Sygn. akt: KIO 3574/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Baxter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Medan Spółka Jawna, Pawlak i S-Ka, z siedzibą w Bydgoszczy**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: niezwłoczne udostępnienie odwołującemu protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dalsze prowadzenie postępowania w części 2 w grupie 1B.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy i**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Baxter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Medan Spółka Jawna, Pawlak i S-Ka, z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od zamawiającego Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. dr Emila Warmińskiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Baxter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Medan Spółka Jawna, Pawlak i S-Ka, z siedzibą w Bydgoszczykwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 3574/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„sukcesywne dostawy materiałów do terapii nerkozastępczej", nr postępowania: DZP-270-27-2024.*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2024 r., za numerem OJ S 146/2024, 454956-2024.

W dniu 30 września 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Baxter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Medan Spółka Jawna, Pawlak i S-Ka, z siedzibą w Bydgoszczy – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: zaniechania dokonania wyboru oferty w części zamówienia 1B oraz wobec nieudostępnienia niezwłocznie protokołu postępowania Odwołującemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 254 ustawy pzp przez zaniechanie rozstrzygnięcia postępowania w części zamówienia 1B, mimo że Zamawiający był do tego zobowiązany,

2) art. 74 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: „Rozporządzenie") przez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia protokołu postępowania na wniosek Odwołującego, mimo że Zamawiający był do tego zobowiązany.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) wykonania czynności wyłonienia zwycięzcy postępowania w części 1B;

2) niezwłocznego udostępnienia protokołu postępowania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia w częściach (1A oraz 1B). Zamawiający określił wartość części 1B zamówienia na kwotę 1.068.548,76 zł. Odwołujący złożyli ofertę w postępowaniu w dniu 28 sierpnia 2024 r., poświęcając znaczną ilość czasu i zasobów na jej przygotowanie. Oferta została opracowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, uwzględniając wszelkie formalne i merytoryczne wytyczne zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) oraz pozostałych dokumentach przetargowych. W trakcie postępowania Odwołujący odnosili wrażenie, że wszystkie elementy postępowania przebiegają prawidłowo i zgodnie z założeniami Zamawiającego. Z rozmów, które Odwołujący prowadzili z przedstawicielami Zamawiającego, w tym użytkownikami końcowymi (Oddział OIT), wynikało, że intencją Zamawiającego było korzystanie zarówno z bazy sprzętowej udostępnianej przez Odwołującego (urządzenia PrisMax), jak i własnych zasobów (producent: FMC, aparaty Multifiltrat). Takie rozmowy i deklaracje ze strony Zamawiającego wprowadziły Odwołujących w przekonanie, że złożenie oferty w części 1B jest w pełni uzasadnione i zgodne z potrzebami Zamawiającego. Nic nie wskazywało na to, że Zamawiający miał zamiar wyłonić zwycięzcę wyłącznie w części 1A, z pominięciem wyłonienia zwycięzcy w części 1B. Co więcej ani w SWZ, ani w innych dokumentach przetargowych nie było wzmianki o możliwości rezygnacji z wyboru oferty w części 1B. W dniu 18 września 2024 r. Odwołujący uzyskali informację, że Zamawiający wyłonił w postępowaniu zwycięską ofertę dla części 1A zamówienia. Wykonawcy byli jednak przekonani, że Zamawiający ma zamiar wyłonić także zwycięzcę w części 1B zamówienia. Jednakże, tak się nie stało, a Zamawiający poinformował Baxter Polska w rozmowie telefonicznej, że nie wyłoni zwycięzcy w części 1B zamówienia. Baxter Polska zawarł umowę z Zamawiającym w ramach innego postępowania przetargowego (trwającą do dnia 23 sierpnia 2025 r.). Postępowanie zostało wówczas przeprowadzone w sposób prawidłowy. Zamawiający posiada więc doświadczenie w organizowaniu przetargów i wie, jak przeprowadzać postępowania zgodnie z przepisami i zasadami równej konkurencji. W postępowaniu natomiast Zamawiający rażąco naruszył przepisy ustawy pzp, gdyż nie dokonał wyboru oferty w postępowaniu w części 1B, a także nie udostępnił niezwłocznie protokołu postępowania.

Odwołujący wskazał, że części postępowania o udzielenie zamówienia, w świetle przepisów ustawy pzp, są odrębnymi zamówieniami. Zgodnie z art. 91 ustawy pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdza to także judykatura Krajowej Izby Odwoławczej. Nie ulega więc wątpliwości, że części zamówienia powinni być traktowane jako odrębne zamówienia. W przypadku postępowania występują więc dwa odrębne zamówienia: 1A oraz 1B. Opierając się na fakcie, że część 1B jest odrębnym zamówieniem, wskazał, iż na Zamawiającym ciąży obowiązek wyłonienia zwycięzcy postępowania także w tej części. Zgodnie z art. 254 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia może zakończyć się w dwóch wariantach: (i) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego; lub (ii) unieważnieniem postępowania. Zamawiający nie zakończył postępowania w części 1B poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie nie zostało również unieważnione, do czego konieczne byłoby spełnienie jednej z przesłanek z art. 255 ustawy pzp (co nie nastąpiło w postępowaniu, ani czego Zamawiający nie próbował nawet wykazywać). Z uwagi na powyższe, na Zamawiającym ciąży obowiązek wyłonienia zwycięzcy postępowania w części 1B.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy pzp protokół postępowania sporządzany przez zamawiającego w toku postępowania jest jawny, a zamawiający ma obowiązek go udostępnić na wniosek wykonawcy. Jak wskazuje art. 5 ust. 4 Rozporządzenia, Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. W literaturze nie ulega wątpliwości, że „prowadzony na bieżąco przez zamawiającego protokół postępowania jest jawny, a zainteresowani jego treścią wykonawcy lub inne podmioty mają prawo zapoznać się z nim na każdym etapie postępowania". Baxter Polska, chcąc skorzystać z przysługującego mu prawa dostępu do protokołu postępowania, w dniu 23 września 2024 r. skierował do Zamawiającego wniosek o dostęp do protokołu postępowania, w toku którego złożył ofertę w części 1B. W dniu 24 września 2024 r. Baxter Polska otrzymał jednak odpowiedź odmowną od Zamawiającego, który wskazał, że „protokół postępowania nie został jeszcze przygotowany". Odwołujący podkreślił, że ze względu na zaniechanie przez Zamawiającego wyłonienia zwycięzcy w części 1B postępowania, Wykonawcy poczynili kroki w celu przygotowania do złożenia odwołania. Protokół postępowania jest niezbędnym materiałem dowodowym, z którym to jednak Wykonawcy, ze względu na naruszenie prawa przez Zamawiającego, nie są w stanie się zapoznać. Odwołujący podlegają bezwzględnemu 10-dniowemu terminowi złożenia odwołania w sprawie. Krajowa Izba Odwoławcza jest zdania, że udostępnienie protokołu wraz z załącznikami ostatniego dnia 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania, narusza przepisy ustawy pzp dotyczące obowiązku niezwłocznego udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami. Tym bardziej więc naruszeniem przepisów ustawy pzp jest zaniechanie Zamawiającego, polegające na nieudostępnieniu protokołu w ogóle.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz odwołania wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „4. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

4.1. Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy materiałów do terapii nerko zastępczej.

4.2. Przedmiot zamówienia podzielony jest na Grupę 1A i Grupę 1B:

Opis: Wykonawca składa ofertę na Grupę 1A lub Grupę 1B, w zależności od rodzaju oferowanego asortymentu.

1A: Temat: Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami Multifiltrate i Multifiltrate PRO (…)

1B: Temat: Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami innymi niż Multifiltrate/Multifiltrate PRO. (…)

Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych. (…)

4.3. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych na poszczególne części zamówienia, z tym, że części nie mogą być dzielone przez Wykonawców, oferty nie zawierające pełnego zakresu przedmiotu zamówienia określonego dla danej części zostaną odrzucone.

4.4. Wykonawca może złożyć ofertę w odniesieniu do (…) tylko jednej części zamówienia. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia."

- „6. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: 24 miesiące od da udzielenia zamówienia – dla Grupy 1A i Grupy 1B."

- „22. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU C OFERT 22.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria:

Część zamówienia 1A - Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami Multifiltrate i Multifiltrate PRO 1B - Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami innymi niż Multifiltrate/Multifiltrate PRO Nazwa kryterium - waga [%] 1 - Cena – 100."

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ: Formularz asortymentowo-cenowy: Wykonawcy byli zobowiązani wskazać asortyment i ceny do grupy 1A lub grupy 1 B.

Zgodnie z formularzem ofertowym: *„1) oferujemy wykonanie poszczególnych części przedmiotu zamówienia, stosując niżej wymienione stawki:"* i tu odrębnie grupa 1A i 1B.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu:

5.1. Część zamówienia: LOT-0001: Tytuł: Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami innymi niż Multifiltrate/Multifiltrate PRO

5.1. Część zamówienia: LOT-0002 Tytuł: Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami Multifiltrate i Multifiltrate PRO

Zgodnie z informacją z dnia 30 sierpnia 2024 r. o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia:

„Zamawiający na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t .j. Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.) informuje, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: Grupa 1A – 913.459,44 zł Grupa 1B – 1.068.548,76 zł."

Zgodnie z informacją z dnia 18 września 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w Grupie 1A.

Zgodnie z protokołem postępowania:

- pkt 2 Przedmiot zamówienia: „Zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania: TAK"; „W ramach postępowania możliwe jest składanie ofert częściowych: TAK Nazwa przedmiotu zamówienia - część nr 1 Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami Multifiltrate i Multifiltrate PRO Nazwa przedmiotu zamówienia - część nr 2 *Materiały do przeprowadzenia ciągłej terapii nerkozastępczej aparatami innymi niż Multifiltrate/Multifiltrate PRO"*

- pkt 3 Wartość zamówień (w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych) z podziałem na części: *„1. 845 388.00 zł, co stanowi równowartość 182 309.63 euro, 2. 989 397.00 zł, co stanowi równowartość 213 365.47 euro."*

- pkt 12 Otwarcie ofert - część 1: *„Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości ... zł brutto, w tym w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, kwotę na sfinansowanie: 1 części 1 zamówienia w wysokości 913 459.44 zł brutto."*

- pkt 12 Otwarcie ofert - część 2: *„3. Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości ... zł brutto, w tym w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, kwotę na sfinansowanie: 1 części 2 zamówienia w wysokości 1 068 548.76 zł brutto."*

- pkt 13 Zestawienie ofert - część 1: *„Do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty: (…) 1. FRESENIUS MEDICAL CARE POLSKA, UL. KRZYWA 9, 60-118 POZNAŃ NIP: 7831480785; Cena: 895 323.24 zł; Kryteria oceny ofert: Cena."*

- pkt 13 Zestawienie ofert - część 2: *„Do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty: (…) 1. Baxter Polska Sp. z o.o., Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa NIP: 8271818828; Cena: 1 056 595.10 zł; Kryteria oceny ofert: Cena."*

- pkt 15 Najkorzystniejsza oferta - część 1: X najkorzystniejszą ofertę wybrano (…) 2. Ocena ofert 1. FRESENIUS MEDICAL CARE POLSKA, Liczba punktów w kryterium: Cena - 100.00, Razem - 100.00 (…) Jako najkorzystniejszą sze) wybrano (…) 1 ofertę FRESENIUS MEDICAL CARE POLSKA, UL. KRZYWA 9, 60-118 POZNAŃ, Cena: 895 323.24 zł

- pkt 15 Najkorzystniejsza oferta - część 2: *„2. Ocena ofert (…) 1. Baxter Polska Sp. z o.o., Liczba punktów w kryterium: Cena - 100.00, Razem - 100.00."*

Bezsporne było, że Odwołujący złożył ofertę w części 1B postępowania, a na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w tej części postępowania. Zamawiający nie zakończył również postępowania w części 2 zawarciem umowy czy też jego unieważnieniem. Jak wynika z oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie Zamawiający nie zamierza dokonywać dalszych czynności w postępowaniu uznając, że postępowanie nie zostało podzielone na części, a Zamawiający dokonał już wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Izba ustaliła, że w dniu 23 września 2024 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o dostęp do protokołu postępowania. W dniu 24 września 2024 r. Odwołujący otrzymał odpowiedź odmowną od Zamawiającego, który wskazał, że „protokół postępowania nie został jeszcze przygotowany", a co wynika z korespondencji elektronicznej prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym (dowód załączony do odwołania).

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający zaniechał rozstrzygnięcia postępowania w części zamówienia dotyczącej przedmiotu z grupy 1B oraz czy naruszył zasadę jawności przez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu z postępowania na jego wniosek. Izba na podstawie analizy dokumentacji postępowania oraz stanowisk Stron prezentowanych na rozprawie doszła do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 254 ustawy pzp i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w części dotyczącej grupy 1B na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia,*

określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. 2. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części." Zdaniem Izby, analiza dokumentacji zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu prowadzi do oczywistego wniosku, że wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie przedmiot zamówienia został podzielony na części. Zamawiający dopuścił bowiem wprost w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwość składania ofert częściowych: część 1: grupa 1A i część 2: grupa 1B. Jak wynika z treści SWZ (o czym w ustaleniach faktycznych) Zamawiający w pkt 4.2. wskazał, że przedmiot zamówienia jest podzielony na dwie grupy, natomiast w pkt 4.3. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na poszczególne części zamówienia. Co więcej, w kryteriach oceny ofert Zamawiający rozdzielił ocenę względem części 1 i części 2. Podobne ustalenia wynikają z ogłoszenia o zamówieniu, gdzie w pkt 5.1. i kolejnych podpunktach Zamawiający opisał poszczególne części zamówienia, terminy ich realizacji, kryteria oceny ofert itd. W ocenie Izby, na podstawie treści powyższych dokumentów żaden z wykonawców nie powinien mieć wątpliwości, że zamówienie zostało podzielone na części, a w ramach każdej z tych części zostanie dokonany wybór oferty najkorzystniejszej i zawarta umowa co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chybiona zatem okazała się argumentacja Zamawiającego, że Odwołujący powinien był na etapie ogłoszonego postępowania wnosić o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie podziału zamówienia na części. Być może intencją Zamawiającego był brak podziału zamówienia na części niemniej jednak ta potrzeba Zamawiającego nie znalazła odzwierciedlenia w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Izba zauważa dodatkowo, że w takiej sytuacji Zamawiający byłby zobowiązany zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 2 ustawy pzp wskazać w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Takiego uzasadnienia próżno szukać w dokumentacji zamówienia, gdyż Zamawiający jednoznacznie wskazał, że dopuszcza składanie ofert częściowych. Kluczową okolicznością przesądzającą, że stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie jest sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy są informacje podane w protokole prowadzonego postępowania. Jak wynika z tego dokumentu Zamawiający dokonał odrębnego szacowania poszczególnych części zamówienia, odnotował wprost, że przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części, wskazał odmienne kwoty przeznaczone na sfinansowanie każdej z części, rozpisał dla każdej z nich otwarcie ofert, a co znamienne Zamawiający dla obu części dokonał oceny ofert, gdzie dla części 1 oferta FRESENIUS MEDICAL CARE POLSKA uzyskała 100 pkt w kryteriach oceny ofert, a części 2 oferta Odwołującego uzyskała 100 pkt. Jeśli więc byłoby tak jak twierdził Zamawiający, że przedmiot zamówienia jest jeden to Zamawiający musiałby dokonać oceny wszystkich ofert w postępowaniu łącznie przez przyznanie im odpowiednio do wagi kryterium punkty, przy czym tylko jedna oferta uzyskałaby 100 pkt. Stanowisko Zamawiającego prezentowane w postępowaniu odwoławczym pozostaje więc w całkowitej sprzeczności z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało niewątpliwie podzielone na części, a więc jak słusznie podnosił Odwołujący, w każdej z nich Zamawiający jest zobowiązany dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zakończyć postępowanie w części 1A i odrębnie w części 1B zawarciem umowy bądź unieważnieniem postępowania w myśl dyspozycji przepisu art. 254 ustawy pzp. Izba uznała więc za zasadną argumentację przedstawioną przez Odwołującego, że Zamawiający, wbrew swojemu przekonaniu, jest zobowiązany zakończyć postępowanie w sposób określony w art. 254 ustawy pzp w zakresie części 2 obejmującej grupę 1B. Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający oświadczył na rozprawie, że nie zamierza kontynuować postępowania w części 1B i podejmować dalszych czynności w postępowaniu dla tej części, gdyż w jego ocenie dokonał już wyboru najkorzystniejszej oferty w grupie 1A, a podział na grupy miał wyłącznie na celu uniknięcie zarzutu opisania przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję. Zamawiający podkreślał, że grupa 1A obejmowała przedmiot zamówienia wskazujący na konkretny produkt, natomiast grupa 1B opisywała produkty innych producentów niż w grupie 1A, a obie grupy stanowiły jeden przedmiot zamówienia. Jak już zostało podniesione, Zamawiający wbrew własnym twierdzeniom ogłosił postępowanie na dwie części zamówienia, stąd postępowanie w każdej z nich musi zakończyć w sposób określony art. 254 ustawy pzp. W tym stanie faktycznym Izba stwierdziła więc naruszenie dyspozycji art. 254 ustawy pzp, ponieważ Zamawiający jest zobowiązany kontynuować postępowanie w części 1B, co Izba nakazała w sentencji orzeczenia nie będąc związana żądaniami odwołania. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty, który kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem z tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu (art. 7 pkt 18 ustawy pzp). Zamawiający dokonuje zatem czynności w postępowaniu, które ostatecznie prowadzą do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czego Izba nie mogła jednak nakazać. To zamawiający w ramach kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia podejmuje ostateczne decyzje co do wyboru oferty w postępowaniu na podstawie szeregu czynności: oceny oferty i weryfikacji spełnienia warunków przez wykonawcę oraz braku podstaw wykluczenia i Izba nie może zamawiającego zastąpić w prowadzeniu postępowania, a w konsekwencji Izba nie jest uprawniona uwzględniając odwołanie nakazać zamawiającemu dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (jak w żądaniu odwołania).

Izba podzieliła więc stanowisko Odwołującego, że w postępowaniu przewidziano możliwość składania ofert na dwie części zamówienia i jako odrębne postępowania każde z nich powinno zakończyć się w sposób określony dyspozycją art. 254 ustawy pzp – *„Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się: 1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo 2) unieważnieniem postępowania.”,* czego Zamawiający zaniechał dla części 1B. Dalszy sposób prowadzenia postępowania w części 2 leży jednak w gestii Zamawiającego.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 ustawy pzp to Izba uznała zarzut za zasadny. Na wstępie podkreślenia wymaga, że zasada jawności stanowi naczelną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz gwarancję jego transparentności. Niewątpliwie jej przestrzeganie stanowi jeden z zasadniczych obowiązków zamawiającego jako gospodarza postępowania nakazując zapewnienie powszechnego dostępu do informacji o zamówieniu od wszczęcia do zakończenia postępowania. W doktrynie akcentuje się, że *„jawność przesądza o skuteczności weryfikacji działań zamawiającego, sformułowanie jednoznacznie brzmiącej zasady stało się niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych”* (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Legalis 2015, kom. do art. 8), a więc zasada jawności jest niezbędnym elementem kontroli sposobu wydatkowania środków publicznych, dokonywanej również przez samo społeczeństwo (P. Szustakiewicz, w: M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych, 2018, kom. do art. 8) dając możliwość zweryfikowania działań zamawiającego i ich zakwestionowania w ramach środków ochrony prawnej. Jawność w postępowaniu pozwala na urzeczywistnienie pozostałych zasad, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także koresponduje z zasadą przejrzystości, nakazującej podejmowanie poszczególnych czynności w postępowaniu w odpowiednim porządku. Jak wynika z art. 18 ust. 2 zasada jawności może zostać ograniczona wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Innymi słowy odmowa dostępu do informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwa wyłącznie, gdy zamawiającemu zezwala na to przepis o randze ustawowej. Jak wywodził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 69/22:*„Wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postępowania stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci.”* Jawność postępowania o zamówienie publiczne stanowi więc prawo każdego wykonawcy dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i jednocześnie jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie umożliwili wykonawcom dostęp do tych informacji.

Na gruncie ustawy pzp zasada jawności jest realizowana poprzez nałożenie na zamawiającego szeregu obowiązków informacyjnych, w tym m.in. wyrażona zostaje poprzez konieczność dokumentowania przebiegu postępowania oraz udostępniania na odpowiednim etapie protokołu postępowania i załączników do protokołu. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO 2447/13 z dnia 4 listopada 2013 r.:*„Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby – nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie przez wykonawców oceny czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji zakreśla w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgadzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.”* W myśl art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (…).”* Jak stanowi par. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2020 poz. 2434 z późn. zm.):*„1. Protokół postępowania lub załączniki do protokołu postępowania udostępnia się w oryginale lub kopii. 2. Udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. 3. Jeżeli udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków*

komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe: 1) z przyczyn o charakterze technicznym, 2) z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych, 3) w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy, 4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę, wskazując, że udostępnienie, zgodnie z wyborem zamawiającego, może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1041 i 2320) lub za pośrednictwem posłańca. 4. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie."

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy w ocenie Izby analiza przywołanych regulacji wyznacza jednoznacznie obowiązki zamawiającego w zakresie udostępniania dokumentów w postępowaniu gwarantujące zachowanie zasady jawności, a których to obowiązków Zamawiający niewątpliwie nie przestrzegał w niniejszym postępowaniu. Jak wynika z dowodów załączonych do odwołania przez Odwołującego Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu protokołu z postępowania, o które wnioskował. Izba zauważa, że udostępnienie powinno nastąpić „niezwłocznie" jak stanowi rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku PWN termin „niezwłoczny" oznacza taki, który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie, a więc bez zbędnej (nieuzasadnionej) zwłoki. Aby ustalić czy nieostry termin „niezwłoczny" został zachowany należy ocenić czy przeszkody w udostępnieniu dokumentów były natury względnie obiektywnej. Zauważenia wymaga, że na takie przyczyny wskazano w rozporządzeniu w sprawie protokołu postępowania, który stanowi w par. 5, że w przypadku, gdy: „*udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe: 1) z przyczyn o charakterze technicznym, 2) z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych, 3) w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy, 4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę"* wskazując jeden ze sposobów udostępnienia, przykładowo poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego. Z regulacji wynika również, że nawet jeśli po stronie zamawiającego wystąpi przeszkoda w udostępnieniu dokumentów to jest zobowiązany niezwłocznie poinformować wykonawcę w jaki sposób może zapoznać się z jawnymi informacjami dotyczącymi postepowania, aby nie doprowadzić w tym zakresie do nieuzasadnionego ograniczenia. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający wskazał, że protokół nie został jeszcze przygotowany, co nie wypełnia przesłanek przeszkody, o których mowa powyżej. Nie ulega więc wątpliwości, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, przeszkoda w niezwłocznym udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów nie została wywołana przyczyną obiektywną, niezależną od zamawiającego, taką która wystąpiła pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności, a wyłącznie sposobem procedowania Zamawiającego naruszającym jednocześnie zasadę przejrzystości. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania.",* co jednoznacznie determinuje obowiązki Zamawiającego w przygotowywaniu protokołu postępowania na bieżąco, aby w myśl art. 74 ust. 1 ustawy pzp mógł zostać udostępniony na wniosek na każdym etapie postępowania. Zamawiający zaniechał udostępnienia protokołu Odwołującemu dlatego też Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 ustawy pzp zasługiwał na uwzględnienie. Irrelewantne dla sprawy były podnoszone przez Zamawiającego kwestie udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu, mając na względzie, że Odwołujący wnioskował o dokument protokołu postępowania, którego nie otrzymał, a który zawiera zbiorcze informacje o samym postępowaniu, jego przygotowaniu i prowadzonych w jego toku czynnościach.

W ocenie Izby naruszenia Zamawiającego mogą mieć wpływ na wynik postępowania, co jest okolicznością wystarczającą dla uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 ustawy pzp) i nakazania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie udostępnił dokumentu jawnego – protokołu postępowania, czym ograniczył w sposób nieuzasadniony możliwość na zapoznanie się z nim i jego weryfikację przez Odwołującego. Naruszenie zasady jawności i udostępnienia dokumentów mogą mieć więc wpływ na wynik postępowania. Ponadto, Zamawiający zgodnie z własnym przekonaniem nie zamierzał kontynuować postępowania w części 2 zamówienia, czym naruszył dyspozycję art. 254 ustawy pzp i co w sposób oczywisty może mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet

niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie spisu kosztów złożonego przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: ……