

Sygn. akt: KIO 3858/23

WYROK
Warszawa, dnia 9 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2023 r. przez **wykonawcę A.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Abchem A.B. z siedzibą w Olsztynie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Białymstoku**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Białymstoku i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Abchem A.B. z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę A.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Abchem A.B. z siedzibą w Olsztynie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku na rzecz wykonawcy Agnieszki Busler prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Abchem A.B. z siedzibą w Olsztynie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3858/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Białymstoku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Jednorazowa dostawa drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych*” Numer referencyjny: AZP.25.1.66.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2023 r., za numerem 2023/S 155-495590.

W dniu 22 grudnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca A.B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Abchem A.B. z siedzibą w Olsztynie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp przyjmując, iż postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania przyjmując, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na zbyt ogólny opis przedmiotu zamówienia, w którym nie zostały ujęte kluczowe informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W konsekwencji doprowadziło to do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, a także zaniechania udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. Zamawiający unieważnił postępowanie. W uzasadnieniu swojej decyzji jako przyczynę unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał zbyt ogólny opis przedmiotu zamówienia, w którym nie zostały zawarte informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający wskazał, że robotyka systemu automatycznego biobankowania Biobanku Zamawiającego dostosowana jest do konkretnych wymiarów probówek oraz dopasowanych do nich statywów. Każde

odstępstwo od wymiaru może spowodować brak możliwości współpracy z automatycznym biobankiem, zarówno na etapie pracy robota, jak również podczas przechowywania. Ponadto, w przypadku różnic w wymiarach konieczny byłoby zakup nowych stelaży do systemu automatycznego biobankowania oraz uczenie robota pracy z innymi próbkami, co jest procesem długotrwałym, generującym wysokie koszty dodatkowe. Producent biobanku nie jest w stanie zapewnić, że próbki o innych parametrach będą kompatybilne z automatycznym systemem.

Odwolujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego przyczyna wskazana przez Zamawiającego jest pozorna i jedynym celem Zamawiającego jest wyeliminowanie oferty Odwołującego. Wskazane w uzasadnieniu parametry są zaś tożsame z parametrami próbek zaoferowanych przez wykonawcę POLGEN Machejko Spółka Komandytowa. Urządzenie, którym dysponuje Zamawiający w rzeczywistości nie wymaga ściśle określonego wymiaru próbek. Ma ono bowiem dużą tolerancję, co powoduje kompatybilność z próbkami różnych producentów.

Odwolujący wskazał, że do zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Należy do nich zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Warunkiem skuteczności unieważnienia postępowania jest wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a potem skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy finalnej (por. wyrok KIO z 4 lipca 2019 r., KIO 1098/19; wyrok KIO z 12.11.2019 r., KIO 2176/19). Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania (tak A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 255). Unieważnienie postępowania na podstawie przywołanej przesłanki jest ściśle powiązane z przesłankami unieważnienia umowy, zawartymi w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Pamiętać jednak należy, iż nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp może zatem mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Dla unieważnienia postępowania konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania nie tylko musi być niemożliwa do usunięcia, lecz także musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechania jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania zamawiający jest obowiązany uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 oraz art. 457 ustawy pzp, a wykonawca ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp, a więc z uwagi na zaistnienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wada ta nie tylko jest nieusuwalna, lecz także ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania wpływ naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych musi zatem prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych wybór najkorzystniejszej oferty (tak P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 255). Co do zasady niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia może stanowić przesłankę do unieważnienia postępowania, jednak w pierwszej kolejności przesłanka uzasadniająca unieważnienie postępowania musi być realna.

Odwolujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu podane w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego przyczyny są pozorne i nieprawdziwe. Celem Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, jest zaś próba wyeliminowania Odwołującego z konkurowania o udzielenie zamówienia i udzielenie go wykonawcy, który dotychczas dostarczał Zamawiającego przedmiot zamówienia, tj. firmie POLGEN Machejko Spółka Komandytowa. Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał, że podana w uzasadnieniu unieważnienia postępowania argumentacja jest nieprawdziwa oraz pozorna i ma na celu umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy POLGEN Machejko Spółka Komandytowa w kolejnym postępowaniu. Jak wynika z analizy Odwołującego, wymiary próbek wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 grudnia 2023 r. wskazują w sposób bezpośredni wyłącznie na jednego producenta próbek (firmę Micronic), oferowanego przez wykonawcę - POLGEN Machejko Spółka Komandytowa. Odwołujący wskazał, że każdy producent ma odrobinę inne wymiary oferowanych próbek. Wymiary próbek wskazane przez Zamawiającego są zaś tożsame z rozmiarami próbek producenta Micronic. Wynika to z informacji zawartych na stronie internetowej tego producenta dot. próbek o pojemności 0,75 ml (nr katalogowy MP52757-Y20).

Dowód: Informacje ze strony internetowej producenta Micronic dot. probówek o pojemności 0,75 ml (nr katalogowy MP52757-Y20) - wydruk ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem na język polski.

Wskazanie przez Zamawiającego przywołanych w uzasadnieniu unieważnienia wymiarów probówek prowadzi w konsekwencji do sytuacji, w której możliwe stanie się zaoferowanie probówek tylko producenta, tj. Micronic, co nie jest podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego taki właśnie zamiar przyświeca Zamawiającemu, bowiem to właśnie z wykonawcą POLGEN Machejko Spółka Komandytowa Zamawiający dotychczas współpracował. Wykonawca ten był bowiem wykonawcą składającym oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia w latach 2021 oraz 2022, któremu Zamawiający udzielił zamówień.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 17 września 2021 r. w postępowaniu na „Sukcesywne dostawy drobnego sprzętu laboratoryjnego z podziałem na 3 części dla Zakładów UMB do celów naukowo-badawczych” nr AZP.25.1.35.2021.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 września 2021 r. dla części 1 w postępowaniu na „Sukcesywne dostawy drobnego sprzętu laboratoryjnego z podziałem na 3 części dla Zakładów UMB do celów naukowo-badawczych” nr AZP.25.1.35.2021.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 25 października 2022 r. w postępowaniu na „Jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowobadawczych” nr AZP.25.1.74.2022.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 października 2022 r. w postępowaniu na „Jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych” nr AZP.25.1.74.2022.

Odwołujący podniósł, że ograniczenie wymiarów probówek do wskazanych w piśmie z dnia 12 grudnia 2023 r. nie znajduje również uzasadnienia merytorycznego/technicznego. W konsekwencji działanie Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Co więcej, takie działanie doprowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o udzielenie zamówienia tylko do jednego producenta probówek.

W ocenie Odwołującego przywołane okoliczności prowadzą do wniosku, iż Zamawiający dąży do unieważnienia postępowania bowiem w przetargu wziął udział, poza wykonawcą preferowanym przez Zamawiającego, także inny wykonawca. Dodatkowo przedstawił on ofertę korzystniejszą, co uniemożliwiło Zamawiającemu wybór oferty preferowanego wykonawcy, tj. firmy POLGEN Machejko Spółka Komandytowa. Porównanie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1 021 547,90 PLN brutto) oraz ceny oferty wykonawcy POLGEN Machejko Spółka Komandytowa (1 021 548,00 PLN brutto) wskazuje na porozumienie Zamawiającego i tego wykonawcy w zakresie wysokości zarówno budżetu Zamawiającego jak i ceny oferty wykonawcy. W zestawieniu z przyczynami stanowiącymi podstawę unieważnienia postępowania w ocenie Odwołującego zasadne wydaje się także postawienie Zamawiającemu zarzutu nawiązania z wykonawcą POLGEN Machejko Spółka Komandytowa niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący podniósł dalej, że zgodnie z informacjami zawartymi w broszurze producenta urządzenia, którym dysponuje Zamawiający, urządzenie to ma szeroki zakres obsługi probówek pochodzących od różnych producentów. Zgodnie z informacją zawartą na str. 7 broszury urządzenia Hamilton BiOS „iOS obsługuje szeroką gamę akcesoriów laboratoryjnych (probówek) w standardowych stojakach lub płytkach w formacie SBS do wysokości 110 mm. Producentami obsługiwanych akcesoriów laboratoryjnych są MatrixTM, Micronic, LVL, Greiner, NuncTM, FluidX Corning..* * Ta lista nie jest kompletna. Prosimy o kontakt z firmą Hamilton Storage w celu weryfikacji określonego lub dodatkowego typu akcesoriów laboratoryjnych.”

Dowód: Broszura urządzenia Hamilton BiOS, którym dysponuje Zamawiający, pobrana ze strony producenta wraz z fragmentami tłumaczenia.

Powyższe świadczy o tym, iż Zamawiający stwierdzając w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, iż „dokładne wymiary, które powodują kompatybilność z automatycznym biobankiem firmy HAMILTON BiOS L, w którym próbówki miały być wykorzystane” stwierdza nieprawdę. Producent jasno bowiem wskazuje, że urządzenie obsługuje różne rodzaje (wymiary) probówek, a zatem nie muszą one posiadać dokładnie tych wymiarów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 grudnia 2023 r. Wyolbrzymieniem zatem wydaje się również dalsza część uzasadnienia Zamawiającego, w której twierdzi on, że „Robotyka systemu automatycznego biobankowania Biobanku Zamawiającego dostosowana jest do konkretnych wymiarów probówek oraz dopasowanych do nich statywów. Każda

zmiana wymiarów konstrukcji próbki lub statywu powoduje, iż ramię robota będzie miało problem z ich uchwyceniem i przeprowadzeniem na nich koniecznych operacji. Jednocześnie stelaże wykorzystywane w przestrzeni magazynowej systemu automatycznego biobankowania są skonstruowane pod konkretne wymiary. Każde odstępstwo od wymiaru może spowodować brak możliwości współpracy z automatycznym biobankiem, zarówno na etapie pracy robota, jak również podczas przechowywania. W przypadku różnic w wymiarach konieczny byłoby zakup nowych stelaży do systemu automatycznego biobankowania oraz uczenie robota pracy z innymi próbkami, co jest procesem długotrwałym, generującym wysokie koszty dodatkowe. Producent biobanku nie jest w stanie zapewnić, że próbki o innych parametrach będą kompatybilne z automatycznym systemem, bez przeprowadzenia testów zarówno w siedzibie firmy w USA, jak również kosztownych testów w miejscu użytkowania”.

Zdaniem Odwołującego, w powyższym stwierdzeniu Zamawiający w sposób nieuprawniony zaprzeczył oficjalnym informacjom producenta urządzenia Hamilton BIOS o tym, że urządzenie to obsługuje różne rodzaje (wymiary) próbek. Skoro tak, to informacje, które zawarł Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia są nieprawdziwe. Nieprawdziwe przesłanki nie mogą zaś stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Biorąc również pod uwagę różnice w cenie oferty Odwołującego oraz wykonawcy POLGEN Machejko Spółka Komandytowa nieprawdopodobne wydaje się, aby nawet ewentualne przeprogramowanie komputera nie uzasadnia umożliwienia udzielenia zamówienia za kwotę kilkukrotnie wyższą niż najniższa oferta, spełniająca wszystkie warunki.

Odwołujący zwrócił się do producenta oferowanych próbek firmy Biologix z prośbą o informacje czy próbki Biologix mogą być używane z systemem Hamilton BIOS L. W odpowiedzi na to zapytanie Odwołujący otrzymał od producenta deklarację zgodności potwierdzającą, iż próbki Biologix mogą być używane z systemem Hamilton BIOS L.

Dowód: Deklaracja zgodności producenta Biologix z dnia 21 grudnia 2023 r. wraz z tłumaczeniem.

Z przedmiotowej deklaracji wynika także, że producent dokument ten wystawił po uprzednim kontakcie z producentem urządzenia Hamilton. A zatem, przed wystawieniem przedmiotowej deklaracji dokonał on weryfikacji, co pozwoliło na obiektywne ustosunkowanie się do prośby Odwołującego. Ponadto, Odwołujący zwrócił się do producenta Biologix z zapytaniem mailowym w sprawie kompatybilności jego próbek z urządzeniem Hamilton. Również w tej korespondencji Odwołujący uzyskał potwierdzenie, że próbki są kompatybilne

Dowód: Korespondencja Odwołującego z producentem Biologix z dnia 15 grudnia 2023 r. wraz z tłumaczeniem.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający zwrócił się do producenta próbek (Biologix) oferowanych przez Odwołującego z prośbą o potwierdzenie, że próbki te spełniają dodatkowe wymagania, określone w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Producent natomiast potwierdził, iż próbki te wymagania Zamawiającego spełniają.

Dowód: Korespondencja Zamawiającego z producentem próbek firmą Biologix wraz z tłumaczeniem.

Odwołujący nie zgadza się również z twierdzeniem Zamawiającego, że brak wskazanych w uzasadnieniu unieważnienia postępowania informacji mógł mieć wpływ na przygotowanie oferty. Po pierwsze, urządzenie, którym dysponuje Zamawiający jest kompatybilne z próbkami wielu producentów. Po drugie, w tożsamym - postępowaniu na „Jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych” nr postępowania: AZP.25.1.74.2022, prowadzonym przez Zamawiającego w 2022 r. Zamawiający zawarł dokładnie taki sam opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z brzmieniem załącznika nr 2 do SWZ dla przedmiotowego postępowania wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia następujących produktów: „Próbki zakręcane o pojemności 0,75 ml, z gwintem zewnętrznym hybrydowym WID, z macierzą danych 2D, z szarymi nakrętkami, z dnem w kształcie litery U, ze statywem z wysoką pokrywą, wstępnie zakręcane, z kodem kreskowym AI-HI”.

Dowód: SWZ oraz załącznik nr 2 Formularz cenowy dla postępowania AZP.25.1.74.2022.

W przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, wykonawcy POLGEN Machejko Spółka Komandytowa. Wówczas po otwarciu ofert Zamawiający nie doszedł do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia jest zbyt ogólny i nie zawiera informacji, które mogły mieć wpływ na przygotowanie oferty. Wręcz przeciwnie, dokonały wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 października 2022 r. w postępowaniu na „Jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych” nr AZP.25.1.74.2022

Jak widać, w poprzednim postępowaniu Zamawiający nie miał wątpliwości, co do kompatybilności próbek oferowanych przez wykonawcę POLGEN Machejko Spółka Komandytowa z urządzeniem, którym się posługuje. Takie wątpliwości pojawiły się dopiero, kiedy w aktualnie prowadzonym postępowaniu została złożona oferta, w której zaferowane zostały próbki kompatybilne z urządzeniem Zamawiającego, jednak pochodzące od innego producenta.

Odwołujący podniósł, że przygotowując postępowanie, w tym opis przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien mieć na uwadze zasadę proporcjonalności. Proporcjonalność zaś polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale te obiektywne potrzeby czy wymagania nie mogą sprowadzać się do określenia parametrów, które wskazują na jeden konkretny produkt. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający swoim działaniem próbuje doprowadzić w przyszłości do udzielenia zamówienia preferowanemu przez siebie wykonawcy, a parametry, na które się powołuje bezsprzecznie wskazują na jednego konkretnego producenta, a zatem też na jeden konkretny produkt. Co więcej, takie działanie nie jest w żaden sposób uzasadnione zindywidualizowanymi potrzebami Zamawiającego bowiem urządzenie, którym dysponuje jest kompatybilne z produktami wielu producentów, w tym producenta Biologix, oferowanymi przez Odwołującego. Każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi w jakimś stopniu do ograniczenia konkurencji. Sporządzając opis przedmiotu zamówienia zamawiający nie jest zobowiązany dopuścić do udziału w postępowaniu każdego potencjalnego wykonawcy działającego na danym rynku, a jedynie tych, którzy będą w stanie zaoferować przedmiot zaspokajający uzasadnione i niedyskryminujące potrzeby Zamawiającego, gwarantujące mu uzyskanie oczekiwanego efektu. Poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, do czego dąży Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. W żaden sposób opis zastosowany przez Zamawiającego nie prowadzi też do wypaczenia wyniku postępowania, które w przyszłości mogłoby prowadzić do unieważnienia zawartej umowy. W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania wpływ naruszeń przepisów ustawy pzp musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. W przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na kompatybilność urządzenia jakim dysponuje Zamawiający z produktami wielu producentów, nie może być mowy ani o rzeczywistej zmianie wyniku ani nawet o realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji.

W świetle przytoczonych argumentów, zdaniem Odwołującego, nie może być zatem mowy o wystąpieniu w postępowaniu jakiegokolwiek wady, która wskazywałaby na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Powyższe okoliczności pozwalają stwierdzić, że podana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania jest nieprawdziwa i ma na celu umożliwienie Zamawiającemu udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym Zamawiający współpracował dotychczas. Takie działanie narusza przepisy ustawy pzp i prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz podstawowymi zasadami, z poszanowaniem których powinno być prowadzone każde postępowanie o udzielenie zamówienia, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, zaś postępowanie nie powinno zostać unieważnione.

W dniu 5 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

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

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

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

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: a. Informacja ze strony internetowej producenta Micronic dot. probówek o pojemności 0,75 ml (nr katalogowy MP52757-Y20) - wydruk ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem na język polski, b. Informacja z otwarcia ofert z dnia 17 września 2021 r. w postępowaniu na „Sukcesywne dostawy drobnego sprzętu laboratoryjnego z podziałem na 3 części dla Zakładów UMB do celów naukowo - badawczych” nr AZP.25.1.35.2021, c. Informacja o

wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 września 2021 r. dla części 1 'w postępowaniu na „Sukcesywne dostawy drobnego sprzętu laboratoryjnego z podziałem na 3 części dla Zakładów UMB do celów naukowo-badawczych” nr AZP.25.1.35.2021, d. Informacja z otwarcia ofert z dnia 25 października 2022 r. w postępowaniu na „Jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowobadawczych” nr AZP.25.1.74.2022, e. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 października 2022 r. w postępowaniu na „Jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych” nr AZP.25.1.74.2022, f. Broszura urzędnika Hamilton BiOS, którym dysponuje Zamawiający, pobrana ze strony producenta wraz z fragmentami tłumaczenia, g. Korespondencja Zamawiającego z producentem probówek firmą Biologix wraz z tłumaczeniem, h. Deklaracja zgodności producenta Biologix z dnia 21 grudnia 2023 r. wraz z tłumaczeniem, SWZ oraz załącznik nr 2 Formularz cenowy dla postępowania AZP.25.1.74.2022, j. Korespondencja Odwołującego z producentem Biologix z dnia 15 grudnia 2023 r. wraz z tłumaczeniem), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: 1. Korespondencja Zamawiającego z firmą HAMILTON. 2. Oferta z firmy ALTIUM INTERNATIONAL Sp. z o.o. (dostawca Biobanku HAMILTON BIOS L) oraz dowody złożone przez Odwołującego i rozprawie (dowód nr 1 - analiza potrzeb i wymagań, dowód nr 2 - wydruk ze strony internetowej dotyczący statywów, dowód nr 3 - wydruk ze strony internetowej producenta Matrix, dowód nr 4 - print screen ze strony producenta Hamilton, zamieszczone na kanale YouTube producenta, dowód nr 5 - wniosek o wszczęcie postępowania, dowód nr 6 - korespondencja z firmą Biologix).

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

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

„CZĘŚĆ IV. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest jednorazowa dostawa drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, ilości i wymagane parametry zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia - Formularz cenowy, stanowiący integralną część niniejszej SWZ. (...) 5. Zamawiający wymaga, aby drobny sprzęt laboratoryjny, stanowiący przedmiot zamówienia pochodził z bieżącej produkcji i posiadał wszelkie wymagane prawem atesty i świadectwa dopuszczające go do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Wykonawca zobowiąże się, że wraz z dostawą przedmiotu zamówienia dostarczy, na żądanie Zamawiającego, atesty i świadectwa, o ile są wymagane prawem). 6. Zamawiający wymaga, aby asortyment, stanowiący przedmiot zamówienia był najwyższej jakości, z terminem gwarancji minimum 12 miesięcy od daty otrzymania przez Zamawiającego towaru.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ:

„Opis przedmiotu zamówienia - formularz cenowy na jednorazową dostawę drobnego sprzętu laboratoryjnego do celów naukowo-badawczych: Próbkówki zakręcane o pojemności 0,75 ml, z gwintem zewnętrznym hybrydowym W1D, z macierzą danych 2D, z szarymi nakrętkami, z dnem w kształcie litery U, ze statywem z wysoką pokrywą, wstępnie zakręcane, z kodem kreskowym A1-H1; Wielkość opakowania: 3840 szt. / 1 op. (4 x 10 x 96 szt.).”

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert oferty złożyło dwóch wykonawców:

Odwołujący – oferta na kwotę: 392 985,00 PLN, oferowany produkt: Biologix, kod: 89-508X-M oraz POLGEN Machejki Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi – oferta na kwotę: 1 021 548,00 PLN, oferowany produkt: MICRONIC, kod MP52757-Y20.

Zgodnie z informacją z dnia 12 grudnia 2023 r. Zamawiający unieważnił postępowanie wskazując: „Zamawiający, działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: ustawą Pzp, informuje o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Jednorazowa dostawa drobnego sprzętu laboratoryjnego dla Centrum Badań Klinicznych do celów naukowo-badawczych na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, jako postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W myśl art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Jednocześnie zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia - Formularz cenowy zawarł następujący opis przedmiotu zamówienia: „Próbkówki zakręcane o pojemności 0,75 ml, z gwintem zewnętrznym hybrydowym W1D, z macierzą danych 2D, z szarymi nakrętkami, z dnem w kształcie litery U, ze statywem z wysoką pokrywą, wstępnie zakręcane, z kodem kreskowym A1-H1”.

Wskazany opis przedmiotu został przygotowany błędnie, tj. zbyt ogólnie. W opisie tym nie zostały ujęte kluczowe informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj.:

1. Dokładne wymiary, które powodują kompatybilność z automatycznym biobankiem firmy HAMILTON BiOS L, w którym próbkówki miały być wykorzystane:

Wysokość próbki bez korka	30 mm
Średnica zewnętrzna	8,75 mm
Wysokość próbki z korkiem	33,5 mm
Wysokość próbki bez korka w pudełku	31 mm
Wysokość próbki z korkiem w pudełku	34,5 mm
Wysokość pudełka bez wieczka	19 mm
Wysokość pudełka z wieczkiem	37,8 mm
Wymiary pudełka	85,5 x 127,8 mm

2. Pojemność robocza próbki w temp. +21 st. C – 0,62 ml.
3. Wypalony laserowo kod 2D na spodzie próbki oraz kod 1D i numeryczny na boku próbki. Kody odporne na działanie rozpuszczalników organicznych.
4. Próbkówki i statywy muszą być wolne od RNaz/DNaz i pirogenów.
5. Próbkówki wykonane z polipropylenu czystości medycznej, nie pochodzącym z recyklingu.
6. Produkty spełniają wymagania IATA dotyczące transportu materiału biologicznego.
7. Próbkówki i raki odporne na działanie niskiej temperatury, nadają się do przechowywania w oparach ciekłego azotu.
8. Pudełka/raki oznakowane kodem numerycznym i kodem paskowym wypalonym laserowo na krótszym boku pudełka; wieczko pudełka wyposażone w blokadę zabezpieczającą przed przypadkowym otwarciem pudełka (blokada na krótszym boku pudełka).
9. Próbkówki posiadają potrójny zewnętrzny gwint; zakrętki posiadają unikalny system zapobiegający przekręceniu podczas zakręcania. Próbkówka z zakrętką musi zapewniać szczelność, gwint nie może ulegać odkształceniom po co najmniej 100-krotnym zakręceniu/odkręceniu.
10. Kształt próbek oraz korków umożliwia wykorzystanie ich w zrobotyzowanym laboratorium/ z automatycznym urządzeniem zakręcającym/odkręcającym korki.

Robotyka systemu automatycznego biobankowania Biobanku Zamawiającego dostosowana jest do konkretnych wymiarów próbek oraz dopasowanych do nich statywów. Każda zmiana wymiarów konstrukcji próbki lub statywu powoduje, iż ramię robota będzie miało problem z ich uchwyceniem i przeprowadzeniem na nich koniecznych operacji. Jednocześnie stelaże wykorzystywane w przestrzeni magazynowej systemu automatycznego biobankowania są skonstruowane pod konkretne wymiary. Każde odstępstwo od wymiaru może spowodować brak możliwości współpracy z automatycznym biobankiem, zarówno na etapie pracy robota, jak również podczas przechowywania.

W przypadku różnic w wymiarach konieczny byłoby zakup nowych stelaży do systemu automatycznego biobankowania oraz uczenie robota pracy z innymi próbkami, co jest procesem długotrwałym, generującym wysokie koszty dodatkowe. Producent biobanku nie jest w stanie zapewnić, że próbki o innych parametrach będą kompatybilne z automatycznym systemem, bez przeprowadzenia testów zarówno w siedzibie firmy w USA, jak również kosztownych testów w miejscu użytkowania.

Mając na uwadze fakt, że przedmiot zamówienia został opisany zbyt ogólnie nie odpowiada on rzeczywistym potrzebom Zamawiającego oraz nie zapewnia porównywalności ofert.

Zamawiający uznał, że opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z wymaganiami art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym naruszone zostały również zasady określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dotyczące przeprowadzenia i przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty.

Oczywistym jest również, że na aktualnym etapie postępowania (po upływie terminu składania ofert) nie jest możliwe poprawienie dokumentów postępowania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co skutkuje brakiem możliwości zawarcia umowy/udzielenia zamówienia zgodnie z zapisem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Umowa zawarta w wyniku postępowania podlegałaby więc unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem przepisów ustawy.

Wobec powyższego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Działanie Zamawiającego jest zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in.:

- wyrokiem z dnia 11 czerwca 2021 r. o sygn. akt KIO 1343/21: „Zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17). Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym.”;

- wyrokiem z dnia 21 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 610/23: „W ocenie składu orzekającego, opis przedmiotu zamówienia, który obarczony jest takimi brakami, które prowadzą do nieporównywalności ofert, stanowiłyby przesłankę unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jest takim naruszeniem przepisów, które ma znaczenie dla sporządzenia ofert.” oraz: „Skoro (...) 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.”

Artykuł 16 pkt 1 – 2 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.”

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

W myśl art. 457 ust. 1 ustawy pzp: „Art. 457. 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.”

Zgodnie z art. 459 ust. 1 ustawy pzp: „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie: 1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455; 2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1.”

Artykuł 260 ust. 1 ustawy pzp stanowi: „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

Rozstrzygnięcie sporu w niniejszej sprawie sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy pzp. W ocenie Izby, podstawy faktyczne i prawne przywołane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie uprawniały Zamawiającego do dokonania tej czynności, gdyż nie wypełniły się przesłanki zawarte w art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy pzp, w

zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 255 pkt 6 ustawy pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w postępowaniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaistnienia wady postępowania to zaznaczenia wymaga, że Zamawiający upatrywał wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, zbyt ogólny, w którym nie zostały zawarte kluczowe informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc w sposób niezgodny z dyspozycją art. 99 ustawy pzp. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania wskazał na brakujące w opisie parametry, w szczególności wymiary argumentując, że wymaganie ich spełnienia przez oferowane próbki jest niezbędne celem zachowania kompatybilności z posiadany przez Zamawiającego systemem automatycznego biobankowania. Brak tej kompatybilności i różnice w wymiarach, jak wskazywał Zamawiający, generowałyby dodatkowe koszty: *„W przypadku różnic w wymiarach konieczny byłoby zakup nowych stelaży do systemu automatycznego biobankowania oraz uczenie roboty pracy z innymi próbkami, co jest procesem długotrwałym, generującym wysokie koszty dodatkowe”*. Zdaniem Izby przywoływane przez Zamawiającego okoliczności nie stanowią wady postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 ustawy pzp, gdyż nie świadczą o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem ustawy pzp, a jedynie o opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób nieurzeczywistniający potrzeb Zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 22 września 2022 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 2297/21: *„sam fakt braku dostatecznej precyzji opisu wymagań zamawiającego nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.”* Podobnie w wyroku z dnia 19 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3600/23: *„Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp następuje w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie, gdy Zamawiający nieprawidłowo dokonał opisu przedmiotu zamówienia, co miało miejsce w wyniku udzielonej odpowiedzi (...).”*

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy pzp: *„Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”* Izba zauważa, że Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ opisał przedmiot zamówienia ze wskazaniem cech charakterystycznych oczekiwanych próbek, co podkreślał na rozprawie Odwołujący. Zamawiający podał pojemność próbek, rodzaj gwintu, nakrętek, macierzy, rodzaju dna próbek, statywu, a także kody kreskowe i wielkość opakowania. Na etapie ogłoszonego postępowania do tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy nie mieli wątpliwości i nie zadawali pytań o wyjaśnienie treści SWZ. W postępowaniu zostały złożone oferty oferujące konkretne produkty. Chybiony jest zatem argument Zamawiającego, że przygotowany opis z uwagi na brak informacji przedstawionych w decyzji o unieważnieniu postępowania miał wpływ na sporządzenie ofert. Brak tych informacji, czego Izba nie przesądza i czego Zamawiający nie wykazał w sposób niewątpliwy, być może będzie miał wpływ na możliwość wykorzystania przez Zamawiającego oferowanych produktów. Nie jest jednak tak, że opis przedmiotu zamówienia jest wewnętrznie sprzeczny czy też niejednoznaczny i w tym sensie wpływający na możliwość złożenia oferty i dalej na dokonanie badania i oceny ofert w postępowaniu. Podkreślić należy, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania zobowiązany do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia z należytą starannością, z

uwzględnieniem własnych potrzeb i celów. Z uzasadnienia unieważnienia postępowania oraz z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający miał świadomość w jakim celu zamawia próbówki będące przedmiotem zamówienia. Zamawiający dysponował więc wiedzą i doświadczeniem, które pozwalały na opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań, które spełnią potrzeby Zamawiającego. Co więcej, jak wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów Zamawiający ogłaszał analogiczne postępowania w poprzednich latach z tożsamym opisem przedmiotu zamówienia zakończone udzieleniem zamówienia. Zamawiający ogłaszając postępowanie w trybie konkurencyjnym powinien zakładać, że w postępowaniu może zostać złożonych kilka ofert, w tym mogą zostać zaoferowane różne produkty, co Zamawiający powinien uwzględnić opisując przedmiot zamówienia. Nie uzasadnia możliwości unieważnienia postępowania okoliczność, że co prawda Zamawiający był przekonany, że przedmiot zamówienia został opisany precyzyjnie i jednoznacznie (pkt 7 analizy potrzeb i wymagań) ale z uwagi na złożenie ofert na różne produkty Zamawiający uznał, że opis jest niepełny. Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami, które pozwalały mu na rzetelne przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami. Zaznaczenia wymaga, że zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie może obciążać wykonawców składających oferty w postępowaniu zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie stanowi instytucji pozwalającej Zamawiającemu na korygowanie każdej błędnej decyzji w postępowaniu, a jedynie takiej wady, która stanowi o naruszeniu przepisów regulujących jego prowadzenie, która jako niemożliwa do usunięcia jednocześnie powoduje, że zawarta w postępowaniu umowa mogłaby podlegać unieważnieniu na jednej z podstaw określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp.

Dalej wskazania wymaga, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania powołał się na nieporównywalność ofert w postępowaniu, nie podając na czym ta nieporównywalność miałaby się opierać. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Zamawiający argumentował, że upatruje nieporównywalności ofert w okoliczności, że zostały złożone oferty na różne produkty i Zamawiający nie ma pewności, że próbówki oferowane przez Odwołującego będą kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego systemem biobankowania. Izba zauważa, że podnoszone przez Zamawiającego okoliczności nie świadczą o nieporównywalności ofert, a ponownie o ewentualnym nieopisaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami. W postępowaniu zostały złożone oferty na różne produkty, ale w ramach przygotowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 2 do SWZ. Wykonawcy byli zatem związani tymi wymaganiami i dysponowali swobodą w zakresie zaoferowania produktów spełniających parametry opisane w załączniku nr 2 do SWZ. Oferty są zatem porównywalne, a kryteriami ich oceny są, jak wynika z części XVII SWZ cena ofertowa oraz termin dostawy. W postępowaniu nie występuje zatem wada polegająca na naruszeniu przepisów ustawy pzp o jego prowadzeniu, a Zamawiający może zbadać, ocenić i dokonać wyboru oferty w oparciu o dokumentację zamówienia.

Izba zauważa również, że wada postępowania, jeśliby wystąpiła, musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co podkreślał także Odwołujący w odwołaniu. Zamawiający nie wykazał w decyzji o unieważnieniu postępowania tej przesłanki. Zamawiający powołał się w tym zakresie na treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, który stanowi o unieważnieniu umowy w sytuacji, gdy zamawiający udzieli zamówienia z naruszeniem ustawy w zakresie obowiązku publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub zmieniającego ogłoszenie. Podkreślić należy, że: „*Wszystkie naruszenia z art. 457 ust. 1 pkt 1 dotyczą zaniechania dokonania określonego ogłoszenia.*” (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 39/22) oraz „*naruszenie przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP musi polegać na zaniechaniu przez zamawiającego obowiązku ogłoszeń*” (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 32/23). W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania powołując się na inne okoliczności faktyczne, nie dotyczące zaniechania publikacji ogłoszeń, tym samym również ta obligatoryjna przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie została spełniona.

Zaznaczyć należy, że Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu dowody złożone przez Odwołującego zmierzające do wykazania, że produkt oferowany przez Odwołującego spełnia również wymagania opisane w decyzji o unieważnieniu postępowania oraz dowody przedstawione przez Zamawiającego na okoliczność, że Zamawiający w przypadku wyboru oferty Odwołującego będzie narażony na poniesienie dodatkowych kosztów. W świetle jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, podstaw faktycznych czynności unieważnienia postępowania i braku wady postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 ustawy pzp, dodatkowe okoliczności wykazywane przez Strony są irrelevantne dla oceny prawidłowości decyzji o unieważnieniu postępowania. Izba nie przesądza zatem czy potrzeby Zamawiającego dotyczące braku w opisie przedmiotu zamówienia informacji o kompatybilności oferowanych próbek z posiadanym przez Zamawiającego systemem biobankowania są uzasadnione, a jedynie stwierdza, że ukształtowany w dokumentach zamówienia opis przedmiotu nie został przygotowany w sposób wadliwy, naruszający przepisy ustawy pzp i powodujący brak możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. W postępowaniu nie wystąpiła wada w rozumieniu art.

255 pkt 6 ustawy pzp. Skoro Zamawiający otrzymał oferty na realizację zamówienia, które może zbadać i ocenić w oparciu o postanowienia SWZ, dokonać wyboru, a następnie zawrzeć ważną umowę na realizację zamówienia publicznego to stwierdzić należało, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie zaistniała. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp zasługiwał więc na uwzględnienie.

W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 ustawy pzp, gdyż Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Zamawiający po otwarciu ofert niezasadnie zaniechał udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

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

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: