

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 lipca 2024 r.** przez wykonawcę: **OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w Opolu Sp. z o.o., ul. Kośnego 53, 45-372 Opole** uczestnik po stronie zamawiającego – **CIRRO Sp. z o.o., ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego: **Szpital Wojewódzki w Opolu Sp. z o.o., ul. Kośnego 53, 45-372 Opole** art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego: **CIRRO Sp. z o.o., ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok** w sytuacji gdy z oferty Przystępującego jak również złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień wraz z środkami dowodowymi wynika, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego w SWZ i załącznikach, a złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i przedmiotowe środki dowodowe dodatkowo potwierdziły niezgodność oferowanego przez Przystępującego przedmiotu zamówienia z dokumentacją postępowania, w szczególności w odniesieniu do parametrów określonych przez Zamawiającego w treści zał. nr 2.1. do SWZ (szczegółowo określonych w uzasadnieniu poniżej), wobec czego powinna podlegać odrzuceniu – w konsekwencji zarzutów nr 1 i 2 naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego: **OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa** jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu, a oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza, z uwagi na brak substratu zaskarżenia;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów, do złożenia których zobowiązał go Zamawiający na mocy wezwania z 05 lipca 2024 r., zakreślając mu termin do dnia 10 lipca 2024 r. do godziny 09:00, a który to Przystępującego złożył stosowne pismo obejmujące wyjaśnienia wraz z dokumentami w dniu 11 lipca 2024 r., co potwierdza podpis znajdujący się na treści dokumentu, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty w oparciu o ww. podstawę prawną, z uwagi na wycofanie zarzutu.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa**

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500, 00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa** tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa** tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego, jak i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.;

4.2. zasądza od wykonawcy **OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa** a rzecz **Szpitala Wojewódzkiego w Opolu Sp. z o.o., ul. Kośnego 53, 45-372 Opole** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika Zamawiającego.

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 2724/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy prowadzonego w trybie podstawowym, z możliwością negocjowania treści ofert w celu ich ulepszenia pn. „*Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem sprzętu medycznego*”, sygn. sprawy: TP.D.DT.31.24, zadanie nr 1, tj. „*Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego*”, zostało wszczęte ogłoszeniem

opublikowanym w opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.05.2024 r. pod nr 2024/BZP 00327501 przez: Szpital Wojewódzki w Opolu Sp. z o.o., ul. Kośnego 53, 45-372 Opole zwane dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp” albo „PZP” albo „pzp”.

W dniu 25.07.2024 r. (za pomocą Platformy Zakupowej Zamawiającego) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania dla Zadania nr 1: „(...) Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605z późn. zm.), Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. (...)”

W niniejszym postępowaniu złożone przez uczestników przedmiotowego postępowania kolejne odwołania na rozstrzygnięcie postępowania potwierdzają, iż opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Zadania nr 1 jest dla Wykonawców nieprecyzyjny i budzi wiele wątpliwości co do właściwej interpretacji wymogów Zamawiającego określonych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej określonej w Załączniku nr 2.1 do SWZ. Z tego też powodu wymagania Zamawiającego wymagają takiego doprecyzowania, aby każdy z Wykonawców był pewien jakie urządzenie i o jakich parametrach jest przedmiotem postępowania.

Na tym etapie tj. prowadzonego postępowania i po upływie terminu składania ofert nie ma już możliwości doprecyzowania poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia zawartych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej (Załącznik nr 2.1 do SWZ), dlatego też przedmiotowe postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, iż celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy oraz mając na uwadze powyższe Zamawiający unieważnia postępowanie dla Zadania nr 1 - „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego” w ramach postępowania: Znak/Sygnatura sprawy: TP.D.DT.31.24 pn. „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem sprzętu medycznego” z zamiarem wszczęcia kolejnego, które wyeliminuje wszystkie wątpliwości Wykonawców ujawnionych w tym postępowaniu. Wobec powyższego, postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, przez co podlega ono unieważnieniu zgodnie z zapisami art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U 2023 poz. 1605 z późn. zm.) zwanej dalej PZP, w następstwie Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. (...)”.

Dnia 30.07.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 25.07.2024 r. dla Zadania nr 1 złożyło OPTA-TECH Sp. z o.o., Al. KEN 36, lok. U211; 02-797 Warszawa zwana dalej: „OPTA-TECH Sp. z o.o. albo „Odwołującym”. Sformułował następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 255 pkt 6) PZP w zw. z art. 457 PZP oraz art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 6) PZP nie zaistniały, przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie było obciążone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (w szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy PZP), a Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej unieważnił przedmiotowe postępowanie (co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawco w), powołując przy tym uzasadnienie faktyczne w sposób niejasny i budzący wątpliwości, czym dodatkowo naruszył art. 260 ust. 1 PZP i to w sytuacji, w której oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnienia) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia; 2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 7 pkt 29 PZP, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CIRRO w sytuacji gdy z oferty Wykonawcy CIRRO jak również złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień wraz z środkami dowodowymi wynika, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego w SWZ i załącznikach, a złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i przedmiotowe środki dowodowe dodatkowo potwierdziły niezgodność oferowanego przez CIRRO przedmiotu zamówienia z dokumentacją postępowania, w szczególności w odniesieniu do parametrów określonych przez Zamawiającego w treści zał. nr 2.1. do SWZ (szczegółowo określonych w uzasadnieniu poniżej), wobec czego powinna podlegać odrzuceniu – w konsekwencji zarzuto w nr 1 i 2 naruszenie 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; 3. z ostrożności procesowej – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CIRRO, w sytuacji gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów, do złożenia których zobowiązał go Zamawiający na mocy wezwania z 05.07.2024 r., określając mu termin do dnia 10.07.2024 r. do godziny 09:00, a który to wykonawca CIRRO złożył stosowne pismo obejmujące wyjaśnienia

wraz z dokumentami w dniu 11.07.2024 r., co potwierdza podpis znajdujący się na treści dokumentu, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty w oparciu o ww. podstawę prawną; II. W nawiązaniu do przedstawionych powyżej zarzutów, wskazał żądanie rozstrzygnięcia polegającego na: 1. uwzględnieniu odwołania, 2. nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności podjętej w dniu 25.07.2024 r., czynności polegającej na unieważnienia postępowania, 3. nakazaniu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem powyższych okoliczności oraz oferty Odwołującego i CIRRO, w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy CIRRO, III. Jednocześnie wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania – Odwołujący zastrzega możliwość wniesienia dowodów na dalszym etapie postępowania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia. W ramach zadania nr 1 pn.: „*Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego*” ofertę złożyli wykonawca CIRRO oraz Odwołujący. Termin składania ofert i otwarcia ofert oraz informacji z otwarcia przypadał na 06.06.2024 r. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, przy uwzględnieniu jedynego kryterium oceny ofert jaką jest cena.

Odwołujący jeszcze tego samego dnia, tj. 06.06.2024 r. wystosował do Zamawiającego wniosek o udostępnienie oferty CIRRO. Po uzyskaniu wglądu do oferty CIRRO i dokonaniu wnikliwej analizy, Odwołujący poinformował Zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach w ofercie wykonawcy CIRRO potwierdzających, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.

Dowód:

- *Pismo z 06.06.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

Pismem z 18.06.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, wobec powyższych wątpliwości dot. spełniania wymogów określonych w Zał. nr 2.1. do SWZ, jako parametry z poz. nr 1 (Bezpieczne i bezkontaktowe dozowanie formaliny) i poz. nr 22 (Maksymalne wymiary urządzenia).

W odpowiedzi z 19.06.2024 r., Odwołujący ustosunkował się do powyższych wątpliwości. Wyjaśnienia wraz z dołączonym materiałem dowodowym przesądzały jednoznacznie, iż oferta Odwołującego spełnia wymogi wynikające z ww. parametrów.

Dowód:

- *Pismo z 18.06.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

- *Pismo z 19.06.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

Pismem z 28.06.2024 r. zatytułowanym „*Zawiadomienie o wyniku postępowania*” Zamawiający poinformował wykonawców o swojej decyzji. W ramach zadania nr 1 Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy CIRRO jako najkorzystniejszej, odrzucając przy tym ofertę Odwołującego.

Dowód:

- *Zawiadomienie o wyniku postępowania z 28.06.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

Niezwłocznie po uzyskaniu powyższych informacji, Odwołujący pismem z 28.06.2024 r. zawnioskował do Zamawiającego o przekazanie całej części jawnej korespondencji wymienianej z Wykonawcą CIRRO, w okresie pomiędzy upływem terminu składania ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej. W odpowiedzi Odwołujący uzyskał wgląd do treści pisma Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2024 r., które skierował do CIRRO - wezwanie do ustosunkowania się do zarzutów Odwołującego zawartych w jego piśmie. W odpowiedzi z 14.06.2024 r. wykonawca CIRRO zakwestionował stanowisko oraz argumentację Odwołującego.

Dowód:

- *Pismo z 10.06.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

- *Pismo z 14.06.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

Z analizy ww. korespondencji wynika szereg zaniechań Zamawiającego, w szczególności zaś:

a) zaniechanie pełnej i wszechstronnej analizy przedłożonych przez wykonawcę CIRRO wraz z ofertą dokumentów oraz dokumentów złożonych w wyjaśnieniach z 14.06.2024 r., których treść nie potwierdza spełnienia wymogów określonych w dokumentacji Postępowania, w szczególności w odniesieniu do kilku parametrów opisanych w Zał. nr. 2.1. do SWZ (szczegółowo omówionych w dalszej części odwołania) - treść złożonych wyjaśnień oraz załącznika złożonego wraz z ofertą, wprost przeczą, jakoby przedmiot oferty spełniał wymagania określone w SWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty CIRRO;

b) zaniechanie wezwania do złożenia lub uzupełnienia niezłożonych lub niekompletnych przedmiotowych oraz podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień treści złożonej oferty;

Część ww. zastrzeżeń Odwołującego znana wcześniej została wyrażona już w piśmie z 06.06.2024 r., w którym to Odwołujący wskazał Zamawiającemu szereg niezgodności, powołując przy tym szeroki materiał dowodowy. Tym bardziej zaskakująca była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty CIRRO jako najkorzystniejszej, skoro Zamawiający dysponował odpowiednimi w tym zakresie informacjami uzyskanymi od Odwołującego, które powinny poddać w wątpliwość zasadność dokonanego wyboru i stanowić punkt wyjścia dla Zamawiającego uzasadniający formułowanie ewentualnych dalszych pism wzywających do wyjaśnień, względnie odrzucenia oferty CIRRO. Niemniej jednak z uwagi na

rozstrzygnięcie Zamawiającego, dwoma pismami z 28.06.2024 r. Odwołujący ponownie wskazał Zamawiającemu na szereg wątpliwości dot. oferty wykonawcy CIRRO, powołując kolejne okoliczności oraz w ramach drugiego pisma zwrócił uwagę Zamawiającemu, na bezzasadność jego decyzji o odrzuceniu jego oferty, niejako wzywając Zamawiającego do rewizji podjętych w postępowaniu czynności.

Dowód:

•*Dwa pisma Odwołującego z 28.06.2024 r.; (w dokumentacji postępowania);*

Wobec bierności Zamawiającego, Odwołujący zmuszony był do wniesienia w dniu 3 lipca 2024 r. odwołania, stojąc na stanowisku, że czynności i zaniechania Zamawiającego są niezgodne z przepisami ustawy PZP i mają istotny wpływ na wynik postępowania.

Dowód:

•*Odwołanie z 03.07.2024 r.; (w dokumentacji postępowania);*

Pismem z 05.07.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 28.06.2024 r. Co przy tym istotne, Zamawiający w treści decyzji z 05.07.2024 r. całkowicie pominął kwestię dot. odrzucenia oferty Odwołującego, zmuszając tym samym Odwołującego do rozważenia podejmowanych przez niego czynności w toku postępowania odwoławczego, z uwagi na możliwe złamanie przez Zamawiającego tzw. zasady koncentracji środków ochrony prawnej.

Dowód:

•*Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania nr 1 z 05.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

Pismem z 19.07.2024 r. Zamawiający po raz kolejny poinformował o wyniku postępowania dla zadania nr 1, ponownie dokonując wyboru oferty CIRRO jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w stanie faktycznym sprawy, a mimo unieważnienia pierwotnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej CIRRO, Zamawiający w wyniku powtórnego (pozornego) badania i oceny ofert, ponownie podjął decyzję o wyborze oferty CIRRO jako najkorzystniejszej, uzasadniając dokonany wybór w sposób tożsamy do pierwotnego. Co przy tym istotne, Zamawiający nie uwzględnił żadnego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu z 03.07.2024 r.

Dowód: Zawiadomienie o wyniku postępowania z 19.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);

W związku z wyznaczonym terminem posiedzenia wskutek odwołania z dnia 3 lipca 2024 r., wyznaczone zostało na dzień 23.07.2024 r. posiedzenie przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 2342/24). Na dzień przed terminem posiedzenia Zamawiający odpowiedział na odwołanie, kwestionując stanowisko Odwołującego w nim wyrażone, wnosząc przy tym o oddalenie odwołania. Co przy tym istotne, Odwołujący podjął się próby reinterpretacji treści swoich pism z 05.07.2024 r. unieważniając dokonany wybór oferty najkorzystniejszej oraz pisma z 19.07.2024 r., stwierdzając, iż z treści tychże pism wynika także, że czynnościami w postępowaniu objęte jest unieważnienie pierwotnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący nie dając wiary zapewnieniom Zamawiającego, pismem z 22.07.2024 r. zakwestionował sposób rozumienia treści pism Zamawiającego, z ostrożności formułując 2 alternatywne żądania, tj.

•w przypadku uznania przez Izbę, iż Zamawiający w sposób skuteczny wyeliminował obrotu prawnego, w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia, czynności stanowiące podstawę zarzutów odwołania, co może stanowić o zbędności prowadzenia postępowania odwoławczego w odniesieniu do tych zarzutów, a to z uwagi na tzw. brak substratu zaskarżenia, wniósł o:

a.umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2) PZP, wobec faktu, że dalsze postępowanie stało się zbędne;

b.zwrot wpisu od odwołania na rachunek Odwołującego;

•w przypadku decyzji Izby o konieczności merytorycznego rozpoznania odwołania w zakresie zarzutów wskazał na żądanie rozstrzygnięcia polegającego na:

a.uwzględnieniu odwołania;

b.nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności podjętej w dniu 28 czerwca 2024 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego;

c.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem powyższych okoliczności oraz oferty Odwołującego i CIRRO, w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy CIRRO;

Dowód:

•*Odpowiedź na odwołanie z 22.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

•*Pismo procesowe Odwołującego z 22.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);*

W toku posiedzenia Odwołujący zwrócił uwagę na brak transparentności w decyzjach podejmowanych przez Zamawiającego, podtrzymując przy tym część z zarzutów odwołania. Zamawiający utrzymywał przy tym zasadność własnego rozumienia pisma z dnia 5 lipca 2024 r. Skład orzekający KIO zwrócił uwagę Zamawiającemu na fakt, iż podejmowane przez niego decyzje w istocie pozostają ze sobą niespójne. Zamawiający w takiej sytuacji potwierdził dodatkowo przed KIO, w obecności Odwołującego i przystępującego CIRRO, iż dokonując czynności w postępowaniu, unieważnił swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. W tej sytuacji KIO orzekła zgodnie z żądaniami Odwołującego i umorzyła postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2) PZP. W konsekwencji w toku postępowania o

zamówienie, w dalszym ciągu mamy do czynienia z dwiema ważnymi ofertami podlegającymi ocenie, tj. ofertą CIRRO i ofertą Odwołującego. W konsekwencji niniejsze odwołanie koncentruje się jedynie na zarzutach odnoszących się do nieuzasadnionego wyboru oferty CIRRO jako najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego w dniu 11.07.2024 r. Odwołujący wystosował także do Zamawiającego pismo z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji składanej przez CIRRO na wezwanie, w tym:

- Dokumentów składanych wraz z ofertą;
- Kompletu podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych złożonych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę CIRRO sp. z o.o.;
- Treści wezwania Zamawiającego skierowanego do wykonawcy CIRRO sp. z o.o.;
- Pozostałej korespondencji prowadzonej pomiędzy wykonawcą CIRRO sp. z o.o. a Zamawiającym, w tym wszelkiej korespondencji wzywającej do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz wyjaśnień, uzupełnienia, poprawienia podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych wraz z udzielonymi odpowiedziami;

Dowód:

- Pismo z 11.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);

W odpowiedzi z 15.07.2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wnioskowaną dokumentację. W toku analizy brakującej uprzednio dokumentacji Odwołujący doszedł do wniosku, iż w prowadzonym postępowaniu zaistniały kolejne przesłanki uzasadniające konieczność odrzucenia oferty CIRRO, opisane w petitum odwołania.

Dowód:

- Pismo z 15.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);

Wobec faktu, iż w momencie uzyskania od Zamawiającego brakującej uprzednio dokumentacji dot. CIRRO, Zamawiający w dalszym ciągu pozostawał w toku czynności związanych z badaniem i oceną ofert, Odwołujący oczekiwał na stosowne rozstrzygnięcie Zamawiającego, które pojawiło się jak już była o tym mowa powyżej, w dniu 19 lipca 2024 r. Wobec faktu umorzenia poprzedniego postępowania odwoławczego wskutek braku substratu zaskarżenia, Odwołujący zmuszony był do ponownego zaskarżenia czynności Zamawiającego, podjętych w dniu 19.07.2024 r. Co przy tym istotne, odwołanie wniosło również CIRRO, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący na marginesie jedynie wskazuje, iż wobec wniesionego przez CIRRO odwołania, w dniu 29.07.2024 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc przy tym o odrzucenie odwołania CIRRO na podstawie art. 528 pkt 3) PZP, a to z uwagi na fakt, iż odwołanie to zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie PZP.

Dowód:

- Odwołanie Odwołującego z 24.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);
- Odwołanie CIRRO z 24.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);
- Przystąpienie Odwołującego z 29.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);

Wskutek wniesionych odwołań, dnia 25.07.2024 r. Zamawiający podjął w postępowaniu w pierwszej kolejności czynność unieważnienia wyboru oferty z dnia 19.07.2024 r., argumentując zasadność swojej decyzji wniesionymi odwołaniami, jednocześnie pozostawiając w postępowaniu oferty złożone przez Odwołującego i CIRRO. Następnie tego samego dnia, unieważnił postępowanie w ramach kolejnej, niezależnie podjętej w postępowaniu czynności. Decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta w oparciu o art. 255 pkt 6 PZP, tj. z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dowód:

- Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania nr 1 z 25.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);
- Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 1 z 25.07.2024 r. (w dokumentacji postępowania);

W treści zawiadomienia Zamawiający powołał zupełne chybioną argumentację, z którą nie sposób się zgodzić:

Uzasadnienie faktyczne:

W niniejszym postępowaniu złożone przez uczestników przedmiotowego postępowania kolejne odwołania na rozstrzygnięcie postępowania potwierdzają, iż opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Zadania nr I jest dla Wykonawców nieprecyzyjny i budzi wiele wątpliwości co do właściwej interpretacji wymogów Zamawiającego określonych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej określonej w Załączniku nr 2.1 do SWZ. Z tego też powodu wymagania Zamawiającego wymagają takiego doprecyzowania, aby każdy z Wykonawców był pewien jakie urządzenie i o jakich parametrach jest przedmiotem postępowania.

Na tym etapie tj. prowadzonego postępowania i po upływie terminu składania ofert nie ma już możliwości doprecyzowania poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia zawartych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej (Załącznik nr 2.1 do SWZ), dlatego też przedmiotowe postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym, iż celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy oraz mając na uwadze powyższe Zamawiający unieważnia postępowanie dla Zadania nr 1 - „Zakup wraz z dostawą i

uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego" w ramach postępowania: Znak/Sygnatura sprawy: TP.D.DT.31.24 pn. „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem sprzętu medycznego” z zamiarem wszczęcia kolejnego, które wyeliminuje wszystkie wątpliwości Wykonawców ujawnionych w tym postępowaniu.

Powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego stanowią naruszenie przepisów PZP. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, postanowienia SWZ oraz przepisy PZP, w świetle powyżej ujawnionego stanu faktycznego, Zamawiający winien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty CIRRO oraz zakończyć postępowanie dla zadania nr 1 wyborem oferty Odwołującego. W żadnym wypadku natomiast Odwołujący nie posiadał uprawnienia do unieważnienia postępowania dla zadania nr 1.

TREŚĆ SWZ I ZAŁĄCZNIKÓW:

Zamawiający w treści Zał. nr 2.1. do SWZ szczegółowo określił wymaganą dla przedmiotu dostawy specyfikację funkcjonalno-techniczną dla zadania nr 1. Co przy tym istotne, wskazane w specyfikacji parametry stanowią w niniejszym postępowaniu wymogi minimalne odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na szczególnie istotne postanowienia SWZ oraz załączników:

•SWZ:

„4. Opis przedmiotu zamówienia (art. 281 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp).

4.1. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, gdzie część (zadanie) stanowi jedno z zadań od nr 1 do nr 6 - Załącznik nr 2.1 do nr 2.6 do SWZ - FORMULARZE CENOWE. Oferty niezawierające pełnego zakresu przedmiotu zamówienia zostaną odrzucone. Zadania nie mogą być dzielone przez Wykonawców.

4.2. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określony został:

1) we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ oraz

2) w Specyfikacjach funkcjonalno-technicznych stanowiących Załączniki nr 2.1 do nr 2.6 do SWZ, które stanowią będą załącznik do zawartej umowy.

[...]"

•Załącznik nr 2.1 do SWZ

o Treść adnotacji na ostatniej stronie:

„ * Uwaga!

1) W powyższej tabeli kolumnę nr 3 wypełnia Wykonawca wpisując odpowiednio TAK lub NIE.

2) W przypadku zaznaczenia w kolumnie nr 3 opcji NIE lub w przypadku niespełnienia minimalnych wymagań Zamawiającego określonych w powyższej tabeli oferta Wykonawcy zostanie odrzucona."

o Treść zawarta w ostatniej kolumnie:

„W przypadku spełnienia jednocześnie wymagań minimalnych oraz przy parametrach urządzenia wyższych niż minimalne należy podać parametry oferowane"

Z powyższego wynika w szczególności, iż:

- intencją Zamawiającego było określenie pewnych minimalnych wymogów dla oferowanego przedmiotu zamówienia, których niewykazanie sankcjonowane będzie odrzuceniem oferty;
- Zamawiający nie wykluczył możliwości dostarczenia przedmiotu umowy, którego parametry będą wyższe niż wymagane minimalne poziomy określone w Zał. nr 2.1. do SWZ - przy czym wymagał w takim wypadku od wykonawców, aby parametr wyższy od minimalnego był spełniony jednocześnie z parametrami minimalnymi; innymi słowy spełnienie parametrów minimalnych wymagane było przez Zamawiającego w każdym przypadku;
- ostatecznie to nie treść złożonego oświadczenia danego wykonawcy (TAK / NIE) determinuje zgodność oferty z SWZ, lecz realne wykazanie spełnienia postawionych wymagań, których spełnienie podlegać mogło weryfikacji Zamawiającego;

Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający jako gospodarz prowadzonego postępowania, określił wymogi dot. przedmiotu zamówienia, w sposób odpowiadający jego potrzebom.

Na marginesie wskazał, iż wykonawca CIRRO wielokrotnie w treści Zał. nr 2.1. stanowiącego część jego oferty, mijał się z prawdą oświadczając, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone wymogi minimalne albo oświadczając, że posiada on parametry wyższe od minimalnych, pomijając lub nie precyzując okoliczności dot. jednoczesnego spełnienia parametrów minimalnych.

NIEZASADNE

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - ZARZUT NR 1

Zgodnie z treścią zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z 25.07.2024 r., Zamawiający powołał się na przesłankę postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przyjmuje się, że dla skorzystania z tej przesłanki wada musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych procedur sanacyjnych. Wada musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie może podjąć decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności w sytuacji posiadania w dniu

podjętej decyzji o unieważnieniu, ważnej oferty dającej się wybrać (oferty Odwołującego). Równie istotne znaczenie ma fakt, iż dla skorzystania z powołanej podstawy prawnej, konieczne jest jednoczesne zaistnienie wszystkich wymienionych w przepisie przesłanek. Zgodnie z orzeczeniem KIO/UZP 210/10 z 22.03.2010 r.:

„1. Ze względu na użycie przez ustawodawcę zwrotu "(...) postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (...)" wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w p.z.p. procedur sanacyjnych.

2. Przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie można również stosować w przypadku, gdy nieważność mogłaby dotyczyć tylko części umowy i to części stanowiącej marginalny zakres świadczenia. Nieważnością w powyższym wypadku musi być dotknięta cała umowa w rozumieniu art. 146 ust. 1 p.z.p.

3. Wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań o przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego."

W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ były, jasne, klarowne i precyzyjne oraz pozwalały złożyć ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, co potwierdza fakt, iż jego oferta na dzień wniesienia niniejszego odwołania, w dalszym ciągu nie podlegała odrzuceniu. Z punktu widzenia Odwołującego, nie sposób jest zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 był nieprecyzyjny i budził wiele wątpliwości co do właściwej interpretacji wymogów Zamawiającego. Tym bardziej niezasadne jest twierdzenie powołane w uzasadnieniu, jakoby złożone przez uczestników Postępowania kolejne odwołania na rozstrzygnięcie postępowania, miały potwierdzać powyższą okoliczność. Zgodnie z orzeczeniem KIO 227/24 z 13.02.2024 r.:

„Do dokonania czynności z art. 255 pkt 6 p.z.p. konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej.

Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów.

Uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia, a każda nowa argumentacja na etapie postępowania odwoławczego jest spóźniona. Zatem okoliczności, które nie zostały wprost podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie podlegają ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym."

Zgodnie zaś z wyrokiem KIO 882/23, z 17.04.2023 r.:

Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 p.z.p. prowadzi do wniosku, że konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Oznacza to, że unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy, a Zamawiający obowiązany jest uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 p.z.p., 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 p.z.p. ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 p.z.p.

[...]

Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone przesłanki unieważnienia w art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. powinny być poddane wykładni ścieśniającej. [...]

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. [...]

Przed 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 znacznie. 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 27.04.2021 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 domyślać 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 winnych spawach.

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 [...]

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. 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.

Nie należy również pomijać okoliczności, iż określone przez Zamawiającego w SWZ wymogi, podlegały w toku postępowania rewizji - były one zmieniane, doprecyzowywane w toku procedury wyjaśnień treści SWZ. Również wykonawca CIRRO korzystał z tej procedury, zgłaszając swoje wątpliwości dot. określonych w SWZ parametrów. Niezrozumiałym jest więc dlaczego CIRRO nie zadawało pytań do parametrów obecnie kwestionowanych przez Odwołującego, na które Odwołujący zwraca uwagę Zamawiającemu. W tym miejscu ponownie należy powołać fragment powyższego wyroku KIO w sprawie o sygn. KIO 227/24:

„Zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Stosownie do art. 135 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień [...].

Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 23 marca 2022 r., sygn. akt KIO 658/22 ratio legis ww. przepisu polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w SWZ o w konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej postanowieniom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (vide wyrok KIO z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11).

Jak stanowi art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Zgodnie z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. [...]

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie przepisów ustawy Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (vide wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1615/18). W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., sygn. akt KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, odpowiedziom na pytania dotyczące treści SWZ przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego

jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15). Zatem, samo udzielenie odpowiedzi jest wiążące dla każdej ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a na Zamawiającym nie ciąży żadne dodatkowe obowiązki w zakresie modyfikacji treści dokumentacji postępowania, jak np. sporządzenie tekstu jednolitego SWZ, czy jej załączników."

NIEPRAWIDŁOWOŚCI W OFERCIE WYKONAWCY CIRRO W ODNIESIENIU DO ZARZUTU NR 2:

Odwołujący niniejszym wskazuje na poniższe parametry minimalne określone w dokumentacji postępowania, których oferowany przez CIRRO przedmiot zamówienia nie spełnia, a co skutkować powinno odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Poz. nr 15 - Awaryjny przycisk bezpieczeństwa

Wykonawca CIRRO co prawda potwierdził, że zaproponowane przez niego urządzenie posiada „Awaryjny przycisk bezpieczeństwa”, przy czym złożone przez niego wyjaśnienia i przedmiotowe środki dowodowe tego nie potwierdzają. W szczególności:

- na żadnym zdjęciu urządzenia nie widać ww. przycisku;
- w instrukcji obsługi brak jest jakiegokolwiek informacji nt. występowania w urządzeniu „Awaryjnego przycisku bezpieczeństwa”.

Dowód:

- *zdjęcia urządzenia UltraSafe Milestone; (w dokumentacji postępowania);*
- *instrukcja obsługi urządzenia UltraSafe Milestone; (w dokumentacji postępowania);*
- *Wyjaśnienia CIRRO z dnia 10.07.2024r.: „w przypadku urządzenia CIRRO funkcję przycisku bezpieczeństwa pełni wyłącznik sieciowy”; (w dokumentacji postępowania);*
- *Wyjaśnienia CIRRO z 10.07.2024 r. „Dokument producenta wraz z tłumaczeniem str. 11 dotyczącej przycisku bezpieczeństwa”, strona 11 tego dokumentu, tekst podkreślony na żółto „Nie ma przycisku zatrzymania awaryjnego”; (w dokumentacji postępowania);*

Mając na uwadze powyższe wykonawca CIRRO potwierdził nieprawdę w złożonej ofercie. Wykonawca w ofercie wskazał, że oferuje awaryjny przycisk bezpieczeństwa. Po czym w wyjaśnieniach z 10.07.2024 r. załączył dokument producenta w którym wprost jest napisane, że urządzenie UltraSafe nie posiada przycisku bezpieczeństwa.

- przycisk bezpieczeństwa do ponownego uruchomienia wymaga dodatkowej akcji ze strony operatora. (Zwyczajowo po przyciśnięciu przycisku bezpieczeństwa nie da się wyłączyć urządzenia ponownie zanim nie przekręcimy bezpiecznika ponownie w pozycję "uzbrojoną". Dopiero po przekręceniu włącznika bezpieczeństwa można ponownie uruchomić urządzenie). */W tym miejscu odwołania zdjęcie obrazowe urządzenia/.*

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na problematykę dot. rozumienia i definiowania czym jest „Awaryjny przycisk bezpieczeństwa” ?

W praktyce, sformułowanie to jest używane zawsze w sytuacji kiedy mamy do czynienia z fizycznym przyciskiem natychmiastowo zatrzymującym pracę urządzenia. Tego typu przyciski powszechnie występują w urządzeniach różnego typu również w niektórych modelach producenta firmy Milestone. Jest to czerwony przycisk umieszczony na obudowie urządzenia najczęściej we frontowej części urządzenia. Ale brak jest takiego przycisku w przypadku oferowanego urządzenia UltraSafe Milestone. */W tym miejscu odwołania zdjęcie obrazowe przycisku/.*

W innych urządzeniach firmy Milestone, w przypadku występowania „Awaryjnego przycisku bezpieczeństwa”, jest on wyraźnie widoczny na zdjęciu urządzenia. Zdjęcie mikrotomu firmy Milestone i link do strony producenta poniżej:

Link do strony producenta:

/W tym miejscu odwołania zdjęcie obrazowe innego urządzenia/.

Poz. nr 18 - Praca wentylatora odprowadzającego opary przez 1 minutę po zakończeniu wykonanych czynności dla pełnego zabezpieczenia Użytkownika przed kancerogennymi oparami formaliny - możliwość wydłużenia czasu pracy wentylatora według preferencji Użytkownika

Wykonawca CIRRO nie potwierdził funkcjonalności w postaci „możliwości wydłużenia czasu pracy wentylatora według preferencji Użytkownika”. Brak możliwości wydłużenia (regulacji) czasu pracy wentylatora wg preferencji użytkownika nie może zostać uznane za spełnienie parametru minimalnie wymaganego ani jako parametru wyższego niż wymagany. Wentylator bez możliwości regulacji czasu pracy jest parametrem niższym niż wymagany.

Dla prostego zobrazowania sytuacji można powołać przykład np. wentylatora w łazience, który działa jeszcze przez jakiś czas po zakończeniu korzystania z łazienki a nie cały czas albo wygaszacz ekranu w komputerze, który wyłącza ekran przy braku aktywności użytkownika przez jakiś czas.

Poz. nr 19 - Drukarka etykiet chemoodpornych podłączana bezpośrednio do urządzenia - zasilanie drukarki oraz złącze RS232

Zamawiający wymagał aby drukarka etykiet była podłączana bezpośrednio do urządzenia. Tymczasem wykonawca CIRRO nie potwierdził wymaganego parametru - co więcej potwierdził, że go nie spełnia oferując urządzenie z wbudowaną drukarką.

CIRRO nie miał problemów z właściwym rozumieniem zapisu specyfikacji gdy oferował podłączany na osobnym

kablu do urządzenia zewnętrzny czytnik kodów, jednocześnie w odmienny sposób interpretując zapisy odnoszące się do drukarki.

Odwolujący zwraca uwagę na fakt, iż w przypadku gdy akcesorium jest niewbudowane a podłączane do urządzenia to wykonawca CIRRO wyraźnie to rozróżnia - pkt. 20 OPZ Załącznik 2.1 do SWZ zadanie 1 - czytnik kodów podłączany bezpośrednio do urządzenia. Rozróżnienia wymaga czy jakiś element jest wbudowany w urządzenie np. klawiatura w laptopie czy też podłączany bezpośrednio do urządzenia jak np. mysz do laptopa.

Innym przykładem akcesorium podłączanego bezpośrednio do urządzenia może być dysk zewnętrzny albo CDROM na USB zamiast wbudowanego w laptopa

Gdyby Zamawiającemu zależało na drukarce wbudowanej w urządzenie to by tak określił ten parametr w dokumentacji postępowania.

Dowód:

- *oferta CIRRO (w dokumentacji postępowania);;*
- *zdjęcie produktu Milestone UltraSafe - instrukcja obsługi urządzenia strona 21 pkt. 2.3 Device overview; (w dokumentacji postępowania);*
- *link do strony producenta urządzenia:*

Poz. nr 27 - Wysuwana taca z zalewanym pojemnikiem

Wykonawca w ofercie potwierdził wprost, że zaoferowane urządzenie nie posiada wysuwanej tacy!! W treści wyjaśnień CIRRO podejmuje się próby wykazania, iż oferowane rozwiązanie jest lepsze (na marginesie wskazujemy, iż jest to kwestia subiektywna), całkowicie pomijając przy tym okoliczność bezsprzeczną, jaką jest brak wymaganej minimalnej funkcjonalności !

Twierdzenia CIRRO uznać należy obecnie za spóźnione. Bez znaczenia jest również powołane orzecznictwo, z którego wynika, iż wątpliwości wynikające z SWZ Zamawiający powinien rozstrzygać bez negatywnych skutków dla wykonawców.

Po pierwsze - powołane orzecznictwo zapadło w sprawach o zupełnie innych stanach faktycznych.

Po drugie - nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, jakoby treść tego oraz innych parametrów, pozostawiała jakiegokolwiek wątpliwości.

Po trzecie - jeżeli wspomniany zapis parametru jest z pkt widzenia CIRRO wątpliwy, zasadnym było skorzystanie z procedury pytań do SWZ jeszcze przed terminem składania ofert, w szczególności, że CIRRO aktywnie korzystał z tej procedury. Nie wiedzieć czemu, pomijając przy tym „wątpliwy” z jego punktu widzenia parametr.

Odnosząc się do funkcjonalności oferowanych przez Odwołującego i CIRRO rozwiązań, który uzasadniały taką, a nie inną konstrukcję SWZ wskazać należy, że:

- wysuwana taca daje możliwość łatwiejszego wyjmowania większych i cięższych pojemników do urządzenia (łatwiejsze operowanie większym i cięższym pojemnikiem w sytuacji kiedy znajduje się on już wysunięty na tacy poza urządzenie);
- wysuwanie tacy nie ma nic wspólnego z centrowaniem pojemnika;

Poz. nr 28 - Zamykanie otworu zalewowego pojemnika dedykowaną etykietą membranową, gwarantujące szczelność i podwyższoną odporność na przypadkowe uszkodzenia

Zamawiający wymagał określonego sposobu na zamykanie otworu zalewowego pojemnika. Tym wymaganym sposobem jest etykieta membranowa - CZYLI cienka warstwa materiału o strukturze uniemożliwiającej przedostawanie się niepożądanego substancji na zewnątrz. Tymczasem wykonawca CIRRO zaproponował zupełnie inne rozwiązanie w tym zakresie, czyli jednokierunkowy zawór z zamknięciem uszczelniającym. Na uwagę zasługuje fakt, iż inni producenci również stosują membranowe zamknięcia otworu zalewowego pojemnika. CIRRO próbuje wykazywać, że Zamawiający dopuścił urządzenia o parametrach wyższych niż minimalnie wymagane, pomijając przy tym zupełnie okoliczność, iż tak postawiony przez Zamawiającego wymóg nie oznacza uprawnienia do zaoferowania przez wykonawców produktu niespełniającego minimalnych wymogów. Jednocześnie CIRRO dokonuje reinterpretacji znaczenia dopuszczalności oferowania urządzeń o parametrach wyższych niż minimalnie wymagane. Otóż dopuszczalność oferowania urządzeń o parametrach wyższych nie może oznaczać oferowania urządzenia o parametrach odmiennych, z jednocześnie podejmowaną próbą wyjaśnienia, na czym polega przewaga oferowanego rozwiązania, nad rozwiązaniem wymaganym minimalnie. Jedynie łączne spełnienie wymogu minimalnego przy jednoczesnym posiadaniu funkcjonalności dodatkowej, może być w takiej sytuacji zaakceptowane. Powyższa argumentacja CIRRO powtarza się również w innych punktach, które są przedmiotem odwołania. Przykład - drukarka atramentowa i laserowa. Choć obie służą do wydruku to bazują na innej technologii druku i każdy użytkownik wie, że nie może jej dowolnie zmieniać.

Poz. nr 29 - Czujniki w komorze zalewowej i w komorze z zasobnikiem formaliny do wykrywania rozlania formaliny w razie awarii systemu dozującego

Wykonawca CIRRO nie potwierdził spełnienia min. wymagania Zamawiającego. Nie potwierdził posiadania przez urządzenie czujnika zlokalizowanego w komorze zasobnika formaliny. Wykonawca wymienił w swojej ofercie wszystkie czujniki rozlania formaliny, ale żaden z nich nie jest zlokalizowany w komorze z zasobnikiem formaliny. Tym samym urządzenie nie jest w stanie automatycznie wykryć i powiadomić użytkownika o rozlaniu formaliny np. w sytuacji

nieszczelnego / uszkodzonego pojemnika z formaliną. Taki stan faktyczny potwierdza również instrukcja obsługi urządzenia dostarczona przez Wykonawcę w toku postępowania.

Dowód:

• *instrukcja obsługi urządzenia UltraSafe Milestone; (w dokumentacji postępowania);*

Producent urządzenia w instrukcji obsługi opisuje 3 sytuacje / miejsca możliwego rozlania formaliny:

1. Komora gdzie zalewana jest próbka: strona 10 oraz strona 22 oraz s. od 176 do 179;
2. Pump area - czyli nieszczelność przy pompie, instrukcja obsługi strona 10 oraz strony 180-182;
3. Komora z zasobnikiem formaliny instrukcja obsługi urządzenia strony 153 i 154, punkt Accidental leakage of fixative in the drawer;

Jednak tylko w przypadku pierwszym i drugim wyraźnie opisuje w instrukcji obsługi obecność czujników wykrywających rozlanie się formaliny i wynikające z nich alarmy. W przypadku komory z zasobnikiem wyraźnie widać brak jakichkolwiek czujników.

CIRRO w wyjaśnieniach z 10.07.2024 r. znowu mija się z przedmiotem wezwania oraz wskazuje, że „na specjalne zamówienie klienta jako element dodatkowy daje możliwość umieszczenia dodatkowego czujnika wykrywania rozlania formaliny w obszarze komory z zasobnikiem formaliny”. CIRRO dalej wskazuje, że „Takie też rozwiązanie zostało przez firmę CIRRO zaoferowane”.

Powyższemu przeczy instrukcja obsługi którą CIRRO dostarczyła Zamawiającemu na etapie prowadzenia postępowania. W instrukcji brak jest informacji nt. czujnika. Co ważne wykonawca wymienia wiele innych czujników które są zamontowane w urządzeniu UltraSafe ale akurat tego jednego nie wymienia.

Przeczy temu również sama oferta CIRRO, w punkcie 29 Załącznik 2.1. do SWZ Zadanie nr 1 - CIRRO wskazuje na 2 czujniki: czujnik prawidłowego ustawienia dyszy w pojemniku oraz czujnik obecności pojemnika oraz czujnik do kontroli rozprzestrzeniania się odczynników w komorze roboczej oraz w obszarze pompy.

W sposób wyraźny CIRRO nie wymienia jednego z minimalnie wymaganych czujników czyli czujnika wykrywania rozlania formaliny w obszarze komory z zasobnikiem formaliny. Jeżeli istnieje wersja urządzenia na „specjalne życzenie” z tym dodatkowym czujnikiem, to CIRRO w swojej ofercie nie zaoferowało tego czujnika, potwierdzając to wprost w punkcie 29 Załącznika 2.1. do SWZ Zadanie nr 1.

Wobec powyższego mamy do czynienia z nieuzasadnionymi negocjacjami treści złożonej przez CIRRO oferty skutkującej jej zmianą oraz zmianą SWZ, tj. działaniami niedozwolonymi na gruncie PZP - w konsekwencji z ofertą niezgodną z SWZ, która powinna podlegać odrzuceniu.

Zwrócił uwagę, że urządzenie UltraSafe jest urządzeniem medycznym do diagnostyki in vitro. Tym samym wszelkie modyfikacje/wersje powinny być uwzględnione w dokumentacji urządzenia w tym w instrukcji obsługi. Zamawiający uzasadniając wybór oferty z dnia 19 lipca stwierdził, że oferta CIRRO jest „zgodna z jego wymaganiami a do tego jest tańsza”.

Zwracamy uwagę, że zaoferowanie urządzenia UltraSafe bez czujnika w komorze formaliny - co wynika wprost z oferty CIRRO i wyjaśnień, może świadczyć o zaoferowaniu urządzenia w wersji „uboższej” czyli rzeczywiście tańszej. Być może jest tak, że urządzenie UltraSafe w wersji z dodatkowym czujnikiem w komorze formaliny - jeżeli w ogóle istnieje - jest droższą wersją urządzenia. Co za tym idzie, gdyby CIRRO od początku zaoferowało urządzenie UltraSAFE z dodatkowym czujnikiem, wątpliwym pozostaje, jaka byłaby cena urządzenia w takiej wersji.

Gdyby zamawiający nie wymagał czujnika w komorze formaliny to Odwołujący mógłby również zaoferować urządzenie bez tego czujnika, tj. w tańszej wersji wyposażenia i w tej sytuacji również mogłoby się okazać, że jego oferta jest tańsza niż oferta CIRRO.

Ze złożonej przez CIRRO oferty a także z dokumentów złożonych na wezwanie przez CIRRO wynika jednoznacznie jaka była taktyka tłumaczenia się CIRRO z niezgodności urządzenia UltraSafe względem SWZ. Mianowicie jest to taktyka bardzo elastycznego interpretowania zapisów SWZ i wymagań względem parametrów technicznych urządzenia.

Z drugiej strony Zamawiający również nie może elastycznie podchodzić do zapisów SWZ i wymagań technicznych względem urządzenia, opisanych w OPZ - np. przestać wymagać tacy albo guzika bezpieczeństwa, czujnika w komorze formaliny czy możliwości regulacji czasu pracy wentylatora, które wprost zostały przez niego określone w SWZ jako wymagane parametry minimalne. Po to Zamawiający opisał w OPZ szczegółowo swoje wymagania względem urządzenia zęby potencjalni wykonawcy wiedzieli jakie parametry powinno spełniać oferowane urządzenie. Podsumowując powyższe należy z całą stanowczością podkreślić, iż oferta wykonawcy CIRRO powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z wymogami określonymi w SWZ.

NIEPRAWIDŁOWOŚCI W OFERCIE WYKONAWCY CIRRO W ODNIESIENIU DO ZARZUTU NR 3:

Odwołujący wskazuje również, że w toku analizy dokumentacji przekazanej mu na wezwane doszedł do wniosku, iż wybór oferty CIRRO został dokonany również z naruszeniem przepisów powołanych w zarzucie nr 3.

W przekazanej Odwołującemu dokumentacji brakuje wniosku CIRRO o przedłużenie terminu na złożenie stosownych wyjaśnień. Zamawiający na mocy wezwania z 05.07.2024 r. zobowiązał CIRRO do złożenia wyjaśnień, określając mu termin do dnia 10.07.2024 r. do godziny 09:00, a który to wykonawca CIRRO złożył stosowne pismo obejmujące wyjaśnienia wraz z dokumentami w dniu 11.07.2024 r., co potwierdza podpis znajdujący się na treści

dokumentu, co skutować powinno odrzuceniem jego oferty w oparciu o ww. podstawę prawną.

ZASADNOŚĆ ROZPOZNANIA ZARZUTÓW ODWOŁANIA NR 2 I 3

Mimo czynności Zamawiającego unieważniającej Postępowanie oraz czynności unieważniającej czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w ocenie Odwołującego Izba w toku niniejszego postępowania powinna również rozpoznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty CIRRO.

W tym miejscu Odwołujący powołuje fragmenty orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 2208/22 z dnia 1 września 2022 r., w którym Izba uwzględniła odwołanie odnośnie zarzutu bezzasadnego unieważnienia Postępowania w oparciu o tożsamą przesłankę, tj. art. 225 pkt 6) PZP w zw. z art. 457 PZP, przy jednoczesnym uwzględnieniu zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy:

„Izba podkreśla, że przepis art. 226 Rzp zawiera nakaz dla zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli spełniona została co najmniej jedna przesłanka odrzucenia. Zamawiający nie może zatem odstąpić od odrzucenia oferty, jeśli zaistniała co najmniej jedna z przesłanek odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust 1 pkt 1-16 Pzp.

Izba podkreśla, że z okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający unieważniając w dniu 4 sierpnia 2022 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie unieważnił czynności poprawienia w ofercie wykonawcy AV stawki podatku Vat. Zatem pozostawił w mocy decyzję, zgodnie z którą dokonał poprawienia treści oferty w sposób niezajdujący podstawy prawnej, izba zobowiązana zatem była do rozpoznania zarzutu polegającego na zaniechaniu czynności Zamawiającego, poprzez brak Odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Wobec powyższego, z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku Vat w ofercie wykonawcy AV, stanowiącej błąd w obliczeniu ceny, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia tej oferty na podstawie art 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzut Odwołującego należało zatem uznać za zasadny.”

Analogicznie w niniejszym postępowaniu, Zamawiający unieważniając w dniu 25.07.2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nie dokonał w sposób prawidłowy ponownego badania i oceny ofert, pozostawiając ofertę CIRRO nieodrzuconą, w sytuacji gdy w wyniku prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, powinien odrzucić ofertę CIRRO, w oparciu o podstawy powołane w zarzucie nr 2 i 3. W świetle powyższej argumentacji, należy uznać, iż Zamawiający, w sposób niezasadny doprowadził do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jednocześnie zaniechał odrzucenia oferty CIRRO. W przypadku przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert w sposób prawidłowy, przy uwzględnieniu powyższych okoliczności, Zamawiający winien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty CIRRO i wyborze oferty Odwołującego. W związku z powyższym, z uwagi na daleko idące naruszenia przepisów postępowania o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione.

Zamawiający w dniu 31.07.2024 r. (za pomocą Platformy Zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) CIRRO Sp. z o.o. ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok zwaną dalej: „CIRRO Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: CIRRO Sp. z o.o.

W dniu 16.08.2024 r. (e-mailem) CIRRO Sp. z o.o. Przystępujący złożył stanowisko procesowe. **Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania.**

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6) PZP w zw. z art. 457 PZP oraz art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 6) PZP nie zaistniały, przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie było obciążone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (w szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Pzp), a Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej unieważnił przedmiotowe postępowanie (co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców), powołując przy tym uzasadnienie faktyczne w sposób niejasny i budzący wątpliwości, czym dodatkowo naruszył art. 260 ust. 1 PZP i to w sytuacji, w której oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że „*postanowienia SWZ były, jasne, klarowne i precyzyjne oraz pozwalały złożyć ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, co potwierdza fakt, iż jego oferta na dzień wniesienia niniejszego odwołania, w dalszym ciągu nie podlegała odrzuceniu.*”

Przystępujący podkreśla, że stanowisko Odwołującego jest nieprawidłowe. Przede wszystkim należy podkreślić,

że również oferta CIRRO na dzień wniesienia niniejszego odwołania nie podlegała odrzuceniu. Jednak wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu interpretowali opis przedmiotu zamówienia w różny sposób.

Należy podkreślić, że, w ocenie Przystępującego, okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia jest niepełny i nieprecyzyjny jest niesporna. Potwierdza przede wszystkim przebieg niniejszego postępowania:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem niniejszego postępowania w ramach zadania nr 1 jest zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tylko 2 wykonawców złożyło oferty: Odwołujący i Przystępujący.

2. Odwołujący pismem z 06.06.2024 r. poinformował Zamawiającego o rzekomych nieprawidłowościach w ofercie CIRRO w zakresie poniższych parametrów wskazanych w Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej (Załącznik nr 2.1 do SWZ):

a) w poz. 19 - Drukarka etykiet chemooodpornych podłączana bezpośrednio do urządzenia - zasilanie drukarki oraz złącze RS232

b) w poz. 27 Wysuwana taca z zalewanym pojemnikiem.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ustosunkowania się do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów złożyło wyjaśnienia wraz z dowodami, które potwierdzały, że oferta CIRRO spełnia wymagania zamawiającego.

3. CIRRO również poinformowało Zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie Odwołującego w zakresie poniższych parametrów wskazanych w Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej:

a) poz. 1 - Bezpieczne i bezkontaktowe dozowanie formaliny,

b) poz. nr 22 - Maksymalne wymiary urządzenia.

Odwołujący zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego.

4. W dniu 28.06.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta CIRRO. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie parametru wskazanego w poz. 22 OPZ „Maksymalne wymiary urządzenia”.

2) Szpital Wojewódzki w Opolu sp. z o. o. zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm) odrzuca Ofertę nr 7 - OPTA-TECH Sp. z o.o. Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. U211, 02-797 Warszawa. Podstawa prawna odrzucenia oferty: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Podstawa faktyczna odrzucenia oferty:

Wykonawca w zakresie zadania nr 1 złożył ofertę niezgodną z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego.

W załączniku nr 2.1 do SWZ w punkcie 1. 22 „Maksymalne wymiary urządzenia” w kolumnie 4 Wykonawca wpisał iż szerokość oferowanego urządzenia wynosi 530 mm natomiast urządzenie wraz z półką, na której umiejscowiona jest wymagana przez Zamawiającego drukarka ma wymiary 780 mm.

Powyższe Wykonawca potwierdził pisemnie odpowiadając na pismo Zamawiającego, dołączając jednocześnie pismo producenta urządzenia potwierdzające, że jego szerokość wraz z półką na drukarkę wynosi 780 mm.

Maksymalna szerokość określona przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wynosi 750 mm.

5. Odwołujący w dniu 03.07.2024 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem ustawy Pzp tj. niezasadny wybór oferty CIRRO oraz niezasadne odrzucenie oferty Opta-Tech.

6. W dniu 05.07.2024 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym przystąpił do ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu.

7. Zamawiający pismem z 05.07.2024 r. wezwał CIRRO do ustosunkowania się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

8. W dniu 08.07.2024 r. CIRRO przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując na bezzasadność argumentów podniesionych przez Odwołującego i w całości popierał czynność Zamawiającego w zakresie wyboru oferty CIRRO w postępowaniu, jako oferty najkorzystniejszej, a także czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

9. CIRRO w dniu 10.07.2024 r. wystąpił z wnioskiem o przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień, na co Zamawiający wyraził zgodę. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. w dniu 11.07.2024 r. CIRRO złożyło wyjaśnienia.

10. Pismem z 19.07.2024 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza ponownie została uznana oferta CIRRO. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Odwołującego.

11. W ustawowym terminie – 24.07.2024 r. - zarówno Opta-Tech, jak i CIRRO wnieśli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert konkurencji z uwagi na niezgodność z wymaganiami zamówienia.

12. CIRRO w odwołaniu z 24.07.2024 r. wskazało, że oferta Opta-Tech nie spełnia poniższych wymagań Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej:

a) poz. 22 - maksymalne wymiary urządzenia,

- b)poz. 27 - wysuwana taca z pojemnikiem,
- c)poz. 1 - bezpieczne i bezkontaktowe dozowanie formaliny,
- d)poz. 3 - całkowita eliminacja narażenia na kontakt Użytkownika z rakotwórczą formaliną.

13.Natomiast Opta-Tech zarzuciło, że oferta CIRRO jest niezgodna z poniższymi wymaganiami Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej:

- a)poz. 15 - Awaryjny przycisk bezpieczeństwa,
- b)poz. 18 - Praca wentylatora odprowadzającego opary przez 1 minutę po zakończeniu wykonanych czynności dla pełnego zabezpieczenia Użytkownika przed rakotwórczymi oparami formaliny - możliwość wydłużenia czasu pracy wentylatora według preferencji Użytkownika,
- c)poz. 19 - Drukarka etykiet chemooodpornych podłączana bezpośrednio do urządzenia - zasilanie drukarki oraz złącze RS232,
- d)poz. 27 - Wysuwana taca z zalewanym pojemnikiem,
- e) poz. 28 - zamykanie otworu zalewowego pojemnika dedykowaną etykietą membranową, gwarantujące szczelność i podwyższoną odporność na przypadkowe uszkodzenia,
- f)poz. 29 - czujniki w komorze zalewowej i w komorze z zasobnikiem formaliny do wykrywania rozlania formaliny w razie awarii systemu dozującego.

14. Zamawiający w dniu 25.07.2024 r. podjął czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z 19.07.2024 r., a następnie dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp.

15.Zamawiający w treści uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zadania nr 1 jest nieprecyzyjny i budzi wiele wątpliwości co do właściwej interpretacji wymogów wskazanych w SWZ. Zamawiający podkreślił, że na tym etapie prowadzonego postępowania i po upływie składania ofert nie ma już możliwości doprecyzowania poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego też przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:

Uzasadnienie faktyczne:

W niniejszym postępowaniu złożone przez uczestników przedmiotowego postępowania kolejne odwołania na rozstrzygnięcie postępowania potwierdzają, iż opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Zadania nr 1 jest dla Wykonawców nieprecyzyjny i budzi wiele wątpliwości co do właściwej interpretacji wymogów Zamawiającego określonych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej określonej w Załączniku nr 2.1 do SWZ.

Z tego też powodu wymagania Zamawiającego wymagają takiego doprecyzowania, aby każdy z Wykonawców był pewien jakie urządzenie i o jakich parametrach jest przedmiotem postępowania.

Na tym etapie tj prowadzonego postępowania i po upływie terminu składania ofert nie ma już możliwości doprecyzowania poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia zawartych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej (Załącznik nr 2.1 do SWZ), dlatego też przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym, iż celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy oraz mając na uwadze powyższe Zamawiający unieważnia postępowanie dla Zadania nr 1 - „**Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego**” w ramach postępowania: Znak/Sygnatura sprawy: **TP.D.DT.31.24 pn. „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem sprzętu medycznego”** z zamiarem wszczęcia kolejnego, które wyeliminuje wszystkie wątpliwości Wykonawców ujawnionych w tym postępowaniu.

16.Odwołujący w ustawowym terminie wniósł odwołanie do KIO zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania.

W ocenie Przystępującego, działanie Zamawiającego o unieważnieniu postępowania było prawidłowe. Tak duże rozbieżności interpretacyjne dotyczące jednej treści SWZ prowadzą do przekonania, że Postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą złożenie ofert porównywalnych.

W pierwszej kolejności Przystępujący wskazuje, że zgodnie z art. 255 pkt. 6) ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...)

6) *postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (...)*”

Pierwszą wymaganą przesłanką do zastosowania tego przepisu jest wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania w sprawie zamówienia publicznego tj. takiej, która nie podlega konwalidacji, a zatem obciąża postępowanie w sposób nieodwracalny.

Przystępujący podkreśla, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO takie wady mogą dotyczyć błędów w SWZ, których nie można modyfikować na etapie toczącego się postępowania po terminie składania ofert. Zmiana postanowień SWZ lub odstąpienie od nich po terminie składania ofert prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania

wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do drugiej przesłanki uprawniającej do zastosowania art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp, która jest związana z nieusuwalną wadą dotyczy braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, co z kolei powoduje, że jego zastosowanie następuje z uwzględnieniem przesłanek do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia umowy zostały wskazane w art. 457 ustawy Pzp.

Przystępujący wskazuje na art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„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;**”*

W niniejszej sprawie błędy w SWZ z pewnością miały wpływ na proces przygotowania ofert. Tym samym błędy te nie miały charakteru marginalnego i należało je zaklasyfikować jako naruszenie skutkujące możliwością zastosowania art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w przypadku zawarcia umowy w postępowaniu.

Odnosząc się do okoliczności niniejszej sprawy należy podkreślić, że przebieg niniejszego postępowania wyraźnie potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony nieprawidłowo. Dwóch profesjonalnych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób zupełnie odmienny interpretowali te same postanowienia Specyfikacji Funkcjonalno- Technicznej. Jeżeli wszyscy wykonawcy składają oferty w tak odmienny sposób, to należy uznać, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób nieprecyzyjny i niejasny.

Tytułem przykładu, Przystępujący wskazuje wymaganie wskazane w poz. 27 Specyfikacji Funkcjonalno- Technicznej, zgodnie z którym Zamawiający wymagał wysuwanej tacy z pojemnikiem. Zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący zupełnie odmiennie interpretowali to wymaganie, oferując w tym zakresie inne rozwiązania.

Potwierdzeniem, że postanowienia opisu przedmiotu zamówienia były niejednoznaczne i prowadziły do złożenia ofert nieporównywalnych został udowodniony treścią złożonych ofert. Zarówno CIRRO, jak i Opta-Tech zaoferowały urządzenia, które co prawda umożliwiają zalewanie pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego, ale spełnienie tych wymagań spełniona jest w zupełnie odmienny sposób.

Na obecnym etapie postępowania, Zamawiający nie był w stanie porównać ofert, gdyż byłoby to porównywanie różnych zakresów przedmiotowych.

W tym miejscu należy również zauważyć, że Odwołujący w treści niniejszego odwołania domaga się aby Zamawiający odrzucił ofertę CIRRO z uwagi na niezgodność treści SWZ. To właśnie sam zarzut Odwołującego wskazuje na okoliczność, że postępowanie obciążone jest wadą. Taki nakaz bowiem nie przywróciłby zgodności prowadzonego postępowania z ustawą, ale wręcz nakazałby Zamawiającemu porównać dwie nieporównywalne oferty. Nie jest bowiem możliwe, ustalenie na obecnym etapie, która z wersji wymogów Zamawiającego jest prawidłowa i czy każda powinna być interpretowana na korzyść wykonawców.

W przypadku uznania, że każda z wersji wymogów powinna być interpretowana na korzyść wykonawców doprowadzi do uzyskania różnego przedmiotu zamówienia. CIRRO podkreśla, że w przedmiotowym postępowaniu powstała sytuacja, w której każdy z wykonawców może interpretować postanowienia SWZ w dowolny sposób.

Należy również podkreślić, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia oraz podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oferty.

Jak wskazuje powyższe, opis ten nie był jednoznaczny i spowodował złożenie ofert, których nie można było ze sobą porównać, a w konsekwencji postępowanie obciążone było wadą nieusuwalną po upływie terminu składania ofert, której wystąpienie skutkuje nieważnością prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Odwołujący przedstawia również argumentację, że z uwagi, iż *określone przez Zamawiającego w SWZ wymogi podlegały w toku Postępowania rewizji - były one zmieniane, doprecyzowywane w toku wyjaśnień treści SWZ* to stanowi to podstawę, iż wymogi wskazane w SWZ są jasne i precyzyjne.

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Należy podkreślić, że jak zostałow uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania, Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego zdał sobie sprawę z konsekwencji braków w opisie przedmiotu zamówienia i nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu, co zresztą zostało wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania.

Należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6) ustawy Pzp. Potwierdza to orzecznictwo KIO m.in. wyrok z 25.09.2017 r., sygn. akt. KIO 1869/17: „W przepisach p.z.p. ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. **Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, to miał obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.**”

Podobnie wyrok KIO z 07.01.2021 r., sygn. akt. 3531/20: „**Dopuszczenie do różnych możliwości rozumienia dokumentacji zamówienia powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert.** W tym stanie rzeczy postępowanie nie zapewniało równego traktowania wykonawców i prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., uniemożliwiając wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy. **Nie można bowiem zapominać o triadzie zamówień publicznych - treść dokumentacji zamówienia powinna być zgodna ze złożoną ofertą i obie powinny odpowiadać zawartej umowie. Jeśli nie ma tu ciągłości, to nie można zawrzeć skutecznej umowy o zamówienie publiczne.**”

Również wyrok KIO z 25.02.2020 r., sygn. akt. 268/20: „**Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia i oceny kryterium stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie umowy.** Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia. Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ w tym opis kryterium. Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu.”

Również wyrok KIO z 30.11.2023 r., sygn. akt. KIO 3384/24, potwierdza prawidłowość decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania:

„Wadliwy opis przedmiotu zamówienia (przykładowo, niejednoznaczny nieprecyzyjny, nieprzejrzysty niespójny z udostępnionymi dokumentami zamówienia) stanowi wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.”

Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z 21.03.2023 r., sygn. akt. KIO 610/23: Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że niejasność lub nieprecyzyjność przedmiotu zamówienia mogła być przesłanką unieważnienia postępowania jedynie w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych w poprzednim brzmieniu. W ocenie składu orzekającego, niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które ma oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny ofert, a więc umowa zawarta w wyniku takiego postępowania podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Skoro tak, to nie można po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, a zatem zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.”

Odnosząc się również do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 260 ustawy Pzp, Przystępujący podkreśla, że w jego ocenie, Zamawiający wypełnił wszystkie obowiązki wskazane w tym przepisie. Celem tego przepisu jest zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu oraz podanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego. Co oznacza, że zawiadomienie o unieważnieniu postępowania ma wykonawcom umożliwić odwołanie się od decyzji zamawiającego. W ocenie CIRRO, z treści odwołania wynika, że Odwołujący nie miał problemu z zidentyfikowaniem podstawy prawnej i faktycznej, gdyż wniósł odwołanie. Wobec tego, należy uznać, że Zamawiający zrealizował obowiązki wynikające z treści ww. przepisu.

Podkreślenia wymaga, że art. 260 ustawy sPzp nakłada na Zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji, natomiast nie określa zakresu informacji, jakie należy w uzasadnieniu wskazać. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyroku z dnia 13 września 2013 r., sygn. akt. KIO 2104/13, który nadal zachowuje aktualność:

„Przepis art. 93 ust. 3 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji, nie określa zaś zakresu informacji, jakie należy w uzasadnieniu wskazać. Jedynie zupełny brak uzasadnienia albo wskazanie okoliczności, z których nie można wywieść, jaki w istocie jest powód podjęcia określonej decyzji, może świadczyć o naruszeniu tego przepisu.”

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie budzi wątpliwości, że Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne decyzji o unieważnieniu postępowania, które odnosiło się do istoty sprawy. Reasumując, w ocenie Przystępującego, wskazane wady w opisie przedmiotu zamówienia, a dotyczące precyzyjnego określenia parametrów urządzenia oraz rozbieżności w interpretacji tych postanowień, doprowadziły do nieporównywalności ofert, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Powyższe oznacza, że ukształtowanie postanowień Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny stanowi niemożliwą do usunięcia wadę oostępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym, zostały spełnione wszystkie przesłanki do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 pkt. 6) ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty CIRRO z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty CIRRO, Przystępujący podkreśla, że jest on przedwczesny, z uwagi na okoliczność, że Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1. Należy podkreślić, że Zamawiający przed dokonaniem unieważnienia postępowania dokonał

również unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie zadania nr 1, co oznacza, że Zamawiający na dzień wniesienia odwołania przez Odwołującego nie dokonał oceny oferty wykonawcy CIRRO. Należy podkreślić również, że Zamawiający do chwili przedstawienia ostatecznej decyzji o wyniku postępowania miał prawo dokonać weryfikacji własnych czynności, jak również weryfikacji złożonych ofert, czy też prawidłowości przeprowadzenia postępowania.

Przystępujący podkreśla również, że w razie rozpatrzenia odwołania również w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty CIRRO, w razie następnych działań KIOz uwagi, że Opta-Tech jest jedynym, poza CIRRO wykonawcą, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie w zakresie zadania nr 1, to mogłoby dojść do sytuacji w której nie byłoby żadnego podmiotu, który mógłby zaskarżyć ofertę Opta-Tech, która jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp.

Z ostrożności, z uwagi na zobowiązanie KIO przedstawienia pisemnego stanowiska zawierającego odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu wraz z dowodami, CIRRO odniesie się poniżej do każdego z zarzutów wskazanych w odwołaniu:

Dotyczy poz. 15 Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej- „Awaryjny przycisk bezpieczeństwa.”

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że tak jak sam Odwołujący sam przyznajew odwołaniu w praktyce sformułowanie awaryjnego przycisku *bezpieczeństwa jest używane zawsze w sytuacji kiedy mamy do czynienia z fizycznym przyciskiem natychmiastowo zatrzymującym pracę urządzenia.*

Co oznacza, że przycisk bezpieczeństwa służy do zatrzymania urządzenia w przypadku nieprawidłowej pracy urządzenia. Co oznacza, że CIRRO prawidłowo wskazało, w treści oferty, że spełnia przedmiotowe wymaganie.

CIRRO wyjaśnia, że w przypadku urządzeń będących przedmiotem zamówienia przycisk bezpieczeństwa w formie, która interpretowana jest przez Odwołującego stosuje się wyłącznie w urządzeniach, których awaria może doprowadzić do poszkodowania personelu lub pacjenta (napromieniowanie, uszkodzenie ciała itp.), w szczególności w urządzeniach stacjonarnych, które nie posiadają wyłącznika zasilania na pulpach sterujących w łatwo dostępnym dla użytkownika miejscu (stacjonarne aparaty RTG, tomografy, aparaty do rezonansu).

Awaryjny przycisk bezpieczeństwa musi umożliwiać natychmiastowe zatrzymanie urządzenia w przypadku aktualnego lub grożącego niebezpieczeństwa. W przypadku urządzenia CIRRO funkcję awaryjnego przycisku bezpieczeństwa pełni wyłącznik sieciowy.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący wybiórczo przedstawia postanowienia dotyczące normy IEC 61010, które pasuje do jego argumentacji. Odwołujący zupełnie pomija fakt, że podczas uzyskiwania certyfikatu CE - wymagane było spełnienie normy IEC 61010, zgodnie z którą urządzenie zaoferowane przez CIRRO nie wymaga zaoferowania fizycznie takiego przycisku, którego interpretację przedstawia Odwołujący.

1.2.4.3. Wyłącznik awaryjny Maszyna musi być wyposażona w co najmniej jedno wyłącznik awaryjny umożliwiający zażegnanie aktualnego lub grożącego niebezpieczeństwa. Zastosowanie mają następujące wyjątki: - maszyny, w których urządzenie do zatrzymywania awaryjnego nie zmniejsza ryzyka, ponieważ nie skróciłoby czasu zatrzymania lub nie umożliwiłoby podjęcia specjalnych środków wymaganych do przeciwdziałania ryzyku,	NA		Wile ma przycisku zatrzymania awaryjnego. Zgodnie z normą IEC61010-1 główne gniazdo zasilania musi być łatwo dostępne.
--	----	--	---

Dowód: Dokument producenta wraz tłumaczeniem str. 11 dotyczącej przycisku bezpieczeństwa.

Powyższe wyrażenie potwierdza, że z racji wysokiej klasy bezpieczeństwa urządzenia i łatwo dostępnego wyłącznika zasilania taki przycisk nie jest wymagany (N/A - nie dotyczy).

Odnosząc się do twierdzeń OPTA-TECH w zakresie dotyczącym mikrotonu z firmy Milestone, CIRRO wyjaśnia, że takie urządzenie wyposażone jest w dodatkowy przycisk bezpieczeństwa, ponieważ procedura nie jest prowadzona w szczelnie zamkniętej komorze a użytkownik może zostać narażony na skaleczenie wbudowanym nożem. Firma Opta-Tech powołuje się na najmniej zaawansowane technologicznie urządzenie z oferty firmy Milestone, by móc uzasadnić słuszność posiadania dodatkowego przycisku awaryjnego w zaproponowanym przez siebie rozwiązaniu, ponieważ oba urządzenia nie mają innych zabezpieczeń przed uszkodzeniem lub narażeniem na niebezpieczeństwo użytkownika. Należy pamiętać, że pozostałe urządzenia z oferty firmy Milestone o wysokiej klasie bezpieczeństwa nie muszą posiadać takiego przycisku, zgodnej z interpretacją Odwołującego. Przystępujący poniżej przedstawia urządzenie do próżniowego zalewania próbek formaliną SealSAFE, gdzie cały proces odbywa się również w szczelnie zamkniętej komorze bez narażenia użytkownika na szkodliwe działanie formaliny. /W tym miejscu pisma zdjęcie urządzenia/.

Dotyczy poz. nr 18 Specyfikacji Techniczno-Funkcjonalnej - Praca wentylatora.

W pierwszej kolejności CIRRO wyjaśnia, że wentylator pełni funkcję przede wszystkim ochronną tj. zabezpiecza personel Zamawiającego przed rakotwórczymi oparami formaliny.

CIRRO podkreśla, że w urządzeniu UltraSAFE by całkowicie wyeliminować kontakt użytkownika z substancją niebezpieczną wentylacja włączona jest cały czas podczas pracy urządzenia, by skutecznie odfiltrować opary formaldehydu. UltraSAFE posiada podwójną wentylację, jedną w obszarze dozowania i jedna w obszarze szuflady na odczynniki. Dodatkowa wentylacja umieszczona w obszarze dozowania podczas fazy napełniania pojemnika. Takie rozwiązanie poprawia ergonomię oraz bezpieczeństwo pracy. W przypadku ergonomii, użytkownik nie musi czekać aż urządzenie skończy wentylację komory zalewania i od razu po zakończonym procesie może wrócić do swoich

obowiązków.

Wykonawca podkreśla, że urządzenie UltraSAFE zapewnia pracę wentylatora przez cały okres pracy urządzenia, tym samym zapewnia również odprowadzenia oparów przez co najmniej 1 minutę po zakończeniu wykonanych czynności przez personel Zamawiającego, tym samym zapewniając pełne bezpieczeństwo użytkownika przed rakotwórczymi oparami formaliny.

Nieprawidłowe jest również twierdzenie Odwołującego, jakoby CIRRO nie potwierdził funkcjonalności w postaci „możliwości wydłużenia pracy wentylatora według preferencji Użytkownika”. CIRRO ponownie wskazuje, że urządzenie UltraSAFE zapewnia pracę wentylatora przez cały okres pracy urządzenia, tym samym zapewniając możliwość wydłużenia pracy wentylatora według preferencji Użytkownika, o czas niezbędny do odfiltrowania wszystkich oparów formaliny powstałych w wyniku realizowanego procesu w urządzeniu. Co istotne, wydłużenie pracy wentylatora dłużej niż o 1 minutę ma na celu pełne zabezpieczenie Użytkownika przed rakotwórczymi oparami formaliny. Przykładowo np. jeżeli Użytkownik będzie chciał, aby wentylator zapewniał odprowadzanie oparów przez dłuższy czas po zakończeniu wykonanych czynności to urządzenie UltraSAFE zapewnia taką pracę. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, że praca wentylatora nie wpływa na pozostałe funkcjonalności urządzenia UltraSAFE, tym samym użytkownik może korzystać z urządzenia w pełnym zakresie. Praca wentylatora regulowana jest w urządzeniu w sposób umożliwiający i gwarantujący odfiltrowanie wszystkich oparów formaliny powstałych w wyniku realizowanego procesu w urządzeniu.

Dodatkowo, CIRRO jak wskazał w treści oferty, zaoferował parametr wyższy niż wymagany przez Zamawiającego. Urządzenie UltraSAFE posiada trzy funkcje, które zabezpieczają użytkownika przed kontaktem z oparami formaliny:

- 1.automatyczne blokowanie drzwi przed otwarciem działające przez cały okres trwania procesu napełniania i chowania dyszy. Otwieranie następuje w momencie bezpiecznego dostępu do pojemnika,
- 2.zastosowanie w pokrywie pojemnika zaworu jednokierunkowego, który po wprowadzeniu dyszy cały czas zachowuje szczelność pojemnika, uniemożliwiając tym samym na wydostawanie się oparów (system samozamykający się po wysunięciu dyszy),
- 3.stała praca wentylatora do odprowadzania oparów z komory po włączeniu urządzenia oraz posiada dodatkową wentylację oparów z komory przez cały proces napełnienia zbiornika i chowania dyszy. System zaworu jednokierunkowego uniemożliwia wydostawanie się oparów formaliny, dlatego w komorze nie ma oparów. W przypadku uszkodzonego (nieuszczelnego) pojemnika nie ma znaczenia czas odprowadzania oparów, gdyż uruchamia się wtedy odpowiedni alarm.

Nieprawdziwe jest również stwierdzenie firmy Opta-Tech jakoby ciągła wentylacja podczas pracy urządzenia była parametrem niższym od możliwości regulacji pracy. W zaproponowanym rozwiązaniu regulacja pracy jest niezbędna by móc całkowicie wyeliminować narażenie na opary formaldehydu przy nie zabezpieczonych drzwiach. Jednak przy ustawieniu zbyt krótkiego czasu pracy wentylatora, użytkownik może być narażony na niebezpieczne działanie formaldehydu. Tym samym urządzenie zaproponowane przez firmę Opta-Tech nie spełnia wymagania zamawiającego dotyczącego bezpieczeństwa oraz bezkontaktowego dozowania formaliny.

Przystępujący podkreśla, że urządzenie umieszczone na bloku operacyjnym w środowisku sterylnym, musi spełniać najwyższe standardy bezpieczeństwa, jakości oraz skuteczności filtracji powietrza, by w żaden sposób nie zagrażał personelowi i pacjentom.

Dotyczy poz. nr 19 - Drukarka etykiet chemooodpornych podłączana bezpośrednio do urządzenia - zasilanie drukarki oraz złącze RS232

CIRRO wyjaśnia, że drukarka etykiet chemooodpornych jest zamontowana w obudowie urządzenia, dlatego zawsze jest podłączona bezpośrednio do urządzenia.

Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie określił czy drukarka etykiet ma być zewnętrzna czy wbudowana. Zamawiający wskazał, że musi być bezpośrednio podłączona do urządzenia.

Nie bez znaczenia jest fakt, że urządzenie jest mobilne czego również wymagał zamawiający w poz. 12 Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej - „System mobilny z czterema kołami jezdnyymi z blokadą” i drukarka musi być na stałe zamocowana do urządzenia, by móc swobodnie je przemieszczać.

Próba podważenia spełnienia tego parametru przez Opta-Tech i przedstawiona argumentacja jest jego własną interpretacją wymagań Zamawiającego. W ocenie Przystępującego, logicznym jest, że drukarka wbudowana w urządzenie jest również do niego bezpośrednio podłączona.

Dotyczy poz. nr 27 - Wysuwana taca z zalewanym pojemnikiem

Wykonawca oferując urządzenie UltraSAFE w zakresie wymagania „wysuwanej tacy z pojemnikiem” zaoferował wyższy parametr w postaci wbudowanego systemu automatycznego centrowania pojemnika. Umieszczanie pojemnika z próbką na tacy wewnątrz urządzenia UltraSAFE jest bardziej ergonomiczne niż w urządzeniu OPTA-TECH, ponadto na tacy znajduje się automatyczny system centrowania pojemnika.

Nieprawidłowe są również twierdzenia Odwołującego, że wysuwana taca z pojemnikiem nie jest powiązana z centrowaniem pojemnika.

Przystępujący wyjaśnia, że automatyczny system centrowania pojemnika w urządzeniu UltraSAFE zapewnia prawidłowe ustawienie, stabilizację pojemnika względem dyszy dozującej formalinę, wykorzystując do tego 3

automatyczne wbudowane ramiona. Dzięki temu możliwa jest pełna automatyzacja procesu bez dodatkowych czynności manualnych (wsuwanie i wysuwanie tacy z pojemnikiem) ze strony użytkownika a proces zalewania pojemnika rusza automatycznie. Wykonawca wskazuje, że wbudowany system automatycznego centrowania pojemnika, nie wymaga zastosowania wsuwania i wysuwania tacy z pojemnikiem w celu jego prawidłowego umieszczenia w urządzeniu.

Co więcej, wykonawca OPTA-TECH w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie na dostawę systemu do zautomatyzowanego, bezpiecznego dozowania formaliny do konserwacji wycinków do badań histo-patologicznych na potrzeby bloków operacyjnych SPSK-2 PUM, znak sprawy: ZP/220/39/23, oferując swoje urządzenie, które posiada wysuwaną tacę opisując tą funkcję jako: „automatyczny system centrowania pojemnika z czujnikiem obecności wraz z automatycznym rozpoznaniem pojemności pojemnika.” Tym samym, w ocenie Wykonawcy można przyjąć, że Odwołujący potwierdził w ww. postępowaniu, że system automatycznego dozowania jest parametrem wyższym w stosunku do parametru posiadania wysuwanej tacy.

Podkreślamy, że nieprawdziwe są twierdzenia OPTA-TECH, że funkcja wysuwanej tacy z zalewanym pojemnikiem w żaden sposób nie jest powiązana z funkcją centrowania pojemnika w komorze roboczej. Wskazany przez Zamawiającego wymóg w postaci posiadania przez urządzenie funkcji wysuwanej tacy przede wszystkim służy centrowaniu pojemnika względem dyszy dozującej formalinę. Tym samym zaoferowane przez CIRRO urządzenie spełnia wskazane

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Wykonawcy, OPTA-TECH w odwołaniu przedstawia swoją własną interpretację ww. wymagania specjalnie wykreowaną na potrzeby niniejszego postępowania. Również nie skorzystali z możliwości zadania pytań do Zamawiającego w celu doprecyzowania niejasności jakie mógł budzić ten zapis OPZ.

Dotyczy poz. nr 28 - Zamykanie otworu zalewowego pojemnika dedykowaną etykietą membranową, gwarantujące szczelność i podwyższoną odporność na przypadkowe uszkodzenia

Zamawiający wymagał, zamykania otworu zalewowego określonym sposobem, który będzie gwarantował szczelność i podwyższoną odporność na przypadkowe uszkodzenia.

Zamawiający jako minimalne wymaganie wskazał, aby zamykanie otworu zalewowego pojemnika odbywało się co najmniej za pomocą etykiety membranowej. Natomiast Zamawiający dopuścił również urządzenia o parametrach wyższych niż minimalne. W takiej sytuacji, wykonawca zobowiązany był do podania oferowanych parametrów.

CIRRO w zakresie tego wymagania zaoferował parametr wyższy niż wymagania minimalne. Wskazał, że pokrywy pojemników wyposażone są w opatentowany zawór jednokierunkowy ze zintegrowanym zamknięciem uszczelniającym.

CIRRO wyjaśnia, że w urządzeniu UltraSAFE zastosowane są pojemniki do zalewania, które w pokrywie mają zamontowany zawór jednokierunkowy, który cały czas zachowuje szczelność pojemnika po wprowadzeniu dyszy, uniemożliwiając tym samym na wydostawanie się oparów. Po wysunięciu dyszy zawór uszczelnia otwór tworząc trwałe zamknięcie bez ingerencji człowieka. Po stronie obsługi zostaje tylko zamknięcie klapki zabezpieczającej.

Tylko na marginesie, Wykonawca wskazuje, że w urządzeniu Odwołującego otwór w pojemniku zamykany jest poprzez naklejenie przez pracownika naklejki samoprzylepnej z drukarki, która to czynność nie zawsze gwarantuje pełną szczelność (może dojść do zafałdowania, niedoklejenia lub zagięcia naklejki w trakcie naklejania). Za tę czynność odpowiada już pracownik obsługujący urządzenie. Powyższe potwierdza, że zamykanie otworu zalewowego pojemnika dedykowaną etykietą membranową jest parametrem minimalnym.

Dotyczy poz. nr 29 - Czujniki w komorze zalewowej i w komorze z zasobnikiem formaliny do wykrywania rozlania formaliny w razie awarii systemu dozującego.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że *urządzenie UltraSafe jest urządzeniem medycznym do diagnostyki in vitro. Tym samym wszelkie modyfikacje/wersje powinny być uwzględnione w dokumentacji urządzenia w tym w instrukcji obsługi.* Przystępujący pragnie podkreślić, że umieszczenie dodatkowego czujnika w komorze z formaliną nie zmienia ani nie wpływa na działanie urządzenia ani jego konstrukcję.

Dodatkowo aby móc umieścić taki dodatkowy czujnik, producent urządzenia - firma Milestone świadomie wyraziła na to zgodę, ponieważ wprowadzenie takiej zmiany w urządzeniu nie wpływa w żaden sposób na treść postanowień dokumentacji dotyczącej rejestracji urządzenia.

Nieprawdziwe są również twierdzenia Odwołującego, że „zaoferowanie urządzenia UltraSafe bez czujnika w komorze formaliny - co wynika wprost z oferty CIRRO i wyjaśnień, może świadczyć o zaoferowaniu urządzenia w wersji „uboższej” czyli rzeczywiście tańszej. Być może jest tak, że urządzenie UltraSafe w wersji z dodatkowym czujnikiem w komorze formaliny - jeżeli w ogóle istnieje - jest droższą wersją urządzenia. Co za tym idzie, gdyby CIRRO od początku zaoferowało urządzenie UltraSAFE z dodatkowym czujnikiem, wątpliwym pozostaje, jaka byłaby cena urządzenia w takiej wersji.”

Wykonawca wyjaśnia, że producent urządzenia UltraSAFE - Milestone Srlw przypadku specjalnego zamówienia klienta, jako element dodatkowy daje możliwość umieszczenia dodatkowego czujnika wykrywania rozlania formaliny w obszarze komory z zasobnikiem formaliny. Takie też rozwiązanie zostało przez firmę CIRRO zaoferowane.

Dowód: Oświadczenie producenta wraz z tłumaczeniem.

Ponadto, Odwołujący z treści oferty Wykonawcy wywodzi nieprawidłowe wnioski, wskazując, że „Wykonawca

wymienił w swojej ofercie wszystkie czujniki rozlania formaliny, ale żaden z nich nie jest zlokalizowany w komorze z zasobnikiem formaliny."

CIRRO wskazuje, że w zakresie pozycji nr 29 Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej zaoferował parametr wyższy tj. zapewnienie również następujących czujników:

- 1.czujnik prawidłowego ustawienia dyszy w pojemniku,
- 2.czujnik obecności pojemnika,
- 3.czujniki do kontroli rozprzestrzeniania się odczynników w komorze roboczej oraz w obszarze pompy.

Tak jak zostało już wskazane powyżej, wykonawca CIRRO zaoferował urządzenie, które posiada czujniki w komorze zalewowej i w komorze z zasobnikiem formaliny, do wykrywania rozlania formaliny, spełniając tym samym minimalne wymagania Zamawiającego, a dodatkowo zaoferował ww. czujniki, które gwarantują większe bezpieczeństwo urządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący przedstawia własną interpretację wymagań wskazanych w Specyfikacji Techniczno-Użytkowej.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty CIRRO z uwagi na niezłożenie dokumentów.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CIRRO, w sytuacji gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów, do złożenia których zobowiązał go Zamawiający na mocy wezwania z 05.07.2024 r., zakreślając mu termin do dnia 10.07.2024 r. do godziny 09:00, a który to wykonawca CIRRO złożył stosowne pismo obejmujące wyjaśnienia wraz z dokumentami w dniu 11.07.2024 r., co potwierdza podpis znajdujący się na treści dokumentu, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty w oparciu o ww. podstawę prawną. Przystępujący wskazał, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Przed upływem terminu do złożenia wyjaśnień, Przystępujący wystosował do Zamawiającego wniosek o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień do dnia 11.07.2024 r. do godz. 9:00. *Dowód: wniosek o wydłużenie terminu z 10.07.2024 r.*

W odpowiedzi Zamawiający wyraził zgodę na przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień do dnia 11.07.2024 r. do godz. 10:00. *Dowód: Pismo Zamawiającego z 10.07.2024 r.*

W dniu 16.08.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

STANOWSKO W ZAKRESIE ODDALENIA ZARZUTÓW - PKT I. 1-2 ORAZ ŻAŁAŻ ZAWARTYCH PKT II. 1-3

Zamawiający nie zgadza się z zarzutami podniesionym w PKT I. 1-3 odwołania oraz przedstawioną przez Odwołującego na jego poparcie argumentacją.

Zamawiający w dniu 25.07.2024r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w odniesieniu do Zadania nr 1, a następnie unieważnił postępowanie zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605z późn. zm.), gdyż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W toku ponownej analizy zarzutów poszczególnych oferentów (odwołania wykonawców wniesione w dniu 24.07.2024r) Zamawiający uznał, iż zapisy Załącznika nr 2.1 budzą jego wątpliwości w zakresie zarówno jego uzasadnionych potrzeb dotyczących sprzętu jak i sporządzonego do postępowania opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2.1. W niniejszym postępowaniu złożone przez uczestników przedmiotowego postępowania kolejne odwołania na kolejne rozstrzygnięcia postępowania potwierdzają, iż opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Zadania nr 1 jest na tyle niejasny i nieprecyzyjny, że budzi wiele wątpliwości co do właściwej interpretacji wymogów Zamawiającego określonych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej określonej w Załączniku nr 2.1 do SWZ. Z tego też powodu wymogi i oczekiwania Zamawiającego wymagają takiego doprecyzowania, aby każdy z Wykonawców był pewien jakie urządzenie i o jakich parametrach jest przedmiotem postępowania a co najważniejsze by spełnione były potrzeby Zamawiającego odnośnie zakupywanego sprzętu, zwłaszcza po szczegółowej analizie ofert wykonawców i Załącznika nr 2.1 do SWZ.

Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Na tym etapie tj. prowadzonego postępowania i po upływie terminu składania ofert nie ma już możliwości doprecyzowania poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia zawartych w Specyfikacji funkcjonalno-technicznej (Załącznik nr 2.1 do SWZ), dlatego też przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki ma osiągnąć. Należy bowiem dostrzec, iż Zamawiający, opisując warunki zamówienia, w pierwszej kolejności staje przed zadaniem takiego ich ukształtowania, aby spełniały jego uzasadnione potrzeby oraz cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Przygotowanie wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na Zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają

obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SWZ.

Zamawiający, wypełniając obowiązek wynikający z art. 99 Ustawy PZP zobligowany jest sporządzając opis przedmiotu, do posługiwania 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 zaniżenie. (m.in. Wyrok KIO z 06.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19)

Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na Zadanie nr 1 - „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego” w ramach postępowania: Znak/Sygnatura sprawy: TP.D.DT.31.24 pn. „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem sprzętu medycznego” określił wymogi jakie musi spełniać sprzęt medyczny w ramach poszczególnych zadań. W Zadaniu nr 1 wymogi te zostały określone w Załączniku r 2.1 do SWZ. W Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej - tabela Zamawiający określił opis przedmiotu zamówienia - wymagania minimalne (kolumna 1) wraz z rubryką na złożenie oświadczenie w zakresie wymagań minimalnych (kolumna 2). Analizując ponownie opis przedmiotu zamówienia tj załącznik nr 2.1 i złożone oferty, Zamawiający doszedł do przekonania, że opis ten wymaga doprecyzowania, nie jest na tyle jasny i niebudzący wątpliwości w zakresie potrzeb Zamawiającego, zawiera wieloznaczne określenia, które nie gwarantują porównywalności złożonych ofert, a także co najważniejsze uniemożliwiają ocenę obu ofert pod kątem zgodności z wymogami tego Załącznika 2.1 w aktualnym kształcie. Poszczególne pozycje w swych opisach pozostawiają zbyt dużą dowolność oceny, zwłaszcza przy braku ustalonych warunków równoważności.

Odwolujący w swym odwołaniu wskazał, iż oferta CIRRO Sp. z o.o winna zostać odrzucona, gdyż zaproponowane urządzenie nie spełnia wymogów określonych w Specyfikacji Funkcjonalno-Technicznej - Załącznik 2.1 - tabela np. w zakresie poz. nr 15 - awaryjny przycisk bezpieczeństwa czy poz. nr 18 praca wentylatora, poz. 19 , poz. 27 - 29, nie spełniają warunków SWZ z kolei firma CIRRO Sp. z o.o zakwestionowała ofertę Odwołującego wskazując, że poszczególne pozycje sprzętu w ofercie nie spełniają wymogów Zamawiającego w zakresie wymaganych parametrów sprzętu czy warunków bezpieczeństwa. (Dowód: dokumentacja postępowania w aktach sprawy)

Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia starał się wziąć pod uwagę parametry urządzeń, o których miał wiedzę, że na rynku funkcjonują. Jednak jak wynika z przeprowadzonej oceny ofert i analizy opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik 2.1 opis ten jest nieprecyzyjny i wprowadza zbyt dużą dowolność oceny poszczególnych parametrów sprzętu.

Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Zamawiający dążył w toku oceny ofert do uzyskania i utrzymania porównywalności ofert obu podmiotów przy zachowaniu zgodności ofert z opisem Załącznika nr 2.1 SWZ.

Nie zgadza się również Zamawiający z argumentem w zakresie braku wystąpienia przesłanek do unieważnienia postępowania Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, gdyż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w komentowanym przepisie. 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.

Obecnie wśród przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 457 ust. 1 nowej ustawy PZP, znajduje się w pkt pierwszym przesłanka, zgodnie z którą umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający **”z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia”**. Tym samym nieprecyzyjny lub niejasny opis przedmiotu zamówienia z powodów wskazanych powyżej przez Zamawiającego, stanowi naruszenie ustawy, które prowadzić powinno do unieważnienia umowy i tym samym do unieważnienia postępowania przez zamawiającego. Powyższe stanowisko potwierdza orzeczenie KIO z 11.06.2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21). Jak wskazała Izba w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku, zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP z 2004 które zachowało swoją aktualność, niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia

postępowania (podobnie orzeczenia z 25.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1869/17 lub z 04.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1507/17). Jednocześnie KIO uznała, że orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. W ocenie KIO (...) „powyższe wynikałoby z analizowanej przez KIO sprawy 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. (...)” Podobne rozważania dotyczące wykładni art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP można również odnaleźć w wyroku KIO z 27.04.2021 r. (sygn. akt: KIO 913/21). Izba podkreśliła, że według poglądu wypracowanego w orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP z 2004 r. musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy określonymi art. 146 dawnego PZP. Jednocześnie KIO nakazała unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 nowej ustawy PZP i przyjęła, że w rozpatrywanej sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 in initio nowej ustawy PZP, gdyż zawarcie umowy stanowiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy. Izba w tym przypadku opowiedziała się zatem za wykładnią art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, która wiąże możliwość unieważnienia umowy z sytuacją, gdy zamawiający „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia”. Zatem nieprecyzyjny lub niejasny opis przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie nowej ustawy PZP, co potwierdza m.in. wyżej przywołane uzasadnienie wyroku KIO z 11.06.2021 r. (sygn. akt: KIO 1343/21).

Jak wynika z powyższego uzasadnienia Zamawiający spełnił obie przesłanki wymagane do unieważnienia niniejszego postępowania.

Dodatkowo wskazać należy, iż zgodnie z art. 17 ust. 2 PZP zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W wyroku z 22.07.2015 r., KIO 1462/15 (dotyczącym uchylonej ustawy PZP ale mającym nadal zastosowanie) KIO zwróciła uwagę, że „Do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać czynności nawet w wielu przypadkach nie informując o tym wykonawców”. Dodatkowo wskazać należy, iż Zamawiający może samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu ustawy PZP, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. (m.in. wyrok z 21.11.2013 r., KIO 2591/13; KIO 2593/13 oraz z 29.07.2013 r., KIO 1718/13). Jedynym ograniczeniem dla unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy PZP, jest fakt udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) do czego w omawianej sytuacji nie doszło. Z powyższego wynika, iż Zamawiający ma możliwość kontrolowania swoich czynności i może wycofać się z podjętej decyzji i powtórzyć daną czynność, zwłaszcza zbadać czy dokumenty postępowania tj. Załącznik nr 2.1 jest sporządzony prawidłowo, zwłaszcza wobec tak wielu zarzutów Wykonawców składających oferty w postępowaniu.

W związku z tym, iż celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy oraz mając na uwadze powyższe Zamawiający unieważnił postępowanie dla Zadania nr 1 - „Zakup wraz z dostawą uruchomieniem urządzenia do zalewania pobranych materiałów do badań dla potrzeb Bloku Operacyjnego” w ramach postępowania: Znak/Sygnatura sprawy: TP.D.DT.31.24 pn. „Zakup wraz z dostawą i uruchomieniem sprzętu medycznego” z zamiarem wszczęcia kolejnego, które wyeliminuje wszystkie wątpliwości Wykonawców ujawnionych w tym postępowaniu.

Co ważne czynność unieważnienia postępowania umożliwia wykonawcom dalej mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.

Dowód:

- 1)Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla Zadania nr 1 z 25.07.2024r. (w aktach sprawy)
- 2)Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania dla Zadania nr 1 z 25.07.2024r. (w aktach sprawy)
- 3)Dokumentacja postępowania (w aktach sprawy)

STANOWISKO W ZAKRESIE ODDALENIA ZARZUTU PKT I. 3

W zakresie zarzutów PKT I. 3 - Komplet dokumentów wymaganych w postępowaniu, na których wadliwości powołuje się Odwołujący w odwołaniu z 30.07.2024r. zostały złożone przez firmę CIRRO Sp. z o.o. w terminie. Dokumenty te zostały przekazane wraz z dokumentacją postępowania do KIO w dniu 07.08.2024r. Nadmienić należy, że w celu wyjaśnienia wszystkich wątpliwości przedstawionych przez Opta-Tech Sp. z o.o. Szpital Wojewódzki w Opolu, jako Zamawiający zwrócił się dnia 05.07.2024r. do CIRRO Sp. z o.o. (skan pisma w załączeniu- Załącznik nr 5.1) z prośbą o ustosunkowanie się do zarzutów zawartych w odwołaniu - wyznaczając jednocześnie termin do 10.07.2024r. do godziny 09:00. Dnia 10.07.2024r. o godzinie 08:54:33 (tj. przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego) Zamawiający otrzymał od CIRRO Sp. z o.o. pismo z prośbą wydłużenie tego terminu do 11.07.2024 r. do godziny 9:00. Zamawiający odpowiadając przychylił się pismem z dnia 10.07.2024 r. do prośby CIRRO Sp. z o.o. wyznaczając termin złożenia wyjaśnień do 11.07.2024r. do godziny 10:00. Pismo w tej sprawie zostało przesłane CIRRO Sp. z o.o. dnia 10.07.2024 r. o godzinie 08:56 (Skany korespondencji w sprawie przedłużenia terminu w załączeniu - Załącznik nr 5.2 i

Załącznik nr 5.3). Co ważne kwestionując w/w czynności Zamawiającego, Wykonawca w formułowanym zarzucie uzasadnieniu do niego tj. dotyczy PKT I.3, powołuje się na przedłożone środki dowodowe i wyjaśnienia wykonawcy CIRRO Sp. z o.o. uznając je za złożone właściwie, polemizując z ich treścią i opierając na nich swą argumentację w zakresie zgłoszonego zarzutu. Zarzut zatem zawarty w PKT I.3 jest bezzasadny.

Dowód: Dokumentacja postępowania (w aktach postępowania), Pismo Zamawiającego z 07.08.2024r. - odpowiedź na wezwanie do przedłożenia dokumentów i informacji - w aktach postępowania

STANOWISKO W ZAKRESIE BRAKU INTERESU PRAWNEGO WYKONAWCY

Zamawiający podnosi, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w wniesieniu środka odwoławczego, w związku z czym na tej podstawie odwołanie winno ulec oddaleniu. Odwołujący jako potencjalny Wykonawca usługi objętej postępowaniem posiadałby interes prawny w wniesieniu środka odwoławczego, jednak w ocenie Zamawiającego w okolicznościach sprawy nie jest to oczywiste. Posiadanie interesu prawnego decyduje bowiem o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, co ma istotne znaczenie dla sprawy, gdyż w przypadku jego braku odwołanie oddala. Odwołujący wskazał bardzo ogólnie, że w jego ocenie posiada interes prawny do wniesienia odwołania i uzyskania zamówienia wobec czego jest zainteresowany aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z zapisami PZP. Nie popart tego innymi argumentami.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO z jednej strony wystarczająca dla wykazania interesu prawnego jest sama chęć uzyskania zamówienia. Przytoczyć należy jednak wyrok KIO z dnia 5.01.2023r. KIO 3370/22, w którym Izba wskazała na potrzebę udowodnienia uzyskania określonego rozstrzygnięcia wynikające z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia. Nie chodzi o skonstruowanie wniosków odwołania, ale uprawdopodobnienie, że utrata zamówienia jest możliwa. Podobnie wyrok KIO z dnia 23.09.2014 roku sygn. 1857/14, zgodnie z którym Izba stwierdziła, że dla spełnienia przesłanki wynikającej z art. 179 ust. 1 PZP z 2004 roku wymagane jest nie tylko samo zakwestionowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu bądź specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak to uczynił Odwołujący. Niewystarczające jest w ocenie Izby również podanie zakresu oczekiwanych zmian lub podanie wprost oczekiwanych postanowień SIWZ. Izba podkreśliła, że odwołujący powinien udowodnić, że nie może spełnić wymagania zamawiającego oraz np. że tylko jedni lub nieliczni z branży wykonawcy mogą o to zrobić. (...)” Bowiem naruszenie przepisów ustaw na jakie wskazuje musi mieć wpływ na sytuację prawną odwołującego, którego przez to naruszenie pozbawia się możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast samo podnoszenie zarzutu jest niewystarczające bez wykazania wpływu na konkretną sytuację odwołującego, która uniemożliwia jemu złożenie oferty w świetle postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy postanowień SIWZ(...).”

Wykonawca powinien więc zadbać o realne wykazanie interesu, a nie jedynie poprzestać na blankietowym stwierdzeniu jego istnienia. Ma to szczególne znaczenie przy wnoszeniu przez wykonawcę środka ochrony prawnej nakierowanego na zakwestionowanie poprawności dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert. W niniejszej sprawie kwestią zasadniczą jest okoliczność, iż strony nie są związane już ofertami, jakie zostały złożone w postępowaniu. Żaden z Wykonawców nie złożył oświadczenia w tym przedmiocie tj. nie potwierdził aktualności swej oferty, nawet Odwołujący wnosząc kolejno swoje odwołania (3 odwołania), a sam Zamawiający w okolicznościach sprawy tj. uznania iż opis przedmiotu zamówienia nie jest właściwie przygotowany, nie zwracał się do Wykonawców o ich potwierdzenie. Sam fakt, że Wykonawca, który może oczywiście złożyć sam takie oświadczenie będąc zainteresowanym w uzyskaniu tego zamówienia nie przedłożył takiego oświadczenia woli o podtrzymaniu aktualności oferty i tym samym nie podtrzymał realnej woli uzyskania tego zamówienia, świadczy o braku interesu prawnego. Nadto co już wielokrotnie podkreślał Zamawiający czynność unieważnienia postępowania umożliwia wykonawcom dalsze ubieganie się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Nadto w dniu 30.07.2024r. Szpital Wojewódzki w Opolu sp. z o.o. zwrócił obu Wykonawcom (CIRRO Sp. z o.o. oraz Opta-Tech Sp. z o.o.) wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami (potwierdzenie przelewu stanowi Załącznik nr 9.1 i Załącznik nr 9.2).

Wobec powyższego zarzuty zawarte w PKT I.1-3 oraz żądanie zawarte w PKT II.1-3 odwołania są bezzasadne.

Zamawiający wskazuje dodatkowo, że treść samych zarzutów w PKT I.1-3 odwołania jest nieprecyzyjna i niezrozumiała a Zamawiającemu ciężko jest się do ich odnieść w sposób jasny. Prawidłowe sformułowanie zarzutów, w sposób jasny, precyzyjny oraz ich należyte uzasadnienie jest także, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, gwarancją prawidłowego przeprowadzenia samego postępowania odwoławczego. Tylko wówczas bowiem zarówno Zamawiający, jak i ewentualni przystępujący po każdej ze stron będą mieli możliwość odniesienia się do postawionych zarzutów.

Należy jedynie nadmienić, iż Odwołujący w żądaniach w PKT II.1-3 nie wskazał na żądanie nakazania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, (nadmienił o tym jedynie w uzasadnieniu), a jedynie żądanie odrzucenia oferty wykonawcy CIRRO, który to zarzut formułował już w dwóch ostatnich odwołaniach powielając argumentację w nich zawartą pomimo, iż czynności Zamawiającego objęte poprzednimi odwołaniami zostały uchylone.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku

rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Izba wskazuje, że wadium zostało zwrócone Odwołującemu mimo, że nie było z jego strony wniosku w tym zakresie, nie miał więc zastosowania art. 98 ust. 2 pkt 4 Pzp. Wobec powyższego Zamawiający winien działać zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 3 Pzp, czego nie uczynił bo działał wbrew temu przepisowi. W konsekwencji Izba nie może wobec wadliwości czynności Zamawiającego zwrotu wadium wbrew art. 98 ust. 1 pkt 3 Pzp, uznać, że wywołuje to skutek w postaci odjęcia interesu Odwołującemu. Wręcz przeciwnie Izba uznała że nie może to skutkować odjęciem interesu Odwołującemu. Jednocześnie, Izba przypomina Zamawiającemu, że wypadku gdy terminu związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty (art. 252 ust. 2 Pzp).

Skład orzekający Izby dopuszcza w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ”, załącznika nr 2.1 do SWZ – Zadanie nr 1 (Specyfikacji Funkcjonalno – Technicznej), oferty Odwołującego oraz Przystępującego, tzn. złożonych i wypełnionych Załączników nr 2.1 do SWZ– Zadanie nr 1 (Specyfikacji Funkcjonalno – Technicznej), pisma z dnia 6.06.2024 r., pisma z dnia 18.06.2024 r. ; pisma z dnia 19.06.2024 r., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 28.06.2024 r., pisma z dnia 10.06.2024 r., pisma z dnia 14.06.2024 r., dwóch pism Odwołującego z dnia 28.06.2024 r., odwołania z dnia 3.07.2024 r. o sygn. akt: KIO 2324/24 zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania nr 1 z dnia 05.07.2024 r., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 19.07.2024 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 22.07.2024 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 22.07.2024 r., pisma z dnia 11.07.2024 r., pismo z dnia 15.07.2024 r., odwołania Odwołującego z dnia 24.07.2024 r. o sygn. akt: KIO 2617/24, odwołania CIRRO z dnia 24.07.2024 r. o sygn. akt: KIO 2615/24 przystąpienia Odwołującego z dnia 29.07.2024 r., zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania nr 1 z dnia 19.07. 2024 r., jak i zawiadomienia o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 1 z dnia 25.07. 2024 r.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) dokument producenta wraz tłumaczeniem str.11 dotyczącej przycisku bezpieczeństwa;
- 2) oświadczenie producenta wraz tłumaczeniem.;
- 3) wniosek CIRRO z dnia 10 lipca 2024 r.;
- 4) pismo Zamawiającego z dnia 10 lipca 2024 r.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) wyciąg z instrukcji obsługi Maszyny do dozowania formaliny oraz zamykania pojemników histologicznych dotyczący awaryjnego przycisku bezpieczeństwa (poz. 15) Firmy Combifill;
 - 2) wyciąg z instrukcji obsługi Maszyny do dozowania formaliny oraz zamykania pojemników histologicznych dotyczący drukarki (poz. 19) Firmy Combifill;
 - 3) wyciąg z instrukcji obsługi Maszyny do dozowania formaliny oraz zamykania pojemników histologicznych dotyczący wysuwanej tacy (poz. 27) Firmy Combifill;
 - 4) wyciąg z instrukcji obsługi Maszyny do dozowania formaliny oraz zamykania pojemników histologicznych dotyczący zamykania otworu (poz. 28) Firmy Combifill w języku angielski z tłumaczeniem na język polski.
- złożone na okoliczność, iż są na rynku urządzenia, które spełniają aktualnie wymogi unieważnionego postępowania przez Zamawiającego.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Zamawiającego:

- 1) notatkę służbową koordynatora ds. aparatury medycznej na okoliczność, iż dodatkowe kwestie funkcjonalno-techniczne wymagają doprecyzowania w OPZ, tj. wyposażenie,
- 2) informację z platformy zakupowej przesłaną do Izby podczas posiedzenia – 1 na okoliczność wyrażenia zgody przez Zamawiającego na przedłużenie Przystępującemu terminu na złożenie wyjaśnień,
- 3) informację z platformy zakupowej przesłaną do Izby podczas posiedzenia – 2 na okoliczność tego, że do Zamawiającego wpłynął wniosek od Przystępującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień przed upływem pierwotnego terminu na udzielenie wyjaśnień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 255 pkt 6) PZP w zw. z art. 457 PZP oraz art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 6) PZP nie zaistniały, przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie było obciążone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (w szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy PZP), a Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej unieważnił przedmiotowe postępowanie (co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawco w), powołując przy tym uzasadnienie faktyczne w sposób niejasny i budzący wątpliwości, czym dodatkowo naruszył art. 260 ust. 1 PZP i to w sytuacji, w której oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnienia) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 7 pkt 29 PZP, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CIRRO w sytuacji gdy z oferty Wykonawcy CIRRO jak również złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień wraz z środkami dowodowymi wynika, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego w SWZ i załącznikach, a złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i przedmiotowe środki dowodowe dodatkowo potwierdziły niezgodność oferowanego przez CIRRO przedmiotu zamówienia z dokumentacją postępowania, w szczególności w odniesieniu do parametrów określonych przez Zamawiającego w treści zał. nr 2.1. do SWZ (szczegółowo określonych w uzasadnieniu poniżej), wobec czego powinna podlegać odrzuceniu – w konsekwencji zarzuto w nr 1 i 2 naruszenie 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;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CIRRO, w sytuacji gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów, do złożenia których zobowiązał go Zamawiający na mocy wezwania z 05.07.2024 r., określając mu termin do dnia 10.07.2024 r. do godziny 09:00, a który to wykonawca CIRRO złożył stosowne pismo obejmujące wyjaśnienia wraz z dokumentami w dniu 11.07.2024 r., co potwierdza podpis znajdujący się na treści dokumentu, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty w oparciu o ww. podstawę prawną.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. W szczególności Izba wskazuje na pismo procesowe Przystępującego, gdzie wskazano jakie pozycje były wzajemnie kwestionowane przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu w toku postępowania, a zwłaszcza we wzajemnych odwołaniach o sygn. akt: KIO 2615/24 oraz o sygn. akt: KIO 2617/24, ale także w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2324/24. W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający umorzeniu z uwagi na brak substratu zaskarżenia na podstawie art. 568 pkt 2 NPzp.

Izba w tym zakresie przyjęła, iż unieważniając postępowanie Zamawiający nie ocenił oferty ani Odwołującego ani Przystępującego. Inaczej mówiąc Zamawiający w ogóle nie przystąpił do czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W konsekwencji zarzut drugi dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego należy uznać za przedwczesny, gdyż czynność badania i oceny ofert nie miała miejsca (brak substratu zaskarżenia), więc nie można zarzucić Zamawiającemu zaniechania w tym zakresie. Taki zarzut byłby uzasadniony, gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Wymaga podkreślenia, że dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania (zarzutu) konieczne jest, aby dotyczyło ono czynności bądź zaniechania Zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla Wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarzanych czynności bądź zaniechań. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia byłaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego co nie miało miejsca, gdyż Zamawiający w ogóle nie przystąpił do czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Stąd umorzenie w tym wypadku przedmiotowego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający umorzeniu z uwagi na jego wycofanie na podstawie art. 568 pkt 1 NPzp. W tym zakresie wymaga podkreślenia, że Odwołujący wycofał ten zarzut, po wykazaniu przez Zamawiającego poprzez okazanie Odwołującemu, że Zamawiający wyraził zgodę na przedłużenie Przystępującemu terminu na złożenie wyjaśnień (informacja z platformy zakupowej przesłana do Izby podczas posiedzenia - 1) oraz że do Zamawiającego wpłynął wniosek od Przystępującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień przed upływem pierwotnego terminu na udzielenie wyjaśnień (informacja z platformy zakupowej przesłana do Izby podczas posiedzenia - 2).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że zaistniały, ziściły się wszystkie przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp. Zaistniały wady, które na obecnym etapie po złożeniu ofert w postępowaniu są nieusuwalne. Nadto, rzutują one bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż umowa podlegałaby unieważnieniu, z uwagi na to, iż miałyby ona miejsce z naruszeniem przepisów Pzp, gdyż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia, np. w zakresie braku parametrów kryteriów równoważności.

Istotne jest także, że w ocenie Izby, Zamawiający przedstawił uzasadnienie zawierające informacje, które w sposób czytelny wyjaśniały motywy jakimi się kierował. Nadto, Zamawiający w pierwszym akapicie wyraźnie przedstawił kontekst unieważnienia odwołując się do wcześniejszych odwołań, a tym samym w ten sposób przywołał wątpliwości interpretacyjne, które pojawiły się na ich kanwie, w kontekście właściwej interpretacji wymogów Zamawiającego określonych w Specyfikacji Funkcjonalno – Technicznej określonej w Załączniku nr 2.1. do SWZ.

W ocenie Izby te wątpliwości interpretacyjne, właściwie uznał jako przejaw nieprecyzyjności postanowień SWZ wymagających doprecyzowania, także takiego aby każdy z Wykonawców był pewien jakie urządzenia i o jakich parametrach są przedmiotem postępowania. Zasadnie też podnosił, że na obecnym etapie doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Technicznej nie jest możliwe, dlatego konieczne jest unieważnienie. Wskazał też, że jego zamiarem jest wszczęcie kolejnego postępowania, które wyeliminuje wszystkie wątpliwości Wykonawców ujawnione w toku postępowania.

W ocenie Izby wcześniej złożone odwołania przywołane w uzasadnieniu unieważnienia potwierdziły wymierność i istotność zaistniałych wątpliwości co do istniejących postanowień SWZ i ich nieprecyzyjności. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Przystępującego z jego pisma procesowego, przy tym dał temu wyraz także Zamawiający w uzasadnieniu.

Nadto, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący złożonymi dowodami na rozprawie nie wykazał, że postanowienia SWZ były na tyle precyzyjne, że ofertę mógł złożyć jeszcze trzeci Wykonawca. Rozprawa w tym zakresie pogłębiła istniejące wątpliwości, także wobec tego potencjalnego trzeciego Wykonawcy (podłączona drukarka, ale urządzenie ma wbudowany czytnik kodów kreskowych, co było niezgodne z wymogiem Zamawiającego, dowód wskazuje na szufladę nie na tacę, inny wskazuje na folia a nie membranę). W ocenie Izby działanie Zamawiającego jest na tylko zgodne z jego potrzebami, ale de facto daje szansę Wykonawcom na ponowne złożenie ofert i konkurowanie w nowym postępowaniu.

Odnosnie zadawania pytań i udzielania wyjaśnień to leży niniejsze w interesie Wykonawców, a brak ich zadawania, może stanowić przejaw niedbalstwa zgodnie z orzecznictwem SN. Nie zmienia to jednak tego, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 Pzp), z którego nikt nie może go zwolnić. Opis przedmiotu zamówienia jest bowiem przejawem jego potrzeb i sposobem na ich uzewnętrznienie, z tych powodów ich jasne sformułowanie ma tak zasadnicze i priorytetowe znaczenie.

W ocenie Izby zaistniałe okoliczności w postępowaniu dały podstawę Zamawiającemu do unieważnienia postępowania. Nadto, Zamawiający w sposób czytelny i wyczerpujący zawarł także okoliczności faktyczne, jak i prawne jakie legły u podstaw unieważnienia postępowania. Odwołania do których odwołał się Zamawiający w unieważnieniu, wprost wskazywały okoliczności, które budziły wątpliwości interpretacyjne i wymagały doprecyzowania w SWZ. Wymóg doprecyzowania potwierdziła także notatka służbowa złożona na rozprawie przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia

2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....