraźnie wykluczył możliwość składania takich ofert. Szerokie i niejasne dopuszczenie „równoważności parametrów” zestawu komputerowego prowadzić może do irracjonalnego wniosku, że przedmiotem oferty może być zestaw komputerowy nie spełniający ani jednego wymogu technicznego Zamawiającego określonego w OPZ. Jak wskazuje UZP w swym komentarzu:

„Obecnie nie powinno ulegać wątpliwości, że «oferta wariantowa» oznacza każdą odmiennosc od warunków zamówienia, które dotyczą samego zamówienia, a nie postępowania o udzielenie zamówienia. Chodzi zwłaszcza o odstępstwo od warunków, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia lub projektowanych postanowień umowy. W szczególności oferta wariantowa to oferta: przewidująca użycie odmiennych materiałów, zastosowanie innej technologii, równoważne czy pełniące te same funkcje wyposażenie prowadzące do osiągnięcia założonego celu.

23. Pomijając powyższe rozważania należy zauważyć, że modyfikacja Zamawiającego jest przy tym wewnętrznie sprzeczna, gdyż:
- a. Z jednej strony Zamawiający uznaje wszystkie parametry określone w tabeli w załączniku nr 1 i 7 do SWZ za **bezwzględnie wymagane**;
 - b. Z drugiej strony dopuszcza parametry równoważne do nich, a więc inne niż te określone przez Zamawiającego
24. A zatem, Zamawiający – modyfikując załącznik nr 1 i 7 do SWZ – nie tylko nie sprostął obowiązkowi precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim doprowadził do braku możliwości ustalenia jaki zestaw komputerowy jest przedmiotem Postępowania, braku porównywalności ofert oraz naruszył skonstruowane przez siebie postanowienia SWZ dopuszczając de facto oferty wariantowe.

25. Na koniec należy podkreślić, że w ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości to, że czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem stanowią modyfikację SWZ, gdyż:

- a. kwestionowane postanowienia załącznika nr 1, 6 i 7 do SWZ zostały dodane dopiero w dniu 5 listopada 2024 r.;
- b. Zamawiający sam uznał swoje czynności za modyfikację SWZ, o czym wyraźnie świadczą użyte przez niego sformułowania „Zamawiający wyraża zgodę na dodanie zapisu o waloryzacji” oraz „dodaje się zapis”

26. Jak wynika z orzecznictwa KIO:

Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści. Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 Prawa Zamówień Publicznych stanowi zatem integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi.³

27. W tym stanie rzeczy, odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Marta Pasztaleniec

Marta Pasztaleniec

Radca Prawny, Senior Associate

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego;
3. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;

³ Wyrok KIO z 23 marca 2022 r., sygn. akt KIO 658/22

5. dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu.