

Sygn. akt: KIO 882/23

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2023 r. przez wykonawcę „Gespar” - G. P., M. S. - Sp. J. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Powiatowy GAJDA - MED Sp. z o.o. z siedzibą w Pułtusk,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 6,
 - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego 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 tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 882 zł 50 gr (słownie: dziesięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., 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 882/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Szpital Powiatowy GAJDA - MED Sp. z o.o. z siedzibą w Pułtusk – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy kompresorów, pieluchomajtek, podkładów oraz narzędzi laryngologicznych do Szpitala Powiatowego GAJDA - MED Sp. z o.o.”, numer referencyjny: 02/PN/ZP/2023. Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00065482/01 z dnia 27 stycznia 2023 r.

W dniu 29 marca 2023 r. wykonawca „Gespar” - G. P., M. S. - Sp. J. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w zakresie części 6 zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- I. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 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 zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także Zamawiający nie wykazał, że wskazane w uzasadnieniu przyczyny unieważnienia - uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- II. art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu, a oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wniósł o:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że:

Zarys wstępny sprawy:

1. Szpital Powiatowy GAJDA - MED Sp. z o.o. (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy kompresorów, pieluchomajtek, podkładów oraz narzędzi laryngologicznych do Szpitala Powiatowego GAJDA - MED Sp. z o.o.”, numer referencyjny: 02/PN/ZP/2023.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Odwołanie dotyczy części nr 6 Postępowania - „Zadanie Nr 6 - Pieluchomajtki”.

2. Przedmiotem zamówienia w części 6 Postępowania jest dostawa pieluchomajtek. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto we wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób (dosłowny cytat):

Pieluchomajtki oddychające dla dorosłych rozmiar L posiadające elastyczne przylepca rzepy mocujące wielokrotnego użytku, podwójne ,pochłaniacz zapachów, falbanki boczne skierowane na zewnątrz zapobiegające wyciekom, dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył - idealne dopasowanie do ciała, wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy, wewnętrzna (stykająca się ze skórą), jak zewnętrzna warstwa wykonana z materiału przepuszczającego powietrze, dwustrefowa włóknina - w części hydrofobowa i w części hydrofilowa. Rozmiar 100-150cm.

Pieluchomajtki oddychające dla dorosłych rozmiar XL posiadające elastyczne przylepca rzepy mocujące wielokrotnego użytku, podwójne ,pochłaniacz zapachów, falbanki boczne skierowane na zewnątrz zapobiegające wyciekom, dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył - idealne dopasowanie do ciała, wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy, wewnętrzna (stykająca się ze skórą), jak zewnętrzna warstwa wykonana z materiału przepuszczającego powietrze, dwustrefowa włóknina - w części hydrofobowa i w części hydrofilowa. Rozmiar 130-170cm

3. Ponadto, w Wyjaśnieniach treści SWZ nr 3 z dn. 2.02.2023 r. Zamawiający

odpowiadając na pytanie dot. opisu przedmiotu zamówienia w zakresie

pieluchomajtek, wskazał:

Pytanie 8: Czy Zamawiający wymaga w przedmiocie zamówienia (zadanie 6, pozycje: 1 i 2)

złożenia oferty na pieluchomajtki dla dorosłych pokryte laminatem paroprzepuszczalnym na całej powierzchni - w części centralnej i bocznej? Zastosowanie laminatu paroprzepuszczalnego jedynie w części centralnej z włókniną po bokach (która nie jest pokryta tym laminatem) stanowi ryzyko przeciekania boków pieluchomajtki, szczególnie przy obfitych mikcjach?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga jak SWZ.

W szczególności Zamawiający w ww. odpowiedzi w żaden sposób nie zanegował twierdzenia, iż wymóg opisu przedmiotu zamówienia dotyczący laminatu odnosi się do pieluchomajtek, do całej ich powierzchni, a nie ściągaczy.

4. Otwarcie ofert nastąpiło w dn. 6.02.2023 r.

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Wykonawca	Cena brutto
NEUCA S.A.	71.148,00 zł
BIALMED Sp. z o.o.	85.950,90 zł
GESPAR G.P., M. S. Sp.j.	84.546,00 zł
Konsorcjum: CITONET Warszawa Sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A.	133.959,00 zł

5. W dniu 10.03.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy NEUCA S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu - w części nr 6.

6. W dniu 14.03.2023 r. Odwołujący - Gespar wniósł odwołanie (KIO 712/23) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przedmiotem zarzutów odwołania była kwestia oceny zgodności oferty NEUCA S.A. z warunkami zamówienia. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 24.03.2023r. W dniu 27.03.2023r. Krajowa Izba Odwoławcza poinformowała o zniesieniu terminu posiedzenia w niniejszej sprawie.

7. W dniu 24.03.2023 r. Zamawiający dokonał unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, uzasadniając to w następujący sposób:

Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania uznał, że opis przedmiotu

zamówienia dla części 6 został określony w sposób niejednoznaczny oraz niezrozumiały, co Wykonawcom mogło sprawić trudność w sporządzeniu prawidłowej oferty i doprowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w części 6 został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równie traktowanie potencjalnych Wykonawców. Nadmieniam, że celem wszczętego przez Zamawiającego postępowania jest zawarcie ważnej umowy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania należy wskazać co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i

3 Pzp - poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obciążone 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 zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także Zamawiający nie wykazał, że wskazane w uzasadnieniu przyczyny unieważnienia - uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1. W pierwszej kolejności należy wskazać, że aby możliwe (i konieczne) było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp muszą jednocześnie (łącznie) wystąpić trzy przesłanki:

- 1) postępowanie jest obciążone 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 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 Pzp. Przepis ten zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Artykuł 457 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.

Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym wyżej wymienione przesłanki unieważnienia postępowania nie zaszły, bowiem okoliczności jakie Zamawiający uznał za „wady postępowania” w istocie nie są wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Żadna z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego nie mogłaby skutkować unieważnieniem umowy w trybie art. 457 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że unieważnienie umowy w sprawie zamówienia możliwe (i konieczne) jest jedynie w przypadku spełnienia którejkolwiek z przesłanek z art. 457 Pzp. Wobec powyższego - pojęcie wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy rozpatrywać w kontekście wystąpienia przesłanek unieważnienia umowy ustanowionych w art. 457 Pzp:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2021 r. • KIO 3596/21

Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przez odniesienie danego

naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały bowiem wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania. Oznacza to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2021 r. • KIO 3134/21

Obecnie obowiązujące przepisy nowej ustawy Pzp, jak słusznie podnosił Odwołujący, ograniczają katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem odpowiednika art. 146 ust. 6 uchylonej ustawy Pzp (przepis ten przewidywał możliwość wystąpienia do sądu przez Prezesa UZP 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). Tym samym ograniczona została możliwość unieważnienia umowy wyłącznie do okoliczności wymienionych enumeratywnie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Unieważnienie postępowania na mocy art. 255 pkt 6 ustawy Pzp musi zatem pozostawać w bezpośredniej korelacji z właściwą przesłanką nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego określoną w art. 457 ustawy Pzp.

2. Zamawiający wskazał następujące okoliczności, które w jego ocenie stanowiły wady postępowania uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia:

- „opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, co Wykonawcom mogło sprawić trudność w sporządzeniu prawidłowej oferty i doprowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu”,
- „przedmiot zamówienia (...) został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równie traktowanie potencjalnych Wykonawców”,

Powyższe okoliczności nie stanowią wady postępowania, ani nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy. Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał również, że:

- „celem wszczętego przez Zamawiającego postępowania jest zawarcie ważnej umowy z

zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i

obiektywizmu.”

Natomiast to stwierdzenie samo w sobie nie jest wskazaniem wady postępowania, a jedynie zasad, które ma obowiązek respektować Zamawiający prowadząc postępowanie. Ponadto przedmiotowe stwierdzenie potwierdza zasadność stanowiska Odwołującego - wynika z niego, że celem wszczętego postępowania jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co oznacza, że unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady. W konsekwencji wykładnia przepisów ustawy Pzp umożliwiających unieważnienie postępowania winna mieć charakter ścisły, nie jest możliwe stosowanie wykładni rozszerzającej.

3. Odnosząc się do przyczyn unieważnienia postępowania - w pierwszej kolejności należy wskazać na ich ogólność oraz brak możliwości ich weryfikacji.

Przede wszystkim Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie nieprecyzyjnie oraz w sposób niezrozumiały określił przedmiot zamówienia. W tych okolicznościach nie sposób zweryfikować, jakie znaczenie dla postępowania miały ww. okoliczności.

Enigmatyczne jest również stwierdzenie o opisanu przedmiotu zamówienia w części 6 „w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równie traktowanie potencjalnych Wykonawców”. Nie wiadomo na przykład, czy stwierdzenie to dotyczy jednego z wymogów OPZ, a jeśli tak to którego konkretnie, czy też większej liczby wymogów.

Takie uzasadnienie należy uznać za wadliwe z uwagi na jego nieprecyzyjność i brak możliwości weryfikacji wskazanych w nim okoliczności. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalone jest stanowisko, że czynność unieważnienia postępowania z uwagi na swoje doniosłe znaczenie powinna być uzasadniona w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie jej prawidłowości.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. • KIO 3811/21

na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znaczenie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej

przysługujących im wobec tej czynności.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. KIO 817/21

Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości. Wykonawcy nie powinni być stawiani w sytuacji, że muszą się domyslać powodów, dla których czynność została dokonana przez Zamawiającego. W razie wniesienia odwołania na czynność zamawiającego unieważnienia postępowania, Izba bada jej zasadność z uwzględnieniem informacji podanych w zawiadomieniu o jej dokonaniu, w szczególności z uwzględnieniem wskazanych okoliczności faktycznych, a nie tylko podanych przepisów prawa, czy fragmentów orzeczeń wydanych w innych sprawach.

4. Żadna ze wskazanych przyczyn unieważnienia postępowania samodzielnie, ani wszystkie łącznie - nie są niemożliwą do usunięcia wadą postępowania, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do każdej z okoliczności wskazanych w zawiadomieniu należy wskazać:

- 1) „opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i

niezrozumiały, co Wykonawcom mogło sprawić trudność w sporządzeniu prawidłowej oferty i doprowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu”

Niezależnie od ogólności oraz brak możliwości weryfikacji - powyższa okoliczność nie stanowi wady postępowania ani nie uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich wykonawców. Świadczy o tym w szczególności treść wniosków o wyjaśnienie treści SWZ. Wnioski te nie dotyczyły wyjaśnienia niezrozumiałych dla wykonawców pojęć w ramach OPZ, ale stanowiły co do zasady zapytania o możliwość modyfikacji wymagań określonych przez Zamawiającego.

Należy również uwzględnić, że opis przedmiotu zamówienia adresowany jest do profesjonalistów - w tym przypadku do podmiotów, które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej sprzedają asortyment będący przedmiotem zamówienia w części 6 (wyroby chłonne w postaci pieluchomajtek) - to jest do producentów i dystrybutorów tych wyrobów.

Gdyby Zamawiający odnosił wskazaną przyczynę unieważnienia do wymagań OPZ, których dotyczyło odwołanie wniesione przez Odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.03.2023 r., na wybór oferty wykonawcy NEUCA S.A. - to wymogi te są w pełni jednoznaczne i zrozumiałe:

- a) wymóg wykonania pieluchomajtek z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni. ale nie przepuszczającego cieczy

Wymóg został opisany w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a jedynie Zamawiający po terminie składania ofert usiłuje odstępować od ustanowionego wymogu.

Wymóg wykonania z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nieprzepuszczającego cieczy odnosi się w sposób jednoznaczny do całego produktu, a nie tylko do dwóch elastycznych ściągaczy taliowych.

Za jednoznacznością wymogu przemawia w szczególności:

- wykładnia językowa:

To pieluchomajtki są przedmiotem zamówienia, a gramatycznie, podmiotem zdania. To do pieluchomajtek odnoszą się wymienione, oddzielone przecinkami cechy i elementy składowe. Wskazuje na to rozbiór składniowy zdania, którym jest opis przedmiotu zamówienia oraz samo pojęcie laminat.

Gdyby Zamawiający faktycznie wymagał pokrycia laminatem (wykonania z laminatu) tylko ściągaczy, nie powinien był przed imiesłowem przymiotnikowym biernym - wykonane postawić przecinka. Imiesłów wykonane spełnia funkcję przydawki i skoro występuje po przecinku, to w sposób oczywisty odnosi się do podmiotu (pieluchomajtki) wymienionego na początku jako kolejna cecha z kolei, a nie do elastycznych ściągaczy, których zwięzła charakterystyka kończy się na sformułowaniu: „-idealne dopasowanie do ciała”.

Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do absurdalnych wniosków, bowiem kolejne wymogi powinny również odnosić się do ściągaczy, a nie do pieluchomajtek -wewnętrzna i zewnętrzna warstwa ściągaczy powinna być zatem z materiału przepuszczającego powietrze oraz ściągacze powinny posiadać dwustrefową włókninę - w części hydrofobową i w części hydrofilową - co byłoby absurdem. Ściągacze taliowe w pieluchomajtkach służą do lepszego dopasowania produktu do ciała, a nie do zapewnienia produktowi przepuszczalności dla powietrza na całej jego powierzchni i nieprzepuszczalności dla cieczy, hydrofobowości oraz hydrofilności.

- wykładnia funkcjonalna

Należy wskazać, że dla podmiotów, które w ramach prowadzonej działalności pieluchomajtki sprzedają (producenci i

dystrybutorzy) i ich używają (szpitale), oczywistym jest przeznaczenie laminatu przepuszczającego powietrze w pieluchomajtkach. Laminat stanowi całość lub część środkową powłoki produktu, zapewnia nieprzepuszczalność dla moczu, na nim umiejscowiony jest celulozowy wkład chłonny i do niego mogą być dołączone pozostałe elementy takie jak: ściągacze taliowe i pachwinowe, falbanki zabezpieczające i przylepce.

Laminat z definicji jest materiałem powstałym przez trwałe połączenie co najmniej dwóch materiałów o różnych właściwościach. W pieluchomajtkach „oddychających” laminat złożony jest z włókniny i folii o właściwościach paroprzepuszczalnych. Ściągacze taliowe są to rozciągliwe elementy wbudowane w powłokę produktu na ograniczonej powierzchni.

Zatem wyrażenie użyte po przecinku w opisie przedmiotu zamówienia:

„wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy” jednoznacznie dotyczy pieluchomajtek, a nie elastycznych ściągaczy jako ich elementu dodatkowego.

- wykładnia autentyczna Zamawiającego

Należy podkreślić, że sam Zamawiający, który jest autorem opisu przedmiotu zamówienia, w wezwaniu do wyjaśnień z 27.02.2023 r. skierowanym do wykonawcy NEUCA, interpretował przedmiotowy wymóg w ten sposób, że dotyczy on wykonania z laminatu pieluchomajtek, a nie elastycznych ściągaczy:

„U Zamawiającego zrodziły się wątpliwości dot. zgodności opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 5 z oferowanym przez Państwa produktem, w szczególności w zakresie posiadania 2 elastycznych ściągaczy taliowych i wykonania pieluchomajtek z laminatu.

Wobec powyższego Zamawiający prosi o złożenie przez Wykonawcę stosownych wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę zapisów dot. opisu przedmiotu zamówienia.”

Natomiast złożone w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnienia wykonawcy Neuca z 02.03.2023 r., nie potwierdzają spełniania wymogu opisanego w wezwaniu Zamawiającego:

„W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 27.02.2022 r. firma NEUCA S.A. wyjaśnia, że w zakresie Zadania nr 6: Pieluchomajtki zaoferowany przez nas asortyment posiada dwa elastyczne ściągacze taliowe wykonane z laminatu”

Wezwanie Zamawiającego z 27.02.2023 r. wraz z wyjaśnieniami wykonawcy NEUCA z 2.03.2023 r. - składałam w załączeniu

Odwolując się do wykładni wymogu dokonywanej przez samego Zamawiającego należy również uwzględnić, że w Wyjaśnieniach treści SWZ nr 3 z dn. 2.02.2023 r., odpowiedź na pytanie 8, Zamawiający w żaden sposób nie zanegował twierdzenia, iż wymóg opisu przedmiotu zamówienia dotyczący laminatu odnosi się do pieluchomajtek, do całej ich powierzchni, a nie ściągaczy. Gdyby było inaczej, to Zamawiający powinien był w sposób jednoznaczny wyjaśnić, że laminatem paroprzepuszczalnym powinny być pokryte lub z niego wykonane elastyczne ściągacze.

b) wymóg umiejscowienia dwóch elastycznych ściągaczy taliowych - z przodu i z tyłu

Wymóg został opisany w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

Żaden z wykonawców nie miał wątpliwości co do sposobu rozumienia niniejszego wymogu. Wykonawcy nie wnosili w tym zakresie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ.

c)

wymóg elastyczności przylepca-rzepów mocujących

Wymóg został opisany w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

Elastyczność przylepca-rzepów oznacza możliwość ich rozciągania się pod wpływem siły i powrotu do pierwotnej postaci po jej ustaniu. Odpowiada to słownikowej definicji pojęcia elastyczności. Za słownikiem języka polskiego PWN „elastyczny” to:

1. «dający się odkształcać, szybko powracający po odkształceniu do pierwotnej postaci» [; dostęp w dniu 28.03.2023 r. godz. 12.13]

Elastyczność przylepca-rzepów osiąga się na przykład przez wbudowanie w przylepca-rzepy odcinka wykonanego z materiału rozciągliwego; tak jest na przykład w pieluchomajtkach Super Seni produkowanych przez TZMO S.A. i Pharma Sensitive produkowanych przez Sicell S.p.A. dystrybuowanych przez Odwołującego i będących przedmiotem jego oferty.

Przy czym - jest to rozwiązanie przykładowe - elastyczność przylepca-rzepów może być osiągnięta również w inny sposób.

- 2) „przedmiot zamówienia (...) został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równie traktowanie potencjalnych Wykonawców”

Niezależnie od ogólności oraz braku możliwości weryfikacji - powyższa okoliczność nie stanowi wady postępowania ani nie uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Gdyby Zamawiający odnosił również wskazaną przyczynę unieważnienia do wymagań OPZ, których dotyczyło odwołanie wniesione przez Odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.03.2023 r. na wybór oferty wykonawcy NEUCA S.A. - należy podtrzymać argumentację Odwołującego zawartą w poprzedzającym punkcie odwołania.

Jednocześnie jak zasadnie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2022 r., KIO 509/22 „Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.”

W tym przypadku należy uwzględnić:

- wysoki poziom konkurencyjności postępowania - zostały złożone cztery oferty.
- fakt, że odrzucona została jedynie jedna oferta wykonawcy BIALMED - przy czym przyczyna odrzucenia miała charakter formalny - wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą.

W konsekwencji wskazana okoliczność nie stanowi wady postępowania oraz nie uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, odnośnie obu wskazywanych przez Zamawiającego okoliczności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, należy podkreślić, że wady opisu przedmiotu zamówienia co do zasady - nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2022 r., KIO 2902/22

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.

5. Reasumując - czynność unieważnienia postępowania jest wadliwa zarówno ze względów formalnych, gdyż jej uzasadnienie faktyczne jest nieprecyzyjne i ogólnikowe, jak i ze względów merytorycznych, bowiem wskazane przyczyny unieważnienia nie są wadami postępowania, które mogłyby doprowadzić do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Pzp regulujące unieważnienie postępowania należy interpretować zawężająco w celu ograniczenia nadużywania uprawnień w zakresie możliwości korzystania z unieważnienia postępowania.

Wprowadzone w ustawie ograniczenia mają na celu uniknięcie dowolności działań Zamawiającego, stwarzając gwarancję pewności obrotu dla wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Zastosowanie wykładni rozszerzającej tych przepisów prowadziłoby do stworzenia regulacji dającej wprost nieograniczone możliwości unieważniania postępowań o zamówienie publiczne.

Między innymi w wyroku z dnia 12 sierpnia 2021 r., KIO 2309/21, wskazano:

Podkreślić należy, że przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana. Z całą stanowczością stwierdzić należy, że nie służy ona konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego w postępowaniu.

Analogiczne stanowisko prezentowano również w orzeczeniach KIO i sądów powszechnych:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2022 r., KIO 1438/22

Jak słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący, że wykładnia przepisów ustawy Pzp umożliwiających unieważnienie postępowania winna mieć charakter ścisły, nie jest możliwe stosowanie wykładni rozszerzającej, a Zamawiający winien opisać w jaki sposób stwierdzone wady postępowania przełożyć mogą się na nieważność przyszłej umowy, tak w aspekcie przepisów ustawy Pzp, czy też przepisów kodeksu cywilnego.

Wyrok Sadu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r., sygn. akt IV Ca 527/11

Podkreślić stanowczo należy, iż punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia. Nie budzi wątpliwości, iż stworzony, z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system zamówień publicznych, nie uchybia ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło.

W ramach powyższej zasady wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne z zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą, a mieścić będzie się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym kontekście unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone w art. 93 ust. 1 pzp przesłanki unieważnienia postępowania winny być poddane wykładni ścieśniającej.

Jak wynika z przywołanego orzecznictwa instytucja unieważnienia postępowania nie może być nadużywana, bowiem doprowadziłoby to do swoistej patologii w zamówieniach publicznych.

Jako przykład można wskazać, 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 jakąkolwiek przewagę konkurencyjną jednego wykonawcy nad drugim. Trzeba podkreślić, że właśnie w takiej sytuacji jest Odwołujący, bo przygotował wiążącą ofertę, mieszczącą się w budżecie i jednocześnie spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu.

Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a nie rozszerzającej.

II. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu. a oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.

Zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutu nr I. 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 zaofertował on najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia. W związku z tym zasadne jest sformułowanie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 kwietnia 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Szpital Powiatowy Gajda-MED Sp. z o.o. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zamówienia pn. „Dostawa kompresorów, pieluchomajtek, podkładow oraz narzędzi laryngologicznych do Szpitala Powiatowego Gajda – MED Sp. z o.o.” W dniu 10 lutego 2023 r.

Zamawiający przekazał Wykonawcom informację o wyniku ww. postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 13 marca 2023 r. Wykonawca „GESPAR” – G. P., M. S. – Spółka Jawna, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej m.in. na zmianie treści SWZ po terminie składania ofert poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 6, co jest naruszeniem art. 286 ust. 1 ustawy PZP.

Przed terminem składania ofert Zamawiający udzielił Wykonawcom wyjaśnień w zakresie treści SWZ, zgodnie ze złożonymi wnioskami o wyjaśnienie treści SWZ:

- 1) wniosek Neuca S.A. wraz z wyjaśnieniem nr 1 z dnia 31.01.2023r.,
- 2) wniosek Abena z dnia 01.02.2023 r. wraz z wyjaśnieniem nr 2 z dnia 02.02.2023r.,
- 3) wniosek Bialmed z dnia 01.02.2023 r. wraz z wyjaśnieniem nr 3 z dnia 02.02.2023r.,
- 4) wniosek Toruńskich Zakładów Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu wraz wyjaśnieniem nr 4 z

dnia 02.02.2023r.,

- 5) wniosek Gespar z dnia 1.02.2023 r. wraz z wyjaśnieniem nr 5 z dnia 02.02.2023r.,
- 6) wniosek ZARYS z dnia 2.02.2023 r. wraz z wyjaśnieniem nr 6 z dnia 02.02.2023r.

Żaden z wykonawców nie zwrócił się o wyjaśnienie czy cały produkt czy tylko ściągacze taliowe mają być wykonane z laminatu.

Dowód: Wyjaśnienie nr 1 z dnia 31.01.2023r., Wyjaśnienie nr 2 z dnia 02.02.2023r., Wyjaśnienie nr 3 z dnia 02.02.2023r., Wyjaśnienie nr 4 z dnia 02.02.2023r., Wyjaśnienie nr 5 z dnia 02.02.2023r., Wyjaśnienie nr 6 z dnia 02.02.2023r. (w aktach sprawy).

Z uwagi na wniesione przez Odwołującego odwołanie w dniu 13 marca 2023 r. i precyzyjną analizę stanowiska Odwołującego oraz SWZ i załączników, ujawniła w dniu 24 marca 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP unieważnił postępowanie. W uzasadnieniu merytorycznym Zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania uznał, że opis przedmiotu zamówienia dla części 6 został określony w sposób niejednoznaczny oraz niezrozumiały, co Wykonawcom mogło sprawić trudność w sporządzeniu prawidłowej oferty i doprowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w części 6 został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równie traktowanie potencjalnych Wykonawców. Nadmieniam, że celem wszczętego przez Zamawiającego postępowania jest zawarcie ważnej umowy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu.

Stan prawny

- 1) Brak interesu prawnego po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania:

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dniu 10.03.2023 r. spośród wszystkich ofert, oferta Wykonawcy NEUCA S.A. została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. Gdyby uznać, że nie ma wątpliwości co do interpretacji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 6, jak początkowo

przyjmował Zamawiający, to oferta NEUCA S.A. zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a nie oferta Odwołującego, którego oferta była niżej oceniona, w konsekwencji czego i tak nie uzyskałby zamówienia. Wobec powyższego, Odwołujący nie poniósł i nie mógłby ponieść szkody w wyniku unieważnienia postępowania.

Wykonawca musi wykazać, że ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i ewentualnie naruszenie przepisów prawa doprowadzi do konkretnego uszczerbku po stronie odwołującego. Interes musi być rzeczywisty i nie może budzić żadnych wątpliwości.

Do cech charakterystycznych interesu w uzyskaniu danego zamówienia należy:

- 1) indywidualność, czyli powiązanie z określonym podmiotem – oznacza, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek:
 - a) interesu (ma lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia),
 - b) szkody (poniósł lub może ponieść szkodę),
 - c) związku przyczynowego (poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez

zamawiającego przepisów PZP);

- 2) obiektywność, oznaczająca, iż odwołujący musi wykazać, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, a zamawiający w wyniku naruszenia przepisów PZP nie dopuścił odwołującego do postępowania lub wyeliminował z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co naraziło go na poniesienie szkody;
- 3) konkretność, która determinuje powiązanie interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego w

konkretnym stanie faktycznym. Ustalenie, czy na skutek czynności zamawiającego mogło dojść lub doszło do naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, musi być dokonane w odniesieniu do okoliczności towarzyszących prowadzonemu postępowaniu, w którym miało dojść do naruszenia przepisów ustawy (tak KIO w wyr. z 19.4.2010 r., KIO/UZP 500/10, Legalis; wyr. KIO z 3.11.2011 r., KIO 2277/11, Legalis).¹

Powyższych warunków nie wykazał Odwołujący. Nadto, oczywistym jest, że Odwołujący będzie miał możliwość udziału w kolejnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego dot. tych produktów, a zatem jego interes w uzyskaniu zamówienia nie jest naruszony.

2) Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że przyczyny wskazane przez Zamawiającego nie są wadami postępowania i nie uniemożliwiają zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także Zamawiający nie wykazał, że wskazane w uzasadnieniu przyczyny unieważnienia – uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP 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.

„Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie

powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. „Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zniżenie” E. Wiktorska [w:] A. Gawrońska- Baran, A. Wiktorski, P. Wójcik, E. Wiktorska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 99.

„Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia powinna być perspektywa wykonawcy. Jak stwierdził SO w Zielonej Górze w wyroku z 13.05.2005 r., II Ca 109/05, niepubl., okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.” M. Stachowiak [w:]

W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.

KIO w uchwale z dnia 10 listopada 2021 r. sygn. akt KIO/KD 22/21 wskazał następujące: Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp przewiduje dla zamawiającego prawo, ale także obowiązek unieważnienia postępowania, jeśli ten stwierdzi, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej danego wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazany przepis przez jego dyspozycję odwołuje się wprost do przesłanek warunkujących unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w ust. 1 art. 146 pzp, jak i w ust. 6 tego przepisu, stanowią podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. „wadę postępowania” (art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp) (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 marca 2014 r. sygn. akt: KIO 264/14, KIO 344/14) .

Odwołanie złożone przez Odwołującego w dniu 13 marca 2023r. oraz analiza argumentacji przedstawionej przez Odwołującego ujawniły, że opis przedmiotu zamówienia nie był wystarczająco precyzyjny i mógł wprowadzić wykonawców (a w przypadku Wykonawcy wprowadził) w błąd.

W szczególności zadane przez jednego z wykonawców pytanie nr 8 z zestawu z dnia 02.02.2023r.

Pytanie 8: Czy Zamawiający wymaga w przedmiocie zamówienia (zadanie 6, pozycje: 1 i 2) złożenia oferty na pieluchomajtki dla dorosłych pokryte laminatem paroprzepuszczalnym na całej powierzchni - w części centralnej i bocznej? Zastosowanie laminatu paroprzepuszczalnego jedynie w części centralnej z włókniną po bokach (która nie jest pokryta tym laminatem) stanowi ryzyko przeciekania boków pieluchomajtki, szczególnie przy obfitych mi kejach?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga jak SWZ.

nie było dla Zamawiającego sygnałem wskazującym, że jakiś element opisu przedmiotu zamówienia jest dla wykonawców niejasny. Zauważyć bowiem należy, że w pytaniu jest mowa o części centralnej i bocznej, natomiast opis przedmiotu nie posługuje się takimi pojęciami,

zawierając z kolei sformułowanie o elastycznych ściągaczach TALIOWYCH oraz BOCZNYCH falbankach, jak niżej:

Lp. 1 „Pieluchomajtki oddychające dla dorosłych rozmiar L posiadające elastyczne przylepco rzepy mocujące wielokrotnego użytku, podwójne, pochłaniacz zapachów, falbanki boczne skierowane na zewnątrz zapobiegające wyciekom, dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył – idealnie dopasowane do ciała, wykonane z laminatu

przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy, wewnętrzna (stykająca się ze skórą), jak zewnętrzna warstwa wykonana z materiału przepuszczającego powietrze, dwustrefowa włóknina – w części hydrofobowa i w części hydrofilowa. Rozmiar 100-150 cm.” Lp. 2. „„Pieluchomajtki oddychające dla dorosłych rozmiar XL posiadające elastyczne przylepco rzepy mocujące wielokrotnego użytku, podwójne, pochłaniacz zapachów, falbanki boczne skierowane na zewnątrz zapobiegające wyciekom, dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył – idealnie dopasowane do ciała, wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy, wewnętrzna (stykająca się ze skórą), jak zewnętrzna warstwa wykonana z materiału przepuszczającego powietrze, dwustrefowa włóknina – w części hydrofobowa i w części hydrofilowa. Rozmiar 130-170 cm.”

Ponieważ pytanie nie wskazywało precyzyjnie, posługując się pojęciami zastosowanymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, o jakie właściwości produktu tak naprawdę pyta wykonawca, Zamawiający w odpowiedzi, iż wymaga produktu zgodnego z SWZ.

W żadnym z pytań, żaden wykonawca nie zadał Zamawiającemu wprost pytania czy Zamawiający wymaga aby produkt zawierał ściągacze taliowe wykonane z laminatu czy aby cały produkt był wykonany z laminatu.

Podkreślić należy, że jedynie ściągacze pokryte laminatem odpowiadają potrzebom Zamawiającego i nie było w intencji Zamawiającego ograniczenie zamówienia do tylko tych produktów pokrytych w całości laminatem, gdyż takich produktów na rynku jest znacznie mniej i są droższe. Natomiast do tej pory Zamawiający wykorzystywał ten pierwszy rodzaj i się sprawdza.

Dowód: wyjaśnienia Zamawiającego.

Zamawiający chcąc zapewnić przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami, w tym z

zachowaniem konkurencyjności, postanowił unieważnić postępowanie w zakresie Zadania 6 z uwagi na fakt, że wada w postaci jak się okazało nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia była niemożliwa już do usunięcia na tym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert.

KIO w uchwale z dnia 10 listopada 2021 r. sygn. akt KIO/KD 22/21 wskazał następujące: Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania – zawarcia ważnej umowy w sprawie jego wykonania. Aby było to możliwe Zamawiający musi nie tylko opisać przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i wyczerpujący, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jaki produkt mogą zaoferować (przepis art. 29 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych), ale jednocześnie ten sposób opisu nie może utrudniać uczciwej konkurencji (zob. wyrok Izby z 25 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1733/10).

Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom (zob. wyrok Izby z 24 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 676/20).

Zamawiający wobec argumentacji Odwołującego doszedł do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia co do zadania 6 mógł być błędnie interpretowany w ten sposób, że laminatem ma być pokryty cały produkt, a nie jaki był zamiar Zamawiającego, że laminatem pokryte mają być jedynie ściągacze.

Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku wystąpienia którejkolwiek przesłanki wymienionej w art. 255 pzp. Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

„Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem

postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego.” A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych.

Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 255. Nieusuwalność wady oznacza, że Zamawiający nie może już jej poprawić (np. modyfikując specyfikację warunków zamówienia).

W niniejszym stanie faktycznym już po terminie składania ofert okazało się, że istnieje wada, której nie da się usunąć. Wobec tego, że wady opisu przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu, a Zamawiający przed upływem tego terminu nie posiadał wiedzy o możliwym odmiennym rozumieniu, interpretacji postanowień SWZ przez wykonawców, gdyż nie złożyli oni w tym zakresie stosownych zapytań o udzielenie wyjaśnień, jedynym wyjściem nie zaburzającym konkurencyjności poprzez przyjęcie jednej z wykładni, która byłaby niekorzystna i krzywdząca dla Odwołującego było unieważnienie postępowania i umożliwienie Wykonawcom równe szanse na

uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania. Należy bowiem wskazać, że Zamawiający podkreślił, iż doszedł do przekonania o nieprawidłowości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dopiero po ponownej analizie dokumentacji, której dokonał po terminie składania ofert wobec złożonego przez Odwołującego odwołania z dnia 13 marca 2023r.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc w taki, który zapewnia, że Wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. 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.

„Jako podstawę unieważnienia postępowania z powołaniem się na pkt 6 wskazuje się w orzecznictwie KIO także niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia. Przykładowo z taką sytuacją można mieć do czynienia, gdy zamawiający przed otwarciem ofert nie dostrzegł, że postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia mogą być

interpretowane w ten sposób, że wykonawca dojdzie do przekonania, że może zaoferować dzierżawę dwóch osobnych analizatorów lub nawet większej ich liczby.” A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 255.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzedniej ustawy z Pzp niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17) – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21).

Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba uznała za własne stanowisko zamawiającego stwierdzające, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Powyższe wynikałoby z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości. Przede wszystkim zaś rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z art. 99 ust. 1 Pzp, który ustanawia wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, Izba przyznała, że niejasność lub nieprecyzyjność opz może stanowić podstawę unieważnienia postępowania.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż w postępowaniach w poprzednich latach (2021,2020) na ten sam produkt opis przedmiotu zamówienia był opisany w sposób analogiczny jak w niniejszym postępowaniu i nie budził on wątpliwości Wykonawców. Wątpliwości ujawniły się dopiero w tym postępowaniu, po terminie składania ofert.

Dowód: <https://www.bip.gajdamed.pl/index.php?id=104&p=990><https://www.bip.gajdamed.pl/index.php?id=104&p=848> - dokumenty postępowań z lat poprzednich

- wyjaśnienia Zamawiającego

Odnosząc się do powyższych zarzutów oraz zawartej w odwołaniu argumentacji, Zamawiający

stwierdza, że wskazane zarzuty są bezpodstawne, a twierdzenia o naruszeniu przepisów wskazanych powyżej nie mają miejsca. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, iż doszło

do skutecznego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00065482/01 z dnia 27 stycznia 2023 r.

W dniu 29 marca 2023 r. wykonawca „Gespar” - G. P., M. S. - Sp. J. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w zakresie części 6 zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

I. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 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 zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także Zamawiający nie wykazał, że wskazane w uzasadnieniu przyczyny unieważnienia - uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

II. art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu, a oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę „Gespar” - G. P., M. S. - Sp. J. z siedzibą w Warszawie, ul. Matuszewska 14, 03-876 Warszawa, Zamawiający pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 255 pkt 6 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.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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.

Zgodnie z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na

uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obciążone 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 zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także Zamawiający nie wykazał, że wskazane w uzasadnieniu przyczyny unieważnienia - uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest zdaniem Izby zasadny.

W pierwszej kolejności Izba odnieść się do kwestii braku interesu prawnego po stronie Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 kwietnia 2023 r. stwierdził, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ „Gdyby uznać, że nie ma wątpliwości co do interpretacji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 6, jak początkowo przyjmował Zamawiający, to oferta NEUCA S.A. zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a nie oferta Odwołującego, którego oferta była niżej oceniona, w konsekwencji czego i tak nie uzyskałby zamówienia. Wobec powyższego, Odwołujący nie poniósł i nie mógłby ponieść szkody w wyniku unieważnienia postępowania.”

Izba nie podziela ww. stanowiska Zamawiającego, ponieważ gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia,

Zamawiający nie unieważniłby postępowania, a Odwołujący otrzymałby zamówienie, a nie wykonawca NEUCA S.A. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący poniósł szkodę w wyniku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Izba dodatkowo zważy, że Zamawiający pismem z dnia 24 marca 2023 r. oprócz zawiadomienia o unieważnienia postępowania dla części 6 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP, zawiera również zawiadomienie o uchyleniu decyzji Zamawiającego dot. wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 6, w której to Zamawiający poinformował o unieważnieniu niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6 dokonanej w dniu 10 marca 2023 r. Powyższa czynność Zamawiającego doprowadziła do tego, że uprzednie postępowanie odwoławcze z dnia 13 marca 2023 r. zostało umorzone w formie postanowienia w trybie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, ze względu na to, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (wykonawcy NEUCA S.A.) została przez Zamawiającego unieważniona.

Odnosząc się natomiast do zarzutów merytorycznych, Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu na Zadanie nr 6 zostały złożone cztery oferty. Jednocześnie w załączniku nr 5 do SWZ, którym jest formularz asortymentowo – cenowy, Zamawiający zamieścił opis przedmiotu zamówienia wymieniając cechy i elementy budowy, które powinny posiadać pieluchomajtki:

Lp. 1

„Pieluchomajtki oddychające dla dorosłych rozmiar L posiadające elastyczne przylepca rzepy mocujące wielokrotnego użytku, podwójne ,pochłaniacz zapachów, falbanki boczne skierowane na zewnątrz zapobiegające wyciekom, dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył- idealne dopasowanie do ciała, wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy, wewnętrzna (stykająca się ze skórą), jak zewnętrzna warstwa wykonana z materiału przepuszczającego powietrze, dwustrefowa włóknina - w części hydrofobowa i w części hydrofilowa. Rozmiar 100-150cm.”

Lp. 2

„Pieluchomajtki oddychające dla dorosłych rozmiar XL posiadające elastyczne przylepca rzepy mocujące wielokrotnego użytku, podwójne ,pochłaniacz zapachów, falbanki boczne skierowane na zewnątrz zapobiegające wyciekom, dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył - idealne dopasowanie do ciała, wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy, wewnętrzna (stykająca się ze skórą), jak zewnętrzna warstwa wykonana z materiału przepuszczającego powietrze, dwustrefowa włóknina - w części hydrofobowa i w części hydrofilowa. Rozmiar 130-170cm”.

W dniu 24 marca 2023 r. Zamawiający dokonał unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP w poniższy sposób:

„Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania uznał, że opis przedmiotu zamówienia dla części 6 został określony w sposób niejednoznaczny oraz niezrozumiały, co Wykonawcom mogło sprawić trudność w sporządzeniu prawidłowej oferty i doprowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w części 6 został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równie traktowanie potencjalnych Wykonawców. Nadmieniam, że celem wszczętego przez Zamawiającego postępowania jest zawarcie ważnej umowy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu.”

Izba zważy, że ww. okoliczności wskazane przez Zamawiającego uzasadniające unieważnienie przedmiotowego postępowania, nie stanowią wady postępowania ani nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy.

Izba wskazuje, że istota sporu dotyczyła tego, czy wymóg opisu przedmiotu zamówienia dotyczący laminatu odnosi się do pieluchomajtek do całej ich powierzchni, czy tylko do ściągaczy. Izba uznała twierdzenia Odwołującego, że: „Laminat stanowi całość lub część środkową powłoki produktu, zapewni nieprzepuszczalność dla moczu, na nim umiejscowiony jest celulozowy wkład chłonny i do niego mogą być dołączone pozostałe elementy takie jak: ściągacze taliowe i pachwinowe, falbanki zabezpieczające i przylepce. Laminat z definicji jest materiałem powstałym przez trwałe połączenie co najmniej dwóch materiałów o różnych właściwościach. W pieluchomajtkach „oddychających” laminat złożony jest z włókny i folii o właściwościach paroprzepuszczalnych. Ściągacze taliowe są to rozciągliwe elementy wbudowane w powłokę produktu na ograniczonej powierzchni”, jak również: „Ściągacze taliowe w pieluchomajtkach służą do lepszego dopasowania produktu do ciała, a nie do zapewnienia produktowi przepuszczalności dla powietrza na całej jego powierzchni i nieprzepuszczalności dla cieczy, hydrofobowości oraz hydrofilności” za wiarygodne, tym bardziej, iż powyższemu nie zaprzeczył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Nadto Izba zważy, że w wyjaśnieniach nr 3 co do treści SWZ z dnia 2 lutego 2023 r. zostało zadane pytanie nr 8: „Czy Zamawiający wymaga w przedmiocie zamówienia (zadanie 6, pozycje: 1 i 2) złożenia oferty na pieluchomajtki dla dorosłych pokryte laminatem paroprzepuszczalnym na całej powierzchni - w części centralnej i bocznej? Zastosowanie laminatu paroprzepuszczalnego jedynie w części centralnej z włókniną po bokach (która nie jest pokryta tym laminatem) stanowi ryzyko przeciekania boków pieluchomajtki, szczególnie

przy obfitych mikcjach?, na które Zamawiający odpowiedział „wymaga jak SWZ”, w ocenie Izby wynika, że pytanie to dotyczyło pieluchomajtek dla dorosłych pokrytych laminatem paroprzepuszczalnym na całej powierzchni - w części centralnej i bocznej, co oznacza, że Zamawiający wiedział o takiej, a nie innej interpretacji przedmiotu zamówienia przez wykonawców przed upływem terminu składania ofert (Zamawiający nie wskazał w odpowiedzi, że laminatem

przepuszczającym powietrze powinny być pokryte lub z niego wykonane tylko i wyłącznie elastyczne ściągacze). Także stwierdzenie Zamawiającego, że „laminatem pokryte mają być jedynie ściągacze” jest w ocenie Izby niewiarygodne, ponieważ z wezwania Zamawiającego z dnia 27 lutego 2023 r. skierowane do wykonawcy NEUCA S.A. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP (dowód wniesiony przez Odwołującego na rozprawie) jednoznacznie wynika konieczność wykonania pieluchomajtek z laminatu, o czym świadczy poniższe brzmienie „U Zamawiającego zrodziły się wątpliwości dot. zgodności opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 5 z oferowanym przez Państwa produktem, w szczególności w zakresie posiadania 2 elastycznych ściągaczy taliowych i wykonania pieluchomajtek z laminatu”. Izba wskazuje, że Zamawiający w ogóle nie odniósł się do powyższego stwierdzenia zawartego w wezwaniu ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie.

Izba dodatkowo zważa, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a Zamawiający nie złożył żadnego dowodu przeciwnego w ramach przedmiotowego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, po pierwsze opis przedmiotu zamówienia dotyczący pieluchomajtek, tj. „wykonane z laminatu przepuszczającego powietrze na całej powierzchni, ale nie przepuszczającego cieczy” dotyczył pieluchomajtek, a nie elastycznych ściągaczy, a świadczy o tym sama wypowiedź Zamawiającego, że „nie było dla Zamawiającego sygnałem wskazującym, że jakiś element opisu przedmiotu zamówienia jest dla wykonawców niejasny”, co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie był jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich wykonawców, jak i dla samego Zamawiającego, a po drugie gdyby było inaczej, to Zamawiający powinien był w sposób jednoznaczny wyjaśnić, że laminatem przepuszczającym powietrze powinny być pokryte lub z niego wykonane tylko elastyczne ściągacze.

To samo dotyczy wymogu umiejscowienia dwóch elastycznych ściągaczy taliowych – z przodu i z tyłu: „dwa elastyczne ściągacze taliowe przód i tył”, czy wymóg elastyczności przylepcu rzepów mocujących: „elastyczne przylepcu rzepy mocujące”, które te wymogi zdaniem Izby zostały również opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, o czym

świadczy brak wniosków o wyjaśnienie treści SWZ w powyższym zakresie.

Izba wzięła również pod uwagę, że zarówno w niniejszym, jak i poprzednim postępowaniu odwoławczym, wykonawca NEUCA S.A. nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego.

Tym samym, w ocenie Izby, przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały wątpliwości co do rozumienia treści postanowień SWZ, to w ocenie Izby wątpliwości te zauważone przez Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie stanowią wady, które uzasadniałyby unieważnienie postępowania, ponieważ po pierwsze wątpliwości te nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy, a po drugie wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Co wymaga podkreślenia, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie przy spełnieniu wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Oznacza to, że unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy, a Zamawiający obowiązany jest uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP, co powoduje, iż każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Istotne jest również to, że przepis art. 255 pkt 6 ustawy PZP ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy PZP.

Izba zwraca uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał podstawy unieważnienia umowy w zakresie art. 457 ust. 1 ustawy PZP, jedynie stwierdzając, że: „Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania uznał, że opis przedmiotu zamówienia dla części 6 został określony w sposób niejednoznaczny oraz niezrozumiały, co Wykonawcom mogło sprawić trudność w sporządzeniu prawidłowej oferty i doprowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w części 6 został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie potencjalnych Wykonawców. Nadmieniam, że celem wszczętego przez

Zamawiającego postępowania jest zawarcie ważnej umowy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu.”

Izba zważa, że zgodnie z normą zawartą w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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.

W związku z powyższym dotyczy to tylko sytuacji, w której Zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia

wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie (tak wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21), a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Izba wskazuje, że w obecnym stanie prawnym brak jest odpowiednika art. 146 ust. 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Nadto Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ograniczył się do wskazania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP nie wskazując w uzasadnieniu merytorycznym, w jakim zakresie Zamawiający nieprecyzyjnie albo w sposób niezrozumiały określił przedmiot zamówienia, jak również nie wiadomo, czy stwierdzenie to dotyczy jednego czy też większej liczby wymogów opisu przedmiotu zamówienia i których konkretnie.

Izba chciałaby podkreślić, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości, co oznacza, że uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (opis faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują Zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej, czego w ocenie Izby zabrakło w niniejszym

postępowaniu.

Izba dodatkowo zważa, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie całkowicie pominął kwestię unieważnienia postępowania w powiązaniu z normą zawartą w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, dowody wniesione przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie w postaci screenshot, wyjaśnienia nr 1 do treści zapytania ofertowego z dnia 2 grudnia 2021 r., wyjaśnienia nr 2 do treści zapytania ofertowego z dnia 3 grudnia 2021 r., wyjaśnienia nr 3 do treści zapytania ofertowego z dnia 6 grudnia 2021 r., wyjaśnienia nr 4 do treści zapytania ofertowego z dnia 6 grudnia 2021 r. dotyczące innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach zapytań ofertowych, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego.

Konkludując, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone przesłanki unieważnienia w art. 255 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP powinny być poddane wykładni ścieśniającej, co w ocenie Izby powoduje, iż Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie, w którym nie wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Co do zarzutu 2, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu, a oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba zważa, że zarzut ten ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutu nr 1, co oznacza, że gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, co do którego w ocenie Izby nie było wątpliwości zarówno ze strony wykonawców, jak i samego Zamawiającego (dowód w postaci wezwania z dnia 27.02.2023 r.), Zamawiający nie unieważniłby przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: