Sygn. akt: KIO 1193/23

WYROK

z dnia 11 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę BECTON DICKINSON POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego w Grudziądzu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego w Grudziądzu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BECTON DICKINSON POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Regionalnego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Władysława Biegańskiego w Grudziądzu na rzecz wykonawcy BECTON DICKINSON POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 1193/23

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

Regionalny Szpital Specjalistyczny im dr. Władysława Biegańskiego w Grudziądzu, zwany dalej: „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp", którego przedmiotem są sukcesywne dostawy przez Wykonawcę do Zamawiającego przez okres 24 miesięcy asortymentu medycznego jednorazowego użytku". (nr referencyjny: Z/46/PN/22), zwane dalej

„Postępowaniem" w podziale 23 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2022 r., pod numerem DZ.U./S164 464075-2022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. wykonawca BECTON DICKINSON POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami Pzp obejmujące podjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na unieważnieniu Postępowania w zakresie zadania 20, podczas gdy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia Postępowania zgodnie z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, w szczególności ze względu na fakt, że wymóg opisany przez Zamawiającego w zakresie zadania 20 jest prawidłowy i umożliwia złożenie prawidłowej, ważnej oferty.

Tym samym w ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art.

16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na tej podstawie, pomimo braku obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, o którym poinformowano w dniu 19 kwietnia 2023 roku oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu w pierwszej kolejności Odwołujący przywołał fragmenty dokumentacji zamówienia w której Zamawiający wskazał, że w zakresie zadania nr 20 w pozycji 3 będzie żądał od wykonawców kaniuli o następujących parametrach:

Poz. 3

Kaniula dożylna przeznaczona do małych, delikatnych żył u pacjentów neonatologicznych, pediatrycznych i osób starszych. Posiadająca wyjmowany uchwyt w którym schowane są skrzydełka kaniuli, ułatwiające kaniulację naczynia. Bez dodatkowego portu górnego. Kaniula widoczna w promieniach RTG, 6 wtopionych pasków radiocieniujących. Wykonana z unikalnego poliuretanu, biokompatybilnego, o potwierdzonym klinicznie wpływie na zmniejszenie ryzyka wystąpienia zakrzepowego zapalenia żył (potwierdzone badaniami 2

klinicznymi dołączonymi do oferty) Dodatkowy otwór przy ostrzu igły umożliwiający natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji (system 3-krotnego potwierdzenia wypływu krwi). Pakowane po 50 sztuk w opakowaniu. Rozmiary: 26G – fioletowy - 0,6 x 19 mm. – przepływ 14 ml/min i 24G – żółty - 0,7 x 19 mm. – przepływ 19 ml/min do wyboru zamawiającego.

Następnie Zamawiający na skutek odpowiedzi na pytanie z dnia 13 stycznia 2023 r. dokonał modyfikacji wymagań w zadaniu numer 20 w poz. 2 w następujący sposób:

Kaniula dożylna przeznaczona do małych, delikatnych żył u pacjentów neonatologicznych, pediatrycznych i osób starszych (lub kaniule do żył obwodowych typu Introcan Safety). Posiadająca wyjmowany uchwyt w którym schowane są skrzydełka kaniuli, ułatwiające kaniulację naczynia. Bez dodatkowego portu górnego. Kaniula widoczna w promieniach RTG, 6 (lub 4) wtopione paski radiocieniujące. Wykonana z unikalnego poliuretanu, biokompatybilnego. Dodatkowy otwór przy ostrzu igły umożliwiający natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji (system 3-krotnego potwierdzenia wypływu krwi). Pakowane po 50 sztuk w opakowaniu. Rozmiary: 26G – fioletowy - 0,6 x 19 mm. – przepływ 14 ml/min i 24G – żółty - 0,7 x 19 mm. – przepływ 19 ml/min do wyboru zamawiającego (lub 0,7 x19mm 22 ml/min 24G).

Zamawiający po otwarciu ofert oraz przeprowadzeniu badania i oceny ofert stwierdził, że udzielona przez niego odpowiedź na pytanie z dnia 13 stycznia 2023 r. spowodowała, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą, która uniemożliwia według Zamawiającego zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy jest fakt, że dopuszczone przez Zamawiającego kaniule do żył obwodowych typu Introcan Safety nie posiadają dodatkowych otworów przy ostrzu igły umożlwiających natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji (zwane dalej kaniule typu Introcan Safety).

Zgodnie z treści pisma Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2023 r.:

Zamawiający w trakcie trwania procesu badania i oceny ofert dostrzegł błąd w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 20 poz. 3 polegający na tym, że w jednej pozycji dopuścił możliwość zaoferowania kaniul do żył obwodowych typu Introcan Safety, które nie posiadając dodatkowego otworu przy ostrzu igły umożliwiającego natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji, natomiast w dalszej części opisu pozostawił wymóg posiadania powyżej opisanego dodatkowego otworu.

W związku z powyższym de facto uniemożliwiło to zaoferowanie przedmiotu zamówienia tj. kaniul do żył obwodowych typu Introcan Safety, które zgodnie z treścią odpowiedzi na zapytania i modyfikacji Zamawiający dopuścił.

(…)

Jednoznaczne ustalenie rzeczywistego zakresu wymogów technicznych specyfikacji nie jest możliwe tj. dla pozycji 3 Zamawiający dopuszcza wprost kaniule dla żył obwodowych typu Introcan Safety, przy czym, wyartykułowany dalej w specyfikacji wymóg „dodatkowego otworu przy ostrzu 3

igły", który musi być spełniony łącznie, a nie alternatywnie, powoduje, że wyżej wskazane dopuszczenie kaniul Introcan Safety jest pozorne, nie umożliwiające złożenia ważnej oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób błędny dokonał kwalifikacji przedmiotowego stanu faktycznego jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Zamawiający wymagał bowiem dwóch rodzajów kaniul, które były równorzędnie dopuszczone dla wykonawców do zaoferowania w niniejszym postępowaniu. Dozwolone było zatem złożenie oferty dotyczącej kaniuli dożylnej przeznaczonej do małych, delikatnych żył u pacjentów neonatologicznych, pediatrycznych i osób starszych lub kaniuli do żył obwodowych typu Introcan Safety. Zamawiający tym samym chciał w ocenie Odwołującego dopuścić możliwe szeroki zakres wykonawców, tak by zapewnić odpowiedni poziom konkurencyjności w postępowaniu i uzyskać najbardziej korzystną ofertę, co należało uznać za działanie prawidłowe i zgodne z ustawą Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający miałby nawet prawo do próby ograniczenia

konkurencji, czego w niniejszej sprawie nie uczynił, gdyż uznał że zachowanie uczciwej konkurencji oraz otrzymanie jak największej ilości ofert jest celem nadrzędnym.

Jak wskazał Odwołujący zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej Pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia aby uwzględnione zostały jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia. To zamawiający wie jaki cel chce osiągnąć i charakteryzuje go, przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Celem tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 1924/22).

Odwołujący zaznaczył, że modyfikacja wymogów dotyczących kaniul została dokonana na wniosek jednego z wykonawców, zaś Zamawiający kierując się słusznym interesem publicznym nie chciał ograniczać konkurencji poprzez wymagania jedynie jednego rodzaju kaniul. Zamawiający dopuścił zatem zdaniem Odwołującego również kaniule typu Introcan Safety pod warunkiem, że spełnia ona wymagania wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia.

Ponadto Odwołujący podniósł, że odpowiedzialność za złożenie prawidłowych ofert, zgodnych z treścią warunków zamówienia spoczywa wyłącznie na wykonawcach, a także że żaden z wykonawców nie wniósł odwołania od treści modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego, co za tym idzie wyrazili oni zgodę na tą zmianę i ją zaakceptowali. Skoro zatem wykonawcy znali wymagania Zamawiającego, tj. że mają prawo zaoferować kaniule typu Introcan Safety pod warunkiem, że spełnia ona wymagania Zamawiającego, to zdaniem Odwołującego nic nie stało na przeszkodzie wykonawcom, aby złożyli oni prawidłowe oferty.

Odwołujący podkreślił, że rozwój w dziedzinie technologii medycyny jest niezwykle szybki i gwałtowny, zaś Zamawiający nie ma obowiązku znać wszystkich dostępnych na rynku rozwiązań, więc modyfikując treść wymagań (na wniosek jednego z wykonawców), dopuścił zatem według Odwołującego możliwość pojawienia się na rynku kaniul typu Introcan Safety, które spełniają wymagania Zamawiającego. Niezwykle istotna jest okoliczność, że w niniejszej sprawie kaniule typu 4

Introcan Safety nie są jedynymi wymaganymi przez Zamawiającego gdyż w jego ocenie Zamawiający – w sposób jak najbardziej słuszny – dopuścił nie tylko kaniule Introcan Safety, ale także wszystkie inne, które są typem tych kaniul. Wymaganie Zamawiającego brzmi bowiem: „lub kaniule typu Introcan Safety", zatem wykonawcy mając tak opisany przedmiot zamówienia mogli zweryfikować czy ich kaniule w typie Introcan Safety posiadają wszystkie wymagania Zamawiającego i złożyć ważną ofertę.

W związku z powyższym zdaniem Odwołującego nie istnieje żadna podstawa, która umożliwiałaby unieważnienie postępowania w niniejszej sprawie, gdyż istnieje możliwość złożenia ważnej i zgodnej z wymaganiami Zamawiającego oferty, czego przykładem jest oferta Odwołującego. Wystarczającym w niniejszym postępowaniu było, aby każdy z wykonawców, którzy chcieli złożyć oferty zweryfikowali jasne, precyzyjne wymagania Zamawiającego w zakresie kaniul, zaś Zamawiający w treści pisma unieważniającego nie wskazał, że wymagania te były niezrozumiałe, wprowadzające w błąd lub mogące być w odmienny sposób interpretowane. Wymagania w tym zakresie były zdaniem Odwołującego przejrzyste i racjonalne, zaś Zamawiający wskazał jedynie – chcąc dopuścić możliwie szeroki wachlarz wykonawców – na dodatkową możliwość tj. zaoferowania kaniul typu Introcan Safety byleby spełniały wymagania Zamawiającego.

Przedmiotowa okoliczność nie powoduje zatem według Odwołującego możliwości uznania jej za wadę postępowania uniemożliwiającą zwarcie ważnej umowy. Wykonawcy mieli możliwość złożenia ważnych, zgodnych z warunkami zamówienia ofert. Wymaganie Zamawiającego nie powoduje także, że wykonawcy mogliby złożyć nieporównywalne oferty (tj. jedne spełniające wymagania dotyczące kaniul a drugie nie), gdyż wymagania dla obu rodzajów kaniul były identyczne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp w przypadku którego unieważnienie może nastąpić wyłącznie w sytuacji, w której doszłoby do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z doktryną ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów PZP do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 PZP. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Na poparcie powyższego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2022 r., KIO sygn. 3049/22, zgodnie z którym Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Z analizy przepisu art. 457 ustawy Pzp według Odwołującego bezsprzecznie wynika, że nie zachodzi żadna z przesłanek w nim określonych w niniejszej sprawie, zaś Zamawiający błędnie

przyjął, że opisane przez niego wymogi w zadaniu numer 20 poz. 3 są niemożliwe do spełnienia i wzajemnie się wykluczające.

Zdaniem Odwołującego istniała zatem możliwość zaoferowania prawidłowych kaniul, a wymaganie Zamawiającego

zostało sformułowane w sposób zgodny z ustawą Pzp, zaś wyłącznie na wykonawcach spoczywała odpowiedzialność za poprawną weryfikację tych wymagań względem zaoferowanych produktów, a Zamawiający nie jest za tą czynność odpowiedzialny.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w swoim piśmie z dnia 19 kwietnia 2023 r. precyzyjnie określił uzasadnienie faktyczne oraz prawne podejmowanej przez siebie decyzji, zaś godnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej Instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a tym samym przesłanki unieważnienia postępowania, w tym określone art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych nie mogą być interpretowane rozszerzająco. (…)Zamawiający podejmując czynność unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych, z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania, brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2022 r., sygn. KIO 667/22)

W związku z powyższym zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego bezsprzecznie wykazano w treści odwołania, że postępowanie nie zawiera żadnych wad, które mogłyby doprowadzić do niemożliwości zwarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, a tym samym postawiony zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W piśmie z dnia 9 maja 2023 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przestawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu. Wobec zgłoszonego przystąpienia opozycję zgłosił Odwołujący, wskazując na brak interesu zgłaszającego przystąpienie. Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron Izba uznała, że odwołujący uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba wskazuje, iż interes, o którym mowa w art. 525 ust. 1 Pzp winien mieć charakter realny, a nie hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu, jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym. Ponadto interes zgłaszającego powinien być związany z przedmiotem zarzutów, których rozstrzygnięcie jest przedmiotem rozstrzygania przez Izbę.

Przedmiotem zarzutu odwołania w przedmiotowej sprawie jest dokonana przez Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania. Tymczasem zgłaszający przystąpienie argumentując posiadanie interesu wskazywał na wadliwy opis przedmiotu zamówienia, który eliminuje z przetargu konkurencyjne w stosunku do produktu oferowanego przez Odwołującego produkty zgłaszającego przystąpienie. Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że badanie i ocena ofert przeprowadzone w odniesieniu do wadliwie skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) mogłoby prowadzić do odrzucenia ofert konkurencyjnych w stosunku do oferty Odwołującego (w tym Zgłaszającego przystąpienie) jako nie spełniających wymogów specyfikacji, tym samym pozbawiając Zgłaszającego przystąpienie możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym uzasadniając swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, Zgłaszający przystąpienie odnosił się do kwestii, które nie były przedmiotem orzekania przez Izbę, tj. wadliwości OPZ oraz oceny oferty Zgłaszającego przystąpienie w świetle zapisów OPZ, co nie jest przedmiotem rozstrzygania w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto za uprawdopodobnieniem braku interesu przemawiał fakt, że oferta Zgłaszającego przystąpienie złożona w tym postępowaniu, sklasyfikowana na pierwszym miejscu według kryteriów punktowych określonych w Rozdziale XVII ust. 1 SWZ (cena – 100 %) nie została uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i nie została odrzucona. Tym samym argumentacja Zgłaszającego przystąpienie odnosiła się do zdarzeń przyszłych i niepewnych tj. do ewentualnego stwierdzenia niezgodności jego oferty z treścią warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby zostało uprawdopodobnione, że Zgłaszający przystąpienie nie posiada interesu w rozstrzygnięciu postepowania na korzyść strony do której przystąpił tj. uznania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp za czynność prawidłową.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

<u>W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:</u>

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywne dostawy przez Wykonawcę do Zamawiającego przez okres 24 miesięcy asortymentu medycznego jednorazowego użytku". (nr referencyjny: Z/46/PN/22), zwane dalej „Postępowaniem" w podziale 23 części.

W zakresie zadania nr 20, zgodnie z pierwotnym brzmieniem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartym w treści Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ, w poz. 3, Zamawiający wymagał zaoferowania asortymentu:

Kaniula dożylna przeznaczona do małych, delikatnych żył u pacjentów neonatologicznych,

pediatrycznych i osób starszych. Posiadająca wyjmowany uchwyt w którym schowane są skrzydełka kaniuli, ułatwiające kaniulację naczynia. Bez dodatkowego portu górnego. Kaniula widoczna w promieniach RTG, 6 wtopionych pasków radiocieniujących. Wykonana z unikalnego poliuretanu, biokompatybilnego, o potwierdzonym klinicznie wpływie na zmniejszenie ryzyka wystąpienia zakrzepowego zapalenia żył (potwierdzone badaniami klinicznymi dołączonymi do oferty). Dodatkowy otwór przy ostrzu igły umożliwiający natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji (system 3-krotnego potwierdzenia wypływu krwi). Pakowane po 50 sztuk w opakowaniu. Rozmiary: 26G – fioletowy - 0,6 x 19 mm. – przepływ 14 ml/min i 24G – żółty - 0,7 x 19 mm. – przepływ 19 ml/min do wyboru zamawiającego.

Przedmiotowa pozycja formularza cenowego była – na skutek pytań wykonawców – przedmiotem siedmiokrotnych wyjaśnień Zamawiającego (wyjaśnienia z dnia 19.10, 21.11., 28.11, ponownie 28.11, 22.12., 30.12.2022 r. oraz 10.01.2023 r.). W wyniku tych wyjaśnień treść przedmiotowej pozycji formularza, której zaoferowania wymagał Zamawiający została ustalona jako:

Kaniula dożylna przeznaczona do małych, delikatnych żył u pacjentów neonatologicznych, pediatrycznych i osób starszych (lub kaniule do żył obwodowych typu Introcan Safety). Posiadająca wyjmowany uchwyt w którym schowane są skrzydełka kaniuli, ułatwiające kaniulację naczynia. Bez dodatkowego portu górnego. Kaniula widoczna w promieniach RTG, 6 (lub 4) wtopione paski radiocieniujące. Wykonana z unikalnego poliuretanu, biokompatybilnego. Dodatkowy otwór przy ostrzu igły umożliwiający natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji (system 3-krotnego potwierdzenia wypływu krwi). Pakowane po 50 sztuk w opakowaniu. Rozmiary: 26G – fioletowy - 0,6 x 19 mm. – przepływ 14 ml/min i 24G – żółty - 0,7 x 19 mm. – przepływ 19 ml/min do wyboru zamawiającego (lub 0,7 x19mm 22 ml/min 24G).

W toku postępowania oferty w zakresie części 20 złożyło dwóch wykonawców:

1. Odwołujący – na poziomie 825 984,00 zł brutto – oferta sklasyfikowana została przez

zamawiającego na drugim miejscu.

2. Aesculap Chifa sp. z o. o. z siedzibą w Nowym Tomyślu – na poziomie 682 884,00 zł

brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na pierwszym miejscu.

W dniu 19.04.2023 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie w zakresie części 20 na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający – odwołując się do wskazanej powyżej treści wyjaśnień wskazał, że udzielając odpowiedzi na zadane przez Wykonawcę Aesculap zapytania w zakresie zadania nr 20 poz. 3 jego intencją było umożliwienie zaoferowania konkurencyjnych produktów, zgodnie z zasadą równego traktowania Wykonawców i zasadą uczciwej konkurencji.

Zamawiający w trakcie trwania procesu badania i oceny ofert dostrzegł błąd w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 20 poz. 3 polegający na tym, że w jednej pozycji dopuścił możliwość zaoferowania kaniul do żył obwodowych typu Introcan Safety, które nie posiadając dodatkowego otworu przy ostrzu igły umożliwiającego natychmiastowe wzrokowe 8

potwierdzenie wejścia do naczynia podczas kaniulacji, natomiast w dalszej części opisu pozostawił wymóg posiadania powyżej opisanego dodatkowego otworu. W związku z powyższym de facto uniemożliwiło to zaoferowanie przedmiotu zamówienia tj. kaniul do żył obwodowych typu Introcan Safety, które zgodnie z treścią odpowiedzi na zapytania i modyfikacji Zamawiający dopuścił.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że doszło do wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, który stanowi naruszenie dyspozycji przepisu art. 16 pkt 1 i art. 99 p.z.p. Wskazania wymaga, że w myśl art. 99 ust. 1 i ust. 4 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w zakresie zadania nr 20 poz. 3 stał on się niespójny i niejednoznaczny. Jednoznaczne ustalenie rzeczywistego zakresu wymogów technicznych specyfikacji nie jest możliwe tj. dla pozycji 3 Zamawiający dopuszcza wprost kaniule dla żył obwodowych typu Introcan Safety, przy czym, wyartykułowany dalej w specyfikacji wymóg „dodatkowego otworu przy ostrzu igły", który musi być spełniony łącznie, a nie alternatywnie, powoduje, że wyżej wskazane dopuszczenie kaniul Introcan Safety jest pozorne, nie umożliwiające złożenia ważnej oferty.

Taka sytuacja narusza art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p., który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców oraz w sposób przejrzysty.

Wystąpienie przesłanek do unieważnienia przedmiotowego postepowania w zakresie zadania nr 20 na podstawie art. 255 ust. 6 p.z.p. potwierdza Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 909/22 z dnia 27.04.2022 r.: „Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 16 pkt 1 p.z.p. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 p.z.p. i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić". Z uwagi na okoliczności jak powyżej obowiązkiem Zamawiającego jest unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 255 pkt 6) – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że dla oceny czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie ma treść uzasadnienia tej czynności przekazanego przez

zamawiającego wykonawcom. Izba ocenia czynność zamawiającego w kontekście powodów ujawnionych w treści ww. uzasadnienia.

W dalszej kolejności, w ramach rozważań ogólnych, skład orzekający przyjął, że przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający będzie miał obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące okoliczności: - po pierwsze, postępowanie musi być obarczone wadą o nieusuwalnym charakterze;

- po drugie wada taka, musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie stanowiły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Powyższe oznaczało, że zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał unieważnienia postępowania, co czyniło zasadnym zarzut odwołania.

W pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający stwierdził w nim, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia parametrów asortymentu wskazanego w poz. 3 załącznika nr 2 do SWZ Formularz ofertowy w zakresie części 20 niezgodnie z intencją Zamawiającego. Argumentacja taka nie może zasługiwać na aprobatę. Izba pragnie podkreślić, że SWZ oraz sporządzone na jej podstawie ogłoszenie o zamówieniu stanowią oświadczenie woli zamawiającego co do kształtu przyszłego zobowiązania umownego między zamawiającym a wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę i Zamawiający jest zobowiązany formułować wszystkie swoje intencje i potrzeby w treści tych dokumentów. Postanowienia SWZ są bowiem wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. Nie mogą być one

zmieniane po terminie składania ofert i uzupełniane o niewyrażone w ich treści intencje

Zamawiającego. Analogicznie takie niewyrażone wprost w dokumentacji postępowania intencje nie 10

mogą same w sobie stanowić podstawy do stwierdzenia zaistnienia przesłanki wady postępowania, skutkującej jego unieważnieniem na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Taki ma bowiem charakter jedynie wada postępowania obejmująca naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia. Takiego przypadku dotyczył przywoływany przez Zamawiającego wyrok Izby sygn. KIO 909/22 z dnia 27.04.2022 r., który dotyczył oczekiwania od wykonawców zaoferowania określonego leku jako leku refundowanego, podczas gdy lek taki nie występował w obrocie prawnym, co zostało ocenione przez Izbę jako naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wadliwości postępowania dopatruje się natomiast w fakcie, że wyartykułowane w OPZ wymagania techniczne „dodatkowego otworu przy ostrzu igły" uniemożliwia w jego ocenie zaoferowanie konkretnego produktu tj. kaniul Introcan Safety. W tym miejscu Izba pragnie w pierwszej kolejności zauważyć, że okoliczność że konkretny produkt nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego nie stanowi

samo w sobie naruszenia przepisów. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym Izba stwierdziła, że „sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum". Podobnie Izba w wyroku z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08 wskazała, że „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji".

W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie przywoływana przez Zamawiającego okoliczność nie wskazuje na wystąpienie naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia, których skutkiem jest brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Należy zauważyć, że przywoływany przez Zamawiającego typ kaniul stanowi jedynie jedno z dopuszczonych do zaoferowania rozwiązań. Jednocześnie Zamawiający wprowadzając nazwę konkretnego rodzaju produktu, w opisie tego asortymentu użył rozwiązania sformułowania „typu", określając kategorię produktów oraz wskazując w opisie parametry oraz minimalne standardy jakościowe i techniczne, których oczekuje od wykonawców składających oferty.

Ponadto w ocenie Izby nie bez znaczenia jest fakt, że opis ten był przedmiotem szczególnej uwagi ze strony wykonawców, w wyniku której Zamawiający aż siedmiokrotnie udzielał wyjaśnień odnośnie jego zapisów. Pytania te dotyczyły także podnoszonej na obecnym etapie przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania kwestii dodatkowego otworu. W wyjaśnieniach z dnia 19.10.2022 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3: „Czy Zamawiający dopuści kaniule (…) bez otworu przy ostrzu igły (…)?" Zamawiający poinformował, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy i pozostaje przy zapisach SWZ. Z kolei w wyjaśnieniach z dnia

28.11.2022 r. w odpowiedzi na pytanie o dopuszczenie kaniuli dożylnej bez dodatkowego otworu przy ostrzu, Zamawiający ponownie poinformował, że nie przewiduje zmian w zakresie pytania wykonawcy i pozostawia zapisy SWZ bez zmian. Pomimo zatem wielokrotnych zapytań dot. opisu asortymentu w poz. 3 zadania nr 20, w tym pytań dotyczących bezpośrednio zawartego w opisie parametru obejmującego wymóg posiadania przez oferowane kaniule dodatkowego otworu przy ostrzu, a także wprowadzanych w opisie wymagań dla tej pozycji modyfikacji, Zamawiający konsekwentnie pozostawił ww. wymóg bez zmian jak również go nie usunął.

Nie może zatem w świetle powyższego spotkać się z akceptacją twierdzenie Zamawiającego postawione już na etapie badania i oceny ofert, że doszło do wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w ocenie Izby opis ten w zakresie przywoływanego parametru jest sporządzony w sposób jednoznaczny czy też wyczerpujący, zaś wymagania i potrzeby Zamawiającego zostały w sposób dostateczny wyrażone. Tym samym na uznanie nie zasługuje twierdzenie, że opis ten narusza przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 ust. 1 Pzp co miałoby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……