

Sygn. akt: KIO 2617/20

WYROK
z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WEGNER Spółka z o.o. sp. k. w Poznaniu** oraz **Healthcare Building Solutions sp. z o.o. w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WEGNER Spółka z o.o. sp. k. w Poznaniu** oraz **Healthcare Building Solutions sp. z o.o. w Poznaniu**,
- 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WEGNER Spółka z o.o. sp. k. w Poznaniu** oraz **Healthcare Building Solutions sp. z o.o. w Poznaniu** kwotę **23.829 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy ośmiuset dwudziestu dziewięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2617/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „*wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie pomieszczeń Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii znajdującego się na II p. Budyńku Głównego, Bloku Operacyjnego znajdującego się na I p. Budyńku Głównego dla projektu pn. „Zwiększenie dostępności i jakości usług zdrowotnych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi poprzez przebudowę modernizację Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Banku Krwi i Pracowni Serologii” oraz przebudowa Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii znajdującego się na II p. Budyńku Głównego - część środkowa i część południowa (opcja), zakup aparatury i sprzętu medycznego dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 czerwca 2020 r., nr 2020/S 119-288117.

2 października 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia **WEGNER Spółka z o.o. sp. k. w Poznaniu** oraz **Healthcare Building Solutions sp. z o.o. w Poznaniu**, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

Wobec czynności unieważnienia postępowania odwołujący wniósł 12 października 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (w związku z art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp), przez unieważnienie postępowania w związku z tym, iż jest ono obciążone niemożliwymi do usunięcia wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że okoliczności wskazywane przez zamawiającego w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania nie stanowią wad postępowania, a tym bardziej nie uniemożliwiają one zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty;
- 3) dokonania wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z dotyczącą postępowania specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”):

- „Zamawiający zastrzega, że wszędzie tam gdzie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załącznikach, zostały w opisie przedmiotu wskazane znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę – Zamawiający dopuszcza metody, materiały, urządzenia, technologie itp. równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia, rozumiane jako wykonane przez dowolnych producentów przy zachowaniu identycznych lub lepszych parametrów technicznych i walorów użytkowych oraz w pełni kompatybilnych z resztą urządzeń pod warunkiem, iż spełnią one te same właściwości techniczne oraz na etapie realizacji uzyskają akceptację Zamawiającego. Decyzje Zamawiającego w tym zakresie oparte będą na wymaganiach sformułowanych w dokumentach umowy, a także normach i wytycznych. Parametry wskazanego standardu określają minimalne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, jakościowe i funkcjonalne, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia. Wskazane marki, nazwy producenta, znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty – służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określeniu właściwości, wymogów technicznych produktu, metody, materiałów, urządzeń, technologii, itp. założonych w treści SIWZ oraz załącznikach.” (pkt III pkt 6 SIWZ);

- w wykazie oświadczeń i dokumentów wymaganych w postępowaniu i składanych wraz z ofertą w formie elektronicznej nie było ujętych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego dotyczących zaopierzanej aparatury i sprzętu medycznego opisanych w załączniku nr 5 do SIWZ. Ww. dokumenty i oświadczenia wraz z oryginalnymi ulotkami producenta, katalogami, ulotkami o produkcie, kartami danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia miały zostać złożone dopiero na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy PZP w formie elektronicznej (pkt XIII ppkt 1 SIWZ oraz pkt XIII ppkt 3 lit. C – C.1) SIWZ).

Odwołujący wskazał także, że zamawiający udzielił blisko 300 wyjaśnień treści SIWZ w formie odpowiedzi na pytania jej dotyczące. Zdaniem odwołującego istotna dla niniejszej sprawy jest odpowiedź Zamawiającego na następujące pytanie oznaczone numerem 180:

Pytanie: „Dot. Załącznika nr 5 do SIWZ pkt. VIII 272, IX 298, X 326; X 365 oraz pozostałych, których dotyczy ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ APARATY SPRZĘT MEDYCZNY

W celu uniknięcia wątpliwości na etapie składania ofert, zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający będzie wymagał dostarczenia opisanych tamże projektów / dokumentacji w późniejszym etapie postępowania / realizacji zamówienia, na wezwanie Zamawiającego, a nie razem z Ofertą.”

Odp.: „Zamawiający wymaga dostarczenia ww dokumentów / projektów na etapie realizacji danego etapu inwestycji.”

Odwołujący podniósł, że iż w przypadku procedury udzielenia zamówienia publicznego katalog przesłanek jej unieważnienia ma – w przeciwieństwie do przetargów prowadzonych na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, gdzie unieważnienie postępowania jest zazwyczaj decyzją uznaniową zamawiającego – charakter enumeratywny, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek. Powyższe dodatkowo wzmacnia argumentacja dotycząca charakteru wady. Nie może być to jakakolwiek wada, ale wyłącznie wada, o której mowa w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy PZP. Przesłanki z art. 146 ust. 1 dotyczą kwestii podstawowych dla stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, tj. naruszenia przesłanek stosowania trybów zamkniętych (nie poprzedzonych ogłoszeniem o zamówieniu), braku przesłania lub zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, niezachowania okresu standstill, itp., a jedynie dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pozostawiono szerzej zakreśloną przesłankę uprawniającą go do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w razie dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wywiódł, że żadna z opisanych przez zamawiającego okoliczności nie stanowi wady postępowania, a tym bardziej nie stanowi wady istotnej, która dodatkowo powodowałaby niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający twierdzi, że istotną wadą postępowania jest brak określenia przez niego jakie certyfikaty oraz dokumenty uzna za równoważne w stosunku do certyfikatu PZH wymaganego w treści pkt 11.1 załącznika nr 5 do SIWZ. Odwołujący wywiódł, że z treści przywołanego powyżej pkt III ppkt 6 SIWZ (w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotowe certyfikaty nie są w ogóle wzmiankowane) jednoznacznie wynika, iż zamawiający wprost dopuszczał certyfikaty oraz dokumenty równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. do certyfikatu PZH.

Zdaniem odwołującego oznacza to, że Zamawiający poprawnie sporządził opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie przez to, że:

1) dopuścił równoważność co do zasady oraz

2) nie wskazał, jakie wyłącznie certyfikaty oraz dokumenty uzna za równoważne w stosunku do certyfikatu PZH wymaganego w treści pkt 11.1 załącznika nr 5 do SIWZ (a contrario: „a których za równoważne mógłby w konsekwencji nie uznawać”).

Odwołujący wywiódł, że żaden przepis ustawy PZP nie nakłada na Zamawiającego obowiązku określenia i wskazywania certyfikatów równoważnych. Przeciwnie przepis art. 30b ust. 3 ustawy PZP nakazuje zamawiającemu (bez względu na ujęcie tego w postanowieniach siwz) akceptację również certyfikatów wydanych przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność z jednostką określoną przez zamawiającego. Zamawiający ma ponadto obowiązek akceptować inne środki dowodowe niż certyfikaty (lub sprawozdania z badań), gdy dany wykonawca nie ma dostępu do nich pod warunkiem, że dany wykonawca udowodni, że spełnia określone wymogi, kryteria lub warunki (art. 30b ust. 4 ustawy Pzp). Według odwołującego działanie zamawiającego w tym zakresie było zatem poprawne i zgodne z przepisami prawa.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający miał pełne prawo – z uwagi na specyfikę zamówienia – wymagać od wykonawców certyfikatu, który potwierdzi to, że oferowany przez nich wyrób (umywalka lekarska) jest dopuszczony do stosowania w jednostkach służby zdrowia. Powyższe wynika z przepisu § 13 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten w dalszych ustępach również określa możliwość złożenia równoważnych dokumentów.

Odwołujący wywiódł, że w trakcie postępowania – pomimo mnogości wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ (prawie 300 zapytań) – żadne zapytanie nie dotyczyło wyjaśnienia SIWZ w tym zakresie, tj. kwestii braku określenia przez zamawiającego certyfikatów lub dokumentów równoważnych w stosunku do certyfikatu PZH wymaganego w treści pkt 11.1 załącznika nr 5 do SIWZ. Przeczy to twierdzeniom zamawiającego o tym, że zaniechanie powyższego mogło realnie ograniczać krąg potencjalnych wykonawców. Uznać bowiem należy, że jeżeli faktycznie powyższe zaniechanie – mimo, że zgodne z przepisami prawa – jakimkolwiek wykonawcy uniemożliwiło złożenie oferty, to wystąpiłby on do zamawiającego z wnioskiem o zmianę w tym zakresie.

Odwołujący argumentował ponadto, że wartość myjni z syfonem, której ten certyfikat dotyczy w wartości całego zamówienia przedstawia wartość marginalną. Powołał się na zestawienie wszystkich ofert (wartość brutto trzech sztuk myjni z syfonem, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia). Odwołujący podniósł, że w przypadku jego oferty wartość ww. myjni z syfonem odnośnie do wartości całego zamówienia stanowi w zaokrągleniu 1,3 promila (0,00129) wartości oferty. Wywodził, że jest to wartość na tyle pomijalna, że nie może być mowy o realnym ograniczeniu kręgu potencjalnych wykonawców, gdyby nawet ww. certyfikat / atest mógł w jakikolwiek sposób wpływać na konkurencyjność ofert.

Odwołujący wskazał także, że przedmiotowy atest higieniczny jest dokumentem łatwym do uzyskania dla wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. W obrocie występują bowiem dla oferowanych myjni z syfonem zarówno atesty higieniczne PZH, jak też równoważne im atesty higieniczne, wystawione przez Gdański Uniwersytet Medyczny i inne. Wszyscy ubiegający się o to zamówienie wykonawcy mają swobodny dostęp do jednego z

ww. atestów. O ograniczeniu konkurencji nie może być zatem mowy.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający twierdzi również, że istotną wadą postępowania jest to, że bezpodstawnie żądał złożenia atestu PZH na myjnię z syfonem oraz deklaracji zgodności wraz z CE na syfon wraz z ofertą. Zdaniem odwołującego powyższe nie polega na prawdzie. Zamawiający – wyżej przywołanymi postanowieniami SIWZ (pkt XIII ppkt 1 oraz pkt XIII ppkt 3 lit. C – C.1) – wśród dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą nie zawarł przedmiotowych dokumentów.

Wobec treści pkt 11.1 załącznika nr 5 do SIWZ zaistniała rozbieżność w tym zakresie. Rozbieżność ta jednak została ostatecznie wyjaśniona przez zamawiającego przywołaną powyżej odpowiedzią na pytanie nr 180, w której zamawiający stwierdził, iż nie oczekuje złożenia dokumentacji, o której mowa w załączniku nr 5 do SIWZ razem z ofertą. Oznacza to, że treść pkt 11.1 załącznika nr 5 do SIWZ co do przewidywania złożenia dokumentacji w niej określonej wraz z ofertą w istocie została przez zamawiającego uchylona.

Według odwołującego nawet jednak, gdyby hipotetycznie stwierdzić, że przedmiotowa rozbieżność nie została usunięta przez zamawiającego, to zauważyć należy, że skutkami tej rozbieżności mógł zostać obciążony wyłącznie zamawiający, a nie wykonawcy, co wynika z jednolitej reguły przyjętej w zamówieniach publicznych. Reguła ta jest powszechnie znana wśród profesjonalnych wykonawców robót budowlanych o znacznej skali, a tylko tacy wykonawcy są potencjalnymi wykonawcami przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, że rozbieżność ta nie mogła realnie wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Odwołujący argumentował, że gdyby przyjąć, że przedmiotowa rozbieżność mogła stanowić istotną wadę postępowania uprawniającą zamawiającego go jego unieważnienia, to w konsekwencji przyjąć należałoby, iż każda rozbieżność między postanowieniami SIWZ i jej często kilkusetstronowych załączników (jak w przypadku postępowania) może stanowić podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, co jest poglądem oczywiście chybionym i mogącym prowadzić do nadużywania instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiających, w celach zgoła odmiennych od tych, które przyświecały wprowadzeniu przepisu art. 93 (w tym ust. 1 pkt 7) do ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający unieważnił postępowanie bezpośrednio po tym, gdy – w wyniku wielokrotnych wezwań i odpowiedzi odwołującego na nie – ustalił, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Zdaniem odwołującego celem zamawiającego w istocie jest to, by odwołujący nie uzyskał przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od powyższego, unieważnienie postępowania przez zamawiającego bez zaistnienia przesłanek określonych przepisami ustawy Pzp stanowi o prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i pismo procesowe z dnia 3 listopada 2020 r., w których wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i piśmie jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania 2 października 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Zamawiający unieważnił postępowanie. Odwołujący złożył zamawiającemu ofertę, która potencjalnie stanowić mogła ofertę najkorzystniejszą i uzyskać zamówienie czerpiąc z tego tytułu zyski. Czynność zamawiającego godzi w powyższe interesy i może narażać odwołującego na szkodę. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie pomieszczeń Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii znajdującego się na II p. Budynku Głównego, Bloku Operacyjnego znajdującego się na I p. Budynku Głównego dla projektu pn. „Zwiększenie dostępności i jakości usług zdrowotnych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi poprzez przebudowę modernizację Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Banku Krwi i Pracowni Serologii” oraz przebudowa Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii znajdującego się na II p. Budynku Głównego - część środkowa i część południowa (opcja), zakup aparatury i sprzętu medycznego dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi”.

Ustalono, że zamawiający w pkt III ppkt 6 SIWZspecyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, co następuje:

Zamawiający zastrzega, że wszędzie tam gdzie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załącznikach, zostały w opisie przedmiotu wskazane znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę – Zamawiający dopuszcza metody, materiały, urządzenia, technologie itp. równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia, rozumiane jako wykonane przez dowolnych producentów przy zachowaniu identycznych lub lepszych parametrów technicznych i walorów użytkowych oraz w pełni kompatybilnych z resztą urządzeń pod warunkiem, iż spełnią one te same właściwości techniczne oraz na etapie realizacji uzyskają akceptację Zamawiającego. Decyzje Zamawiającego w tym zakresie oparte będą na wymaganiach sformułowanych w dokumentach umowy, a także normach i wytycznych. Parametry wskazanego standardu określają minimalne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, jakościowe i funkcjonalne, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia. Wskazane marki, nazwy producenta, znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty – służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określeniu właściwości, wymogów technicznych produktu, metody, materiałów, urządzeń, technologii, itp. założonych w treści SIWZ oraz załącznikach.”.

Ustalono także, że w pkt XIII. ppkt 3 C.1 SIWZ wskazał, że na wezwanie zamawiającego wykonawcy zobowiązani będą złożyć oryginalne ulotki producenta, katalogi, ulotki o produkcji, karty danych technicznych w języku polskim potwierdzające wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia.

Ustalono również, że zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ „zestawienie parametrów technicznych warunków gwarancji oraz szkoleń” wskazał, że przedmiotem zamówienia jest m.in. umywalka lekarska – 3 szt. Zamawiający

sformułował w odniesieniu do umywalki lekarskiej m.in. następujący wymóg:

„Wyrób jest dopuszczony do stosowania w jednostkach służby zdrowia – do oferty należy dołączyć atest PZH na myjnie z wyżej wymienionym syfonem, deklarację zgodności wraz z CE na syfon”.

Ustalono także, że 17 lipca 2020 r. zamawiający w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o treści:

„Dot. Załącznika nr 5 do SIWZ pkt. VIII 272, IX 298, X 326; X 365 oraz pozostałych, których dotyczy - ZESTAWIENI, PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ APARATURA I SF MEDYCZNY

W celu uniknięcia wątpliwości na etapie składania ofert, zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający będzie wymagał dostarczenia opisanych tamże projektów / dokumentacji w późniejszym etapie postępowania / realizacji zamówienia, na wezwanie Zamawiającego, a nie razem z Ofertą.”

udzielił odpowiedzi nr 180 o treści: „Zamawiający wymaga dostarczenia w/w dokumentów / projektów na etapie realizacji danego etapu inwestycji.”.

Ustalono, że termin składania ofert upłynął 13 sierpnia 2020 r. Do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył zamawiającemu m.in. odwołujący.

Ustalono ponadto, że 2 października 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swej czynności wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający stwierdził wady w zakresie poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności z art. 29 ustawy oraz art. 30 b ust. 3 ustawy. W myśl zasady wynikającej z treści art. 29 ustawy Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. W przypadku odwołania się do konkretnego certyfikatu Zamawiający zobowiązany jest do akceptowania również certyfikatów wydanych przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Akceptacja Zamawiającego powinna dotyczyć także dopuszczenia innych odpowiednich środków dowodowych, takich jak dokumentacja techniczna producenta, jeżeli dany wykonawca nie ma dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani nie ma możliwości ich uzyskania w stosownym terminie; nieuzyskanie wymaganego certyfikatu nie może być przypisane danemu Wykonawcy. Warunkiem dopuszczenia innego certyfikatu jest przedstawienie przez Wykonawcę dowodu, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone przez Zamawiającego. (...).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający stwierdził, iż w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia /załącznik nr 5/ przedmiot zamówienia w zakresie umywalki lekarskiej został błędnie opisany. W punkcie 11.1 Zamawiający wymagał zaofiarowania:

„Umywalka lekarska

WYKONANIE SPECJALISTYCZNYCH MYJNI

- wykonana w całości ze stali chromowo-niklowej o symbolu EN 1.4301 (304)

- możliwość zamocowania umywalki na ścianie na górnej listwie (panelu) lub po bokach, wyrób jest konstrukcją samonośną

- krawędzie zaokrąglone bezpiecznie

- koryto myjące profilowane z wysuniętym do góry panelem tylnym naściennym wykonanym ze stali chromowo-niklowej w gatunku EN 1.4301 (304) stanowiącym integralną część zespołu myjącego. Wszystkie wewnętrzne oraz zewnętrzne krawędzie przestrzeni myjącej koryta profilowane łagodnym łukiem R 15 (nie dopuszcza się połączeń pod kątem prostym uniemożliwiających właściwą dezynfekcję powierzchni). Powierzchnia szlifowana ziarnem 240. Całość konstrukcji koryta myjącego zamknięta z możliwością łatwego demontażu pokryw celem dojścia do urządzeń zasilających i odpływu.

- głębokość komory min. 200 mm

- myjnia dwustanowiskowa (całkowity wymiar 1600x600x1240 mm)

- gotowe podłączenia wodne i elektryczne

- baterie do podaży wody z powłoką chromową sterowane optoelektronicznie montowane do panela naściennego myjki:

- elektronika z czujnikiem na podczerwień

- zasilanie baterią litową lub z gniazda 220 V

- wyłącznik bezpieczeństwa po 60 sek.

- pokrętło z wyborem temperatury z blokadą bezpieczeństwa pomiędzy 35°C i 45°C

- możliwość ustawienia momentu otwarcia i zamknięcia zaworów

- na tylnej ścianie powinny znajdować się dozowniki płynu dezynfekującego

- na obudowie myjnia wyposażona w wyłącznik czujników podczerwieni do umycia i dezynfekcji całego koryta

- zdejmowany panel czolowy, stanowiący otwarcie kontrolne wykonany ze stali chromowo-niklowej materiał 1.4301 (304)

- minimalna szerokość pojedynczego stanowiska 750 mm

- instalacja wod-kan umieszczona wewnątrz zespołu myjącego doprowadzająca i odprowadzająca wodę do baterii zamknięta pokrywą.

Myjnia wyposażona w certyfikowany syfon z funkcją automatycznej samodezynfekcji rur i odpływów poprzez automatyczne podgrzewanie do temperatury zabijającej drobnoustroje i cykliczne wibracyjne samooczyszczanie się z osadów i biofilmów.

Wyrób jest dopuszczony do stosowania w jednostkach służby zdrowia - do oferty należy dołączyć atest PZH na myjnie z wyżej wymienionym syfonem, deklarację zgodności wraz z CE na syfon”.

Z powyższego zapisu wynika, iż Zamawiający wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych żądał przedmiotowych dokumentów bez określenia jakie certyfikaty oraz dokumenty uzna za równoważne. Zawarty w treści specyfikacji zapis dotyczący równoważności dotyczył opisu przedmiotu zamówienia zawierającego nazwy, patenty, jednakże w swej treści nie zawierał wytycznych pozwalających ustalić jakie dokumenty zostaną uznane za równoważne w stosunku do certyfikatu PZH, jak również w opisie przedmiotu zamówienia brak jest w pkt 11.1 określenia jakie dokumenty zostaną uznane za równoważne. Brak dopuszczenia składania dokumentów równoważnych, a w szczególności zdefiniowania tej równoważności, spowodował naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. nierówno traktował Wykonawców, którzy nie dysponowali atestem PZH, jak również po stronie Wykonawców mógł spowodować, że nie złożyli oni oferty z uwagi na posiadania innych dokumentów potwierdzających możliwość zaofiarowania umywalk nadających się do stosowania na blokach operacyjnych. W okolicznościach niniejszej sprawy naruszenie art. 29 oraz art. 30 b ust. 3 ustawy Pzp powodowało również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, a tym samym stanowiło wadę postępowania, która miała wpływ na krąg potencjalnych Wykonawców, a tym samym stanowi wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Dodatkowo Zamawiający zażądał złożenia atestu PZH oraz deklaracji zgodności w zakresie pkt 11.1 wraz z ofertą. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający uprawniony jest przez udzieleniem zamówienia do wezwania Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 26 ust. 2f ustawy, zgodnie z którym jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający może na każdym etapie wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Warunkiem takiego wezwania musi być jednak jego niezbędność do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Skorzystanie z tego przepisu jest uzasadnione zwłaszcza w sytuacjach, gdy Zamawiający ma informacje na przykład w oparciu o wiedzę z innych postępowań, że Wykonawca który ma szansę wygrać zamówienie może nie spełniać warunków udziału w postępowaniu. Może to pozwolić na przyspieszenie całej procedury i szybsze wykluczenie Wykonawcy. (...) W przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione przesłanki z art. 26 ust. 2f ustawy, czym Zamawiający naruszył również art. 26 ust. 1 ustawy. (...) Mając na uwadze przedstawione powyżej stanowisko wskazać należy, iż również naruszenie ww. przepisów mogło mieć wpływ na krąg potencjalnych Wykonawców, a tym samym naruszało również art. 7 ust. 1 Pzp.

Opisane powyżej naruszenia należy więc kwalifikować jako wadę postępowania, która w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, może skutkować uznaniem zawartej umowy w takim postępowaniu jako nieważnej. Charakter wad postępowania niewątpliwie wpływa na krąg potencjalnych wykonawców gdyż brak sprecyzowania równoważności w zakresie dopuszczalnych certyfikatów, mógł eliminować Wykonawców dysponujących innymi certyfikatami. (...)

Wskazane wyżej wady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie wymaganych certyfikatów bez dopuszczenia ich równoważności, na obecnym etapie postępowania mają charakter nieusuwalny. Wskazany opis przedmiotu zamówienia jest elementem znaczącym i warunkującym złożenie prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych Wykonawców. (...).

Jak wynika z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zdaniem Izby zamawiający unieważniając postępowanie naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący słusznie zarzucił zamawiającemu, że pierwotny wymóg złożenia wraz z ofertą atestu PZH na myjnie oraz deklaracji zgodności wraz z CE na syfon dla oferowanych umywalek lekarskich, wynikający z pkt 11 załącznika nr 5 do SIWZ, został przez zamawiającego uchylony na mocy odpowiedzi na pytanie nr 180 z dnia 17 lipca 2020 r.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego z pisma procesowego z dnia 3 listopada 2020 r., jakoby odpowiedź na pytanie nr 180 z dnia 17 lipca 2020 r. dotyczyła wyłącznie zestawów do angiografii, o których mowa w pkt 1 załącznika nr 5 do SIWZ. Zdaniem Izby wykładnia udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 180 z uwzględnieniem treści pytania nie uprawniała do wyciągnięcia takiego wniosku.

Zamawiający w dniu 17 lipca 2020 r. odpowiadał na pytanie jednego z wykonawców o treści:

„Dot. Załącznika nr 5 do SIWZ pkt. VIII 272, IX 298, X 326; X 365 oraz pozostałych, których dotyczy - ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ APARATURA I SF MEDYCZNY

W celu uniknięcia wątpliwości na etapie składania ofert, zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający będzie wymagał dostarczenia opisanych tamże projektów / dokumentacji w późniejszym etapie postępowania / realizacji zamówienia, na wezwanie Zamawiającego, a nie razem z Ofertą.”

Zamawiający ustosunkowując się do tak zadanego pytania udzielił odpowiedzi nr 180 o treści: „Zamawiający wymaga dostarczenia ww dokumentów/ projektów na etapie realizacji danego etapu inwestycji.”

Rzeczywiście zacytowane pytanie dotyczyło także pkt. VIII 272, IX 298, X 326; X 365 załącznika nr 5 do SIWZ które faktycznie nawiązywały do zestawu do angiografii, opisanego w pkt 1 załącznika nr 5 do SIWZ i gdzie pojawiały się jednostki redakcyjne o nr VIII 272, IX 298, X 326; X 365. Jednakże z treści zadanego pytania wynikało również jednoznacznie, że dotyczyło także pozostałych punktów załącznika nr 5 do SIWZ. Być może intencją zamawiającego było ograniczenie udzielonej odpowiedzi jedynie do treści pkt 1 pkt. VIII 272, IX 298, X 326; X 365, jednakże takie intencje nie znalazły odzwierciedlenia w treści udzielonej odpowiedzi. W tej sytuacji decydujące znaczenie należało przypisać treści udzielonej odpowiedzi, a nie niewynikającym z niej intencjom. To bowiem odpowiedź, a nie intencje przyświecające zamawiającemu wiążą wykonawców. Wykonawcy mają prawo działać w zaufaniu do czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że odpowiedź na pytanie nr 180 z dnia 17 lipca 2020 r. uchylała obowiązek złożenia wraz z ofertą wszystkich dokumentów, o których mowa w załączniku nr 5 do SIWZ, w tym dokumentów z pkt 11 załącznika nr 5, gdzie sformułowano sporny wymóg złożenia wraz z ofertą atestu PZH, na myjnie oraz deklaracji zgodności wraz z CE na syfon dla oferowanych umywalek lekarskich.

Na marginesie, nawet gdyby jednak przyjąć, z czym Izba się nie zgadza, że istniał obowiązek złożenia spornych dokumentów wraz z ofertą, to z ostrożności można powiedzieć, że ten fakt niekoniecznie naruszałby art. 26 ust. 2f i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Rzeczywiście, zasadą wynikającą z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest, że tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, składane są dopiero na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta jest oceniana jako najkorzystniejsza. Jednakże zamawiający może żądać złożenia przez wykonawców określonych dokumentów wcześniej. Zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp zamawiający może wezwać wykonawców do złożenia dokumentów na każdym etapie postępowania, jeśli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Nie jest sporne w orzecznictwie i doktrynie, że takim wcześniejszym etapem może być również etap złożenia oferty. Można również wyobrazić sobie argument o konieczności złożenia spornych dokumentów na etapie składania ofert wskazując, że jest to warunek ustalenia, która oferta jest oceniana jako najkorzystniejsza, co przyspiesza tok postępowania.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający nie sprostął również obowiązкови wykazania wpływu lub potencjalnego wpływu domniemanego naruszenia art. 26 ust. 1 i art. 26 ust. 2f ustawy Pzp na wynik postępowania. Nawet przyjmując hipotetycznie, że wykonawcy nielegalnie zostali zobowiązani do złożenia dokumentu wcześniej, niż na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie oznaczało to jeszcze, że domniemane naruszenie miało jakikolwiek wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie i tak musieli dysponować spornymi dokumentami. Konieczność pozyskania ich kilka dni lub tygodni wcześniej, w przypadku postępowania z długim terminem składania ofert, nie wpływała nawet potencjalnie na wynik postępowania, a przynajmniej nic takiego Izbie nie wykazano.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie potwierdziła się sporna podstawa faktyczna unieważnienia postępowania, mająca polegać na sprzecznym z art. 26 ust. 1 i art. 26 ust. 2f ustawy Pzp żądaniu złożenia wraz z ofertą atestu PZH na myjnie oraz deklaracji zgodności wraz z CE na syfon dla oferowanych umywalek lekarskich.

Zdaniem Izby chybiona okazała się także druga podstawa faktyczna kwestionowanej czynności unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania zamawiający wskazał, że żądał złożenia atestu PZH na myjnie oraz deklaracji zgodności wraz z CE na syfon dla oferowanych umywalek lekarskich bez określenia jakie certyfikaty oraz dokumenty uzna za równoważne do wymaganych.

Rzeczywiście, zamawiający w SIWZ nie wskazał na możliwość złożenia certyfikatu lub dokumentu równoważnego do dokumentów opisanych w pkt 11 załącznika nr 5 SIWZ. Nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby możliwość złożenia certyfikatu lub dokumentu można było wywieść z pkt III. 6 SIWZ. W powoływanym przez odwołującego postanowieniu zamawiający zastrzegł, że „wszędzie tam gdzie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załącznikach, zostały w opisie przedmiotu wskazane znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę – Zamawiający dopuszcza metody, materiały, urządzenia, technologie itp. równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia, rozumiane jako wykonane przez dowolnych producentów przy zachowaniu identycznych lub lepszych parametrów technicznych i walorów użytkowych oraz w pełni kompatybilnych z resztą urządzeń pod warunkiem, iż spełnią one te same właściwości techniczne oraz na etapie realizacji uzyskają akceptację Zamawiającego. Decyzje Zamawiającego w tym zakresie oparte będą na wymaganiach sformułowanych w dokumentach umowy, a także normach i wytycznych. Parametry wskazanego standardu określają minimalne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, jakościowe i funkcjonalne, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia. Wskazane marki, nazwy producenta, znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty – służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określeniu właściwości, wymogów technicznych produktu, metody, materiałów, urządzeń, technologii, itp. załączonych w treści SIWZ oraz załącznikach”. Z przywołanego postanowienia wprost wynikało, że zamawiający jedynie dopuścił metody, materiały, urządzenia, technologie itp. równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, urządzeń lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Jak wynikało z powyższego zapis z pkt III. 6 SIWZ nie dotyczył dokumentów równoważnych do wymaganego atestu czy deklaracji zgodności.

Nie można było się jednak zgodzić z zamawiającym, że powyższy brak skutkował koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Jak słusznie dostrzegł odwołujący, zgodnie z art. 30 b ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku wymagania przedstawienia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Stosownie zaś do art. 30 b ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Przywołane przepisy przyznają wykonawcom uprawnienie do przedstawienia – w określonych sytuacjach – innych dokumentów niż tylko certyfikaty wydane przez określoną jednostkę oceniającą zgodność. W konsekwencji nawet jeśli zamawiający wprost nie wskaże w postanowieniach SIWZ na taką możliwość, to wykonawcy i tak będą uprawnieni do posiłkowania się takimi dokumentami. Brak powtórzenia w treści SIWZ przepisów art. 30b ust. 3 czy art. 30 b ust. 4 ustawy Pzp zatem w żaden sposób nie ograniczał wykonawców w możliwości dowodzenia zgodności oferowanych przez nich dostaw z wymaganiami zamawiającego w sposób wskazany w tych przepisach. Z tych samych względów nie podzielono stanowiska zamawiającego, iż niewskazanie na możliwość złożenia dokumentów równoważnych do wymienionych w pkt 11 załącznika nr 5 do SIWZ ograniczyło konkurencję w postępowaniu prowadząc do niemożności złożenia ofert przez jakichś wykonawców. Jak bowiem wskazano wcześniej, zapisy SIWZ nie wykluczały ustawowej możliwości posiłkowania się dokumentami, o których mowa w art. 30b ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp. W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby. Brak w treści SIWZ odwołania do art. 30b ust. 4 PrZamPubl nie oznacza, że zamawiający nie jest obowiązany do jego stosowania. Wskazany przepis jest bowiem przepisem bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), zawierającym nakaz, od wypełnienia którego nie można się uchylić. Zamawiający, do którego przytoczona norma jest skierowana, zobowiązany jest zachować się zgodnie z jej treścią (wyr. KIO z 10.12.2019 r., KIO 2389/19, za Legalis). Wada nie jest zatem nieusuwalna, gdyż stosując art. 30b ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp wykonawcy mają możliwość przedstawienia dokumentów równoważnych do wymaganych.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zaskarżona czynność unieważnienia postępowania z takim uzasadnieniem faktycznym, jakie sporządzono w dniu 2 października 2020 r., nie odpowiada prawu i musi zostać unieważniona.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów unieważnił bowiem postępowanie.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono zatem w całości zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby w wysokości 229 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....