

WYROK

z 17 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2022 r. przez wykonawcę G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. K. DIAG-MED z siedzibą w Pruszkowie, w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach,

przy udziale wykonawcy SYSMEX Polska sp. o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach, i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. K. DIAG-MED z siedzibą w Pruszkowie, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Puławach na rzecz Odwołującego G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. K. DIAG-MED z siedzibą w Pruszkowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2902/22

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dzierżawa analizatorów hematologicznych z dostawą odczynników dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Puławach”, nr referencyjny ZM 39/230/2022.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

W dniu 2 listopada 2022 roku wykonawca G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. K. DIAG-MED z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Odwołujący lub DIAG-MED) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp -

poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że przyczyny wskazane przez Zamawiającego nie są wadami postępowania i nie uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a w konsekwencji:
2. powrotu do etapu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. zakończenia postępowania przez zawarcie umowy

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Na wstępie Odwołujący przedstawił zarys sprawy:

1. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Puławach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa analizatorów hematologicznych z dostawą odczynników dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Puławach. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa analizatorów hematologicznych z zakupem i dostawą odczynników, dla potrzeb Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Puławach.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający opis wymaganych parametrów zamawianych urządzeń przedstawiony został w Załączniku nr 4 do SWZ pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”.

2. Otwarcie ofert nastąpiło w dn. 5.08.2022 r.

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty :

- Odwołującego - G. K. DIAG MED (ul. Modularna 11 A, bud. H3 02-238 Warszawa) z ceną 338 018,40 zł brutto;
- Wykonawcy - SYSMEX Polska Sp. z o.o. (al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa) z ceną 403 768,80 zł brutto.

Oferta Odwołującego jest pierwszą w kolejności w rankingu ofert najkorzystniejszych. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 380 000,00 zł netto.

3. W dniu 27.09.2022 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.
4. w dniu 29.09.2022 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo wskazujące na nieprawidłowość czynności odrzucenia swojej oferty.
5. w dniu 30.09.2022 r. Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego i dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
6. Zamawiający do dnia 28.10.2022 r. nie zaprosił Odwołującego do zawarcia umowy, unikał kontaktu z Odwołującym.
7. W dniu 28.10.2022 r. Zamawiający dokonał unieważnienia.

Dalej Odwołujący przechodząc do omawiania zarzutu wskazał:

Aby możliwe (i konieczne) było unieważnienie postępowania na podstawie art 255 pkt 6 ustawy Pzp muszą jednocześnie (łącznie) wystąpić trzy przesłanki:

1. Postępowanie jest obarczone wadą;
2. Wada jest nieusuwalna;
3. Wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z przywołanym przepisem koresponduje brzmienie art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przyznającego Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych uprawnienie do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 457 ust. 1.

Odwołujący ocenił, że w przedmiotowym stanie faktycznym wyżej wymienione przesłanki unieważnienia postępowania - nie zaszły.

Odwołujący podniósł, że powodem unieważnienia postępowania są trzy okoliczności, które zdaniem Zamawiającego wskazują na niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który w konsekwencji ma powodować brak możliwości porównania ofert:

- 1) Brak zawarcia w OPZ wymogu posiadania MICRO R i MACRO R przez obydwa analizatory - w zakresie podstawowych parametrów morfologii krwi obwodowej:

Odwołujący zacytował część uzasadnienia unieważnienia postępowania:

„4. Parametry diagnostyczne raportowane na wyniku : MCV, MCH , MCHC, PLT, NEUR # %, LIMPH # % , MONO # % , EO # % , BASO # % , IG # % , MPV # % , P-LCR , PDW , PCT, MICRO R, MACRO R w tym RBC, HCT, HGB, PLT, WBC jako parametry mierzone.”

Zamawiający wymieniając podstawowe parametry morfologii krwi obwodowej nie doprecyzował, że MICRO R i MACRO R wymaga dla obu analizatorów, czego konsekwencją jest złożenie nieporównywalnych ofert, albowiem wykonawca Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zinterpretował ww. zapis, że dotyczy on obu analizatorów, natomiast wykonawca DIAG-MED G. K. z siedzibą w Warszawie, że postawiony wymóg dotyczy tylko jednego z nich.”

Odwołujący wskazał, że tego rodzaju stwierdzenie jest bezpodstawne - podkreślał, że powyższy element w ogóle nie jest wadą postępowania. Przedmiotowy wymóg został

spełniony przez obydwu wykonawców i co istotne - nie powoduje nieporównywalności ofert. Przedmiotowy wymóg nie był kwestionowany przez żadnego wykonawcę.

Odwolujący stwierdził, że Zamawiający próbuje wprowadzić nowy wymóg - wprowadzenia MICRO R i MACRO R dla obydwu analizatorów. Nie jest to natomiast wada obecnego postępowania.

2) Brak zawarcia w OPZ wymogu przesyłania wyników on-line bezpośrednio z analizatora;

Odwolujący zacytował część uzasadnienia unieważnienia postępowania:

„36. Zapewnienie w ramach umowy udziału w zewnętrznej kontroli jakości producenta, wyniki wysyłane on-line po każdym pomiarze.”

Zamawiający zawarł nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, albowiem nie doprecyzował, że wyniki mają być wysyłane automatycznie bezpośrednio z analizatora.”
Odwolujący stwierdził, że sformułowanie to jest wystarczająco precyzyjne i umożliwia

konkurencję. Zewnętrzna kontrola jakości producenta przez wyniki wysyłane on-line po każdym pomiarze jest spełniona przez obydwu wykonawców. W przedmiotowym postanowieniu nie ma nic nieprecyzyjnego. Ewentualna kwestia wysyłania automatycznego - bezpośrednio z analizatora - nie stanowi nieprecyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia, mogłaby stanowić ewentualny kolejny wymóg - prowadzący do ograniczenia konkurencyjności (wskazujący na urządzenie oferowane przez Sysmex).

3) Brak zawarcia w OPZ wymogu, żeby tryb LOW-WBC był wybierany „manualnie”
Odwolujący zacytował część uzasadnienia unieważnienia postępowania:

„Minimum jeden z analizatorów posiada dodatkowy tryb pomiaru WBC przy próbkach leukopenicznych (tzw. LOW WBC) możliwość dodatkowej weryfikacji pomiaru i wyboru tego trybu czasu przez użytkownika.”

Zamawiający zawarł nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, albowiem nie doprecyzował, że tryb LOW WBC ma być wybierany „manualnie”, co wywołało negatywny skutek w postaci odmiennych złożenia nieporównywalnych ofert.”

Odwolujący stwierdził, że sformułowanie to jest wystarczająco precyzyjne i umożliwia konkurencję. Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie upatruje „nieprecyzyjności” w braku wskazania, że tryb „LOW_WBC” ma być wybierany „ręcznie” - zupełnie bezzasadnie. Stanowiłoby to nowy wymóg - prowadzący do ograniczenia konkurencyjności (wskazujący na urządzenie oferowane przez Sysmex).

Dalej Odwołujący wskazał, że co istotne - wszystkie trzy obecnie wskazywane „przyczyny” przez Zamawiającego - to postanowienia zgodne z przepisami, precyzyjne i umożliwiające uczciwą konkurencję. Przyjęcie nowych wymogów (bo do tego sprowadza się obecna próba Zamawiającego) stanowiłoby sprowadzenie treści SWZ pod produkt jednego wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający błędnie upatruje „nieprecyzyjności” w „nieporównywalności” ofert - jego opis przedmiotu zamówienia umożliwia konkurencję wykonawców w ramach przedstawianych przez nich produktów, które są porównywalne. Ewentualne kwestie sposobu uzyskiwania danej funkcjonalności nie mają dla odbiorcy (w tym przypadku Zamawiającego) — żadnego znaczenia.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że przedstawiane przez Zamawiającego przyczyny - w ogóle nie są wadami postępowania, ale wręcz przeciwnie - umożliwiają konkurencję.

Dalej Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego wada postępowania musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający musi więc przyporządkować do stwierdzonej wady postępowania - odpowiednią przesłankę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dn. 27.04.2017 r. o sygn. akt KIO 752/17 oraz wyrok z dn. 22.09.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1893/17.

Ponadto Odwołujący wskazał, że instytucja unieważnienia postępowania nie może być narzędziem w rękach zamawiających do manipulacji postępowaniem przetargowym, które nie ułożyło się po ich myśli, przywołujący wyrok KIO z dn. 30.11.2020 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2941/20.

Odwolujący podkreślił, że instytucja unieważnienia postępowania nie może być nadużywana, bowiem doprowadziłoby to do swoistej patologii w zamówieniach publicznych. Jako przykład wskazał, że zamawiający mogliby celowo wprowadzać błędy czy też nieprecyzyjność w opisie przedmiotu zamówienia celem unieważnienia postępowania i rozpisania na nowo

nowego, już z tzw. „odkrytymi kartami”, tj. pełnymi wycenami wykonawców, jest to o tyle istotne, że tzw. „odkrycie kart” nawet przy lekko zmienionej SWZ niweluje jakakolwiek przewagę konkurencyjną jednego wykonawcy nad drugim. Odwołujący wskazał, że właśnie w takiej sytuacji znajduje się on obecnie, bo przygotował wiążącą ofertę, spełniającą wymagania zamawiającego, mieszczącą się w budżecie i co najważniejsze bardziej konkurencyjną cenowo od pozostałych wykonawców. Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a nie rozszerzającej.

Odwołujący podkreślił również, że w niniejszej sytuacji Zamawiający nie podał uzasadnienia dla wszystkich przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien wykazać:

- wadę,
- niemożliwość do usunięcia,
- uniemożliwienie zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym przypadku Zamawiający wskazał jedynie „wady” oraz zawarł twierdzenie co do „niemożliwości do usunięcia” natomiast nie uzasadnił, dlaczego wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający ograniczył się jedynie do głoślowego stwierdzenia „należy wyjaśnić, że zachodzi związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy faktem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny a faktem, iż złożono do postępowania nieporównywalne oferty, a wynikowo, koniecznością unieważnienia ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wykazać, że niemożliwe jest zawarcie umowy „niepodlegającej” unieważnieniu. Określenie to oznacza, że Zamawiający musi wykazać, że zawarcie umowy w obecnym kształcie - spowodowałoby, że podlegałaby ona unieważnieniu. W tym miejscu Odwołujący przywołał

wyroki KIO z dn. 18.11.2021 r. sygn. akt KIO 3204/21 oraz z dn. 27.12.2021 r. sygn. akt KIO 3596/21.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający całkowicie błędnie przyporządkował „przyczyny” które wskazał w unieważnieniu - z „wadą postępowania” o której mowa w art. 255 pkt 6 Pzp. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w nieprawidłowy sposób interpretuje orzecznictwo, które przytoczył w treści unieważnienia postępowania. Odwołujący podniósł, że uwzględnienie obecnej czynności Zamawiającego doprowadziłoby do tego, że Zamawiający ograniczyłby opis przedmiotu zamówienia do jednego wykonawcy a ponadto - w sposób arbitralny zmieniałby wymagania SWZ po terminie składania ofert.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów Odwołujący wskazał, że zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutu nr 1. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - nie unieważniłby go. W takim przypadku zamówienie uzyskałby Odwołujący, bowiem jego oferta nie podlegała odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jako że zaoferował on najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia. W związku z tym zasadne jest sformułowanie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 15 listopada 2022 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca SYSMEX Polska sp. o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego odpowiada prawdzie, więc nie wymaga powtórzenia. Uzupełniająco Izba ustaliła, że Zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania z dn. 8.10.2022 r., Wskazał co następuje "Zamawiający, działając na mocy art. 260 ustawy z dnia 11 września 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp, zawiadamia o unieważnieniu postępowania.

Podstawa prawna — art. 255 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych — postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający wszczął ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jego przebieg oraz złożone oferty stanowią dowód na okoliczność, że kumulatywnie obarczone jest ono dwoma wadami.

Pierwsza polega na tym, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, druga natomiast, że w ramach sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia zawarł wzajemnie sprzeczne zapisy, których spełnienie jest „jednocześnie” niemożliwe. Nadto co najistotniejsze, że po momencie złożenia ofert, tej wady już nie sposób uchylić, gdyż skutek w postaci wady postępowania jest już trwały i nieodwracalny. 1.

4	Parametry diagnostyczne raportowane na wyniku: MCV, MCH, MCHC PLT. IIMPH # £0#%/. baso#%./G # 96, PQCR PDW, MICRO R. MACRO R w tym RBC, HCT, HGBc PU, WBC jako parametry mierzone
	Zamawiający wymieniając podstawowe parametry morfologii krwi obwodowej nie doprecyzował, że MICRO R i MACRO R wymaga dla obu analizatorów, czego konsekwencją jest złożenie nieporównywalnych ofert, albowiem wykonawca Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zinterpretował ww. zapis, że dotyczy on obu analizatorów, natomiast wykonawca DIAG-MED G. K. z siedzibą w Warszawie, że postawiony wymóg dotyczy tylko jednego z nich. 2.
36	Zapewnienie w ramach umowy udziału w zewnętrznej kontroli jakości producenta, wyniki wysyłane on-line po każdym pomiarze

Zamawiający zawarł nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, albowiem nie doprecyzował, że wyniki mają być wysyłane automatycznie bezpośrednio z analizatora.

3. Minimum jeden z analizatorów posiada dodatkowy tryb WBC przy próbkach leukopenicznych (tzw. LOW WBC) możliwość dodatkowej weryfikacji pomiaru i wyboru tego

trybu przez użytkownika.

Zamawiający zawarł nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, albowiem nie doprecyzował, że tryb LOW-WBC ma być wybierany „manualnie”, co wywołało negatywny skutek w postaci odmiennych złożenia nieporównywalnych ofert.

Sporządzony opis przedmiotu zamówienia był dalece nieprecyzyjny, a tym samym pozostający w kolizji z treścią art. 99 ust. 1 ustawy PZP, która nakazuje, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym Zamawiający zmuszony jest stwierdzić, że jego opis nie spełnia ww. wymogu i że naruszył on zasadę uczciwej konkurencji (art. 99 ust. 4 PZP).

W związku z powyższym Zamawiający zmuszony jest podjąć decyzję o unieważnieniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie to obarczone jest wadą o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP, z którego dyspozycji wynika, że unieważnia się postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy wyjaśnić, zachodzi bezpośredni związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy faktem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny a faktem, iż złożono do postępowania nieporównywalne oferty, a wynikowo, koniecznością unieważnienia ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób opisany powyżej, nie pozwala Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w ustawowym rozumieniu tego pojęcia, która zaspokaja usprawiedliwione potrzeby Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić Wykonawcom na przygotowanie oferty. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, że w przepisach PZP ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SWZ. Jeżeli więc, tak jak ma to miejsce w tym przypadku, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert przez Wykonawców, to ma on obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności, unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP. Wada w niniejszym postępowaniu uzasadniająca unieważnienie postępowania istotna i nieusuwalna, a przede wszystkim niesie ryzyko uzyskania przedmiotu zamówienia nie odpowiadającego rzeczywistym intencjom i potrzebom Zamawiającego. (KIO 1869/17).

Zważyć bowiem należy, że na obecnym etapie postępowania (po złożeniu ofert), nie ma jakiegokolwiek możliwości „poprawienia” sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia. Usunięcie tych wad jest niemożliwe inaczej niż poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem absolutnie „paraliżują” one całe postępowanie.

Na przesłankę z pkt 6 art. 255 ustawy PZP składają się dwie okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje unieważnienie postępowania. Po pierwsze, konieczne jest istnienie tak istotnej wady postępowania, że jest ona niemożliwa do usunięcia — a przez to uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania, która ma być podstawą jego unieważnienia, musi mieć więc charakter nieusuwalny i powodujący równocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek istnienia tej wady, względnie nieważna (będzie podlegać unieważnieniu). Ze względu na użycie przez ustawodawcę zwrotu „(...) postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (...)” wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie procedur sanacyjnych. Za wyrokiem KIO z 11 kwietnia 2013 r., KIO 741/13: „Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma

skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy określa art. 146 ust. 1 PZP (ustawy z 2004 r.)". Po drugie, należy dodać, że wada, o której mowa w art. 255 pkt 6 PZP, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania.

Treść art. 255 pkt 6 PZP nie pozostawia zatem wątpliwości, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi być obarczone stwierdzoną przez zamawiającego wadą, która na danym etapie postępowania, na którym została stwierdzona, nie może być usunięta. Tym samym na tym etapie postępowania, na jakim się ono obecnie znajduje, Zamawiający nie może zastosować żadnej z procedur sanacyjnych przewidzianych ustawą — Prawo zamówień publicznych w celu usunięcia stwierdzonej wady (por. wyr. KIO z 28 maja 2010 r., KIO 889/10).

Per analogia por. zgodnie z wyr. z 11 lutego 2013 r., KIO 224/13: „W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 146 ust. 6 PZP (ustawy PZP z 2004 r., który to przepis jest identyczny z zakresem art. 255 pkt 6 ustawy PZP z 2019 r.). Stwierdzone wady postępowania mogły bowiem mieć znaczący wpływ na jego wynik, gdyż z uwagi na sprzeczne z regulami ustawowymi niesprecyzowanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie można było na warunkach porównywalnych doprowadzić do wyboru oferty. Zachodziły wszelkie podstawy do stwierdzenia, iż jest ono obarczone wadą nieusuwalną i niemożliwą do usunięcia na rozważanym etapie postępowania. Zamawiający nie mógł uzupełnić treści ogłoszenia i siwz w zakresie warunków udziału przez wskazanie jakich zezwoleń wymaga od wykonawcy. Wykonawcy również nie mogą uzupełnić złożonych ofert ponad dokumenty wymagane. (...) Brak jednoznacznej informacji o tym jakie uprawnienia pozwalają na udział w przetargu, a szczególnie reakcja wykonawców wskutek tego zaniechania mogłaby wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechania zamawiającego spowodowały rozbieżność w rozumieniu warunku przez wykonawców oraz pozostawiły decyzje o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień wykonawcom. Tym samym skutkowało to wadą postępowania niemożliwą do usunięcia, która stanowi obligatoryjną przesłankę unieważnienia przetargu”.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Stosownie do art. 255 pkt. 6 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.

ustawy Pzp, stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

ustawy Pzp stanowi, że:

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo

art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust. 1.

3. Unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. 1578 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 11).

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Kodeksu cywilnego stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z przepisem ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie do tezy orzeczenia KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2055/17 z 17.10.2017 r., w którym wskazano, że "Do zastosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. ze zm.) koniecznym jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek, do których należy ustalenie, iż: 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie - wady postępowania, 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia umowy. Przy czym należy tu brać pod uwagę zarówno wady postępowania stypizowane w Prawie zamówień publicznych, jak i wady postępowania polegające na dokonaniu przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a więc mieszczące się w klauzuli art. 146 ust. 6 omawianej ustawy. Zamawiający, aby uzasadnić skorzystanie z tego instrumentu, zwłaszcza przy powołaniu się na przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, winien wykazać, że postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji zauważonych przez zamawiającego nieprawidłowości. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem". {Co prawda wskazane orzeczenie dotyczy poprzedniej ustawy, jednak przepis o unieważnieniu postępowania z uwagi na wadę, ma brzmienie analogiczne do jego brzmienia w poprzedniej ustawie, stąd orzeczenia do tego przepisu należy uznać za aktualne.} Tym samym, wada postępowania skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania musi

stanowić niejako wadę „kwalifikowaną” skutkiem jakim jest niemożność zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. W ocenie Izby, prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego wątpliwości co do treści postanowień SWZ, stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania nie są wątpliwościami, które winny skutkować unieważnieniem postępowania. Po analizie SWZ Izba doszła do przekonania, że Zamawiający ma możliwość badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu. W ocenie Izby, nieprawidłowości zauważone przez Zamawiającego nie stanowią wady, która uzasadnia unieważnienie postępowania, gdyż nieprawidłowości te (jeśli w ogóle można mówić o ich wystąpieniu) nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego wyrażonego w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania, że „że na obecnym etapie postępowania (po złożeniu ofert), nie ma jakiegokolwiek możliwości „poprawienia” sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia. Usunięcie tych wad jest niemożliwe inaczej niż poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem absolutnie „paraliżują” one całe postępowanie.” Oczywiście na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości poprawienia czy też jakiegokolwiek zmiany opisu przedmiotu zamówienia, jednakże w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu nie jest to konieczne dla jego rozstrzygnięcia. Jak wskazano powyżej, niedopuszczalne jest podejmowanie przez Zamawiających arbitralnych decyzji o unieważnieniu postępowania bez wypełnienia przesłanek przewidzianych ustawą, gdyż celem każdego postępowania jest udzielenie zamówienia. Izba analizując przebieg postępowania dostrzegła, że Zamawiający wykazywał się dużą niepewnością co do postawionych przez siebie wymagań, na co wskazuje uchylanie każdej z dotychczasowych decyzji o wyborze/ odrzuceniu oferty. To właśnie te działania Zamawiającego i brak jego konsekwencji „paraliżowały” postępowanie. W ocenie Izby, przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, pozwalał na identyfikację zamówienia i wymagań Zamawiającego. Tezę tę potwierdza również brak pytań wykonawców na etapie przed składaniem ofert, w zakresie elementów OPZ, w których Zamawiający dopatruje się niejednoznaczności. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w przypadku istnienia wątpliwości co do sposobu rozumienia poszczególnych postanowień SWZ podlegają one wykładni. Ocena wymagań Zamawiającego, winna być dokonywana zgodnie z ich literalnym brzmieniem i uwzględnieniem techniki opisywania przedmiotu zamówienia stosowanej przez Zamawiającego. Fakt konieczności pewnej interpretacji czy też wykładni postanowień SWZ nie przesądza jeszcze o wystąpieniu wady o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Izba doszła do przekonania, że postanowienia SWZ wskazane przez Zamawiającego jako podstawa do unieważnienia postępowania są na tyle precyzyjne, że mogą być one podstawą badania i oceny ofert. Tym samym, Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że wątpliwości interpretacyjne są tak duże, że uniemożliwiają osiągnięcie celu postępowania jaki Zamawiający założył. Nie potwierdzają tego złożone oferty. W wielu przypadkach jest tak, że wykonawcy w jakiś sposób interpretują SWZ lecz kluczową kwestią jest czy taka interpretacja jest uzasadniona w świetle postanowień SWZ i stanowi ona podstawę do oceny oferty, a nie do unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do poszczególnych aspektów w których Zamawiający dopatrywał się niejednoznaczności należy zauważyć co następuje. Izba uwzględniła zarzut Odwołującego uznając, że postanowienia SWZ są wystarczająco jasne i precyzyjne dla dokonania badania i oceny ofert, jednakże częściowo nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do sposobu odczytywania wymagań SWZ.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego zawierał zapisy wewnętrznie sprzeczne (wykluczające się), co czyniło niemożliwym złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. W trakcie rozprawy Zamawiający doprecyzował, że owej sprzeczności dopatruje się w związku z tym, że tytuł załącznika dot. automatycznych analizatorów hematologicznych w liczbie mnogiej, co miało sugerować, iż wszystkie postanowienia odnoszą się do obu oferowanych analizatorów, po czym został wprowadzony wyjątek dot. trybu pomiaru WBC, który dot. tylko jednego z analizatorów (...). Jako przykład owej sprzeczności podał Zamawiający również parametr z wiersza 4 - Mikro R i Makro R, gdzie jeden z wykonawców uważał, iż powinien zaoferować oba analizatory realizujące tę funkcjonalność, a drugi z wykonawców uznał, że wystarczające jest, żeby analizator główny realizował tę funkcjonalność. Izba ustaliła i zważyła w tym zakresie, że tytuł Załącznika nr 4 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia Automatyczne analizatory hematologiczne jest uzasadniony ze względu na fakt, iż Zamawiający zamierza wydzierżawić dwa analizatory: główny i zastępczy, co wynika z pkt 1 i

3 ww. załącznika. Jednocześnie Zamawiający w przedmiotowym załączniku wskazywał, które z wymagań ma spełniać co najmniej jeden z analizatorów np. w pkt 5 i 7 używając sformułowania „jeden z analizatorów”. Takie spełnianie poszczególnych wymagań, było więc precyzyjnie wskazane. Zamawiający w opisie pozycji 4 obejmującej m.in. parametry MICRO R, MACRO R nie zastosował sformułowania „jeden z analizatorów”, wobec czego należy przyjąć, że wymaganie to dotyczy obu analizatorów. Tym samym, z systematyki opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż nieuzasadniona jest interpretacja tego postanowienia dokonana przez Odwołującego i wskazująca, że wymagania opisane w poz. 4 Załącznika nr

4 do SWZ powinny być spełnione tylko przez jeden z analizatorów. Tym bardziej, że poz. 4 wskazywała na kilka parametrów, a tylko dwa z nich nie są spełnione przez aparat zastępczy oferowany przez Odwołującego. Odwołujący nie przedstawił racjonalnej argumentacji przemawiającej za odczytaniem wymagań z poz. 4 Załącznika nr 4 do SWZ, zgodnie z jego oczekiwaniami. Dla oceny wymagań Zamawiającego bez znaczenia obecnie jest argumentacja, iż te dwa parametry mają charakter poboczny i nie są używane jako rutynowe. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia jednoznacznie sprecyzował swoje wymagania co do konieczności raportowania również tych dwóch parametrów, więc taką argumentację należy uznać za spóźnioną.

Co do aspektu OPZ określonego w poz. 36 „Zapewnienie w ramach udziału w zewnętrznej kontroli jakości producenta, wyniki wysyłane on-line po każdym pomiarze”. Izba doszła do przekonania, że również to postanowienie jest precyzyjne. Izba w tym zakresie podziela stanowisko Odwołującego, iż ewentualna kwestia wysyłania automatycznego - bezpośrednio z analizatora - nie stanowi nieprecyzyjności. W ocenie Izby, w sytuacji gdy Zamawiający nie dookreślił, iż wysyłanie ma nastąpić automatycznie to oznacza to jedynie tyle, że sposób wysyłania wyników (oprócz tego, że ma się to odbywać on-line) nie był dla Zamawiającego istotny. Tym samym, wymaganie to zostaje spełnione zarówno przez automatyczne ich wysyłanie bezpośrednio z analizatora jak i wysyłanie ich przez pracownika Zamawiającego. Jeśli Zamawiający, na etapie przygotowania postępowania nie uznał za wskazane doprecyzowanie tej kwestii, to ryzyko związane z otrzymaniem ofert prezentujących różne rozwiązania obciąża Zamawiającego, jednakże nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

W zakresie ostatniej z „nieprecyzyjności” podnoszonej przez Zamawiającego tj. dot. wymagania umiejscowionego pod tabelą w Załączniku nr 4 do SWZ „Minimum jeden z analizatorów posiada dodatkowy tryb pomiaru WBC przy próbkach leukopenicznych (tzw. LOW WBC) możliwość dodatkowej weryfikacji pomiaru i wyboru tego trybu czasu przez użytkownika.”, Izba również stwierdziła, iż wymaganie to jest precyzyjne. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wymaganie wyboru „manualnego” trybu LOW-WBC jest nowym wymogiem. W przedmiotowym postanowieniu Zamawiający zawarł wymaganie, aby tryb mógł być wybierany przez użytkownika, a tym samym oczekiwał możliwości podjęcia działania w celu weryfikacji pomiaru po podjęciu czynności przez użytkownika, a nie automatycznego działania przez analizator.

Bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje argumentacja Odwołującego, iż raz Zamawiający wymaga automatycznego realizowania określonych funkcji a raz manualnego, a takie działanie jest nie racjonalne. Takie postanowienia znalazły się w SWZ, Odwołujący ich nie kwestionował na etapie przed złożeniem ofert, tym samym na obecnym etapie postępowania są one niewzruszalne. Podobnie ma się rzecz ze stanowiskiem Odwołującego, co do potencjalnego naruszenia konkurencji (które nie zostało wykazane) - Odwołujący składając ofertę zaakceptował wymagania SWZ i złożona oferta winna im odpowiadać.

Izba uznała dowody składane przez Odwołującego w toku rozprawy, a dotyczące skutków wprowadzenia wybranych parametrów do SWZ, czy też informacji z innych postępowań za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i powołane jedynie dla zwłoki, gdyż nie dotyczyły przedmiotu sporu.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że postępowanie nie podlegało unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a tym samym odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: