

WYROK

Warszawa, dnia 10 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 2 stycznia 2025 r. przez wykonawcę **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa (KIO 2/25),**

2. w dniu 3 stycznia 2025 r. przez wykonawcę **Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Boguckiego 1A, 01-508 Warszawa (KIO 32/25),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Rządową Agencję Rezerw Strategicznych w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2/25 – wykonawcy **Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Boguckiego 1A, 01-508 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 32/25 – wykonawcy **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa**

orzeka:

KIO 2/25

1. Uwzględnia zarzut 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) poprzez unieważnienia postępowania w Części nr 1 i Części nr 2 pomimo tego, że w postępowaniu nie wystąpiła jakakolwiek wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Oddala zarzut 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ekomark w Części nr 1 i Części nr 2 jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy, jest niezgodna z warunkami zamówienia.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa** w części ½

i zamawiającego **Rządową Agencję Rezerw Strategicznych w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa** w części ½ :

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie,**

ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Rządową Agencję Rezerw Strategicznych w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa** tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

3.2. zasądza od zamawiającego **Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych**

w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa na rzecz wykonawcy

J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa

kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa** tytułem ½ wpisu od odwołania oraz ½ wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. zasądza od wykonawcy **J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie,**

ul. Czerniewiecka 9/27, 02-705 Warszawa na rzecz zamawiającego **Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych w Warszawie, ul. Stawki 2b,**

00-193 Warszawa kwotę **9 zł 00 gr** (słownie: dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa** tytułem ½ opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

KIO 32/25

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Rządową Agencję Rezerw Strategicznych w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Boguckiego 1A,**

01-508 Warszawa tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Boguckiego 1A,**

01-508 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od zamawiającego **Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych**

w Warszawie, ul. Stawki 2b, 00-193 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę **Ekomark Sp.**

z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Boguckiego 1A, 01-508 Warszawa tytułem wpisu od odwołania i 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.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2/25

KIO 32/25

Uzasadnienie

Rządowa Agencja Rezerw Strategicznych z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę respiratorów do terapii niewydolności oddechowej różnego pochodzenia dedykowanych do transportu lotniczego i medycznego w ramach projektu grantowego pn. „Development and maintenance of rescEU medical stockpiles in Poland” z podziałem na dwie Części”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr OJ S 213/2024 z dnia 31.10.2024 r., numer 66262-2024.

KIO 2/25

W dniu 2 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Posmyk”, wniósł odwołanie od:

- 1) czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w Części nr 1 i Części nr 2 pomimo tego, że w postępowaniu nie wystąpiła jakakolwiek wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Ekomark”, w Części nr 1 i Części nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia (dalej „SWZ”), pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6) ustawy Pzp poprzez unieważnienia postępowania w Części nr 1 i Części nr 2 pomimo tego, że w postępowaniu nie wystąpiła jakakolwiek wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ekomark w Części nr 1 i Części nr 2 jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy, jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w Części nr 1 i Części nr 2;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Ekomark w Części nr 1 i Części nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kopię odwołania przesłał wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu (wykonawcy Ekomark) w dniu 3 stycznia 2025 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej zamawiającego.

W dniu 7 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Ekomark”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

KIO 32/25

W dniu 3 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Ekomark”, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w obu Częściach w sytuacji, gdy nie jest ono obciążone niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwolujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kopię odwołania przesłał wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu (wykonawcy Posmyk) w dniu 6 stycznia 2025 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej zamawiającego.

W dniu 9 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Posmyk”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 4 lutego 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie w odniesieniu do obydwu odwołań, w ramach której:

- 1) uwzględnił zarzut nr 2 wykonawcy Posmyk, tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ekomark w części nr 1 i części nr 2 jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 2) w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie odwołań wniesionych przez wykonawcę Posmyk i wykonawcę Ekomark.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego Posmyk i odwołującego Ekomark w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Ekomark”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2/25 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. z siedzibą w Warszawie), zwanego dalej „przystępującym Posmyk”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 32/25 po stronie odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2/25 i KIO 32/25, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany przez odwołującego Posmyk i załączony do odwołania dowód, tj.: pismo zamawiającego z dnia 23 grudnia 2024 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego Posmyk (przystępującego do sprawy o sygn. akt KIO 32/25) i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Wyciąg z dokumentów postępowania Szpitali Pomorskich Sp. z o.o.
2. Wyciąg z dokumentów postępowania Górnośląskiego Centrum Medycznego im prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach.
3. Wyciąg z dokumentów postępowania Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera w Krakowie.
4. Korespondencja z Wojewódzką Stacją Pogotowia Ratunkowego w Szczecinie.
5. Korespondencja ze Szpitalem Południowym w Warszawie.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone w postępowaniu o sygn. akt KIO 2/25 przez przystępującego Ekomark, uznając je za zbędne dla tego konkretnego postępowania, gdyż zamawiający nie dokonał jeszcze badania i oceny oferty tego wykonawcy (wykonawcy Ekomark) a jedynie „przystąpił do badania oferty” czy też – jak dalej wskazał – jest „w trakcie badania oferty wykonawcy”. Tak więc czynność, do której się one odnoszą nie została jeszcze zakończona.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) ustawy Pzp poprzez unieważnienia postępowania w Części nr 1 i Części nr 2 pomimo tego, że w postępowaniu nie wystąpiła jakakolwiek wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut 1 odwołania wniesionego przez odwołującego Posmyk – KIO 2/25) potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w obu Częściach w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut odwołania wniesionego przez odwołującego Ekomark – KIO 32/25) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6) ustawy Pzp podniesionego przez obydwu odwołujących):

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt II Minimalne parametry techniczne: (...) podał w ppkt 10, tiret 2.:
„Warunki przechowywania: (...)”
• *wilgotność: do 90% bez kondensacji.*”

Zamawiający podał w pkt III Parametry kliniczne, ppkt 30, tiret 2:
„Wspomaganie ciśnieniowe (Pressure Support, PS)/IPAP:
• *od 0 do 60 cm H₂O ± (2 cm H₂O (kPa)).*”.

W postępowaniu złożono dwie oferty.

W dniach 20 listopada 2024 r. oraz 3 grudnia 2024 r. wykonawca J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. złożył wnioski o „weryfikację treści oferty wykonawcy Ekomark Sp. z o.o.”, wskazując na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie wymaganych: minimalnego czasu pracy na wewnętrznym akumulatorze, wilgotności bez kondensacji oraz wspomaganie ciśnieniowego (Pressure Support, PS)/IPAP.

Zamawiający, pismem z dnia 23 grudnia 2024 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Części 1 i Części 2 na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, tj. z uwagi na obarczenie postępowania w Części 1 zamówienia i w Części 2 zamówienia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada postępowania stanowiąca podstawę do jego unieważnienia w Części 1 zamówienia i w Części 2 zamówienia – jak wskazał zamawiający - „tkwi” w treści Załącznika nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia”, tj. dokumentu wspólnego dla Części 1 zamówienia i Części 2 zamówienia.

W treści uzasadnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania zamawiający, odnosząc się do zarzutu odwołującego sformułowanego w piśmie wykonawcy J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. dotyczącego wymaganego czasu pracy respiratora na wewnętrznym akumulatorze a więc zarzutu merytorycznego pod adresem oferty wykonawcy Ekomark, wskazał, że *„zarzut ten jest niezasadny w ustalonym stanie faktycznym i nie wpływa na bieg postępowania, w szczególności ostateczne brzmienie wymaganego parametru nie powoduje trudności interpretacyjnych wpływających na porównywalność ofert wykonawców”.*

Zamawiający, odnosząc się do pozostałych zarzutów wykonawcy J. Posmyk Mil-Sys Sp. k. dotyczących warunków przechowywania respiratora i wymaganego wspomaganie ciśnieniowego wskazał m.in., że w odniesieniu do pierwszego z wymogów (warunków przechowywania respiratora) *„aktualny sposób określenia parametru przechowywania respiratora w wilgotności „do 90% bez kondensacji” daje możliwość (co najmniej) dwójakiej interpretacji wymaganego parametru, dopuszczając tym samym możliwość złożenia przez wykonawców ofert na dostawę respiratorów o (co najmniej) dwóch różnych parametrach technicznych, co w konsekwencji może doprowadzić do nieporównywalności treści ofert wykonawców”.* Natomiast do drugiego z wymogów (wymaganego wspomaganie ciśnieniowego) stwierdził, że *„jego aktualne brzmienie jest nieprecyzyjne, a możliwe interpretacje wymogu nie pozwalają na jednoznaczne rozstrzygnięcie faktycznego zakresu wspomaganie ciśnieniowego, w tym określenia, czy zakres ten jest wymagany (zaoferowanie respiratorów o pełnym zakresie ciśnienia) czy też dopuszczony (zaoferowanie respiratorów mieszczących się w przedziale ciśnienia).”.*

W konsekwencji powyższego unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, podając iż *„opis przedmiotu zamówienia ujęty w Załączniku nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” narusza przepis art. 99 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym 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. Określenie parametru technicznego dot. przechowywania respiratorów oraz określenie parametru klinicznego dot. ciśnienia wspomagającego, było bowiem nieprecyzyjne, dając możliwość przyjmowania różnych interpretacji, skutkujących możliwością zaoferowania respiratorów o odmiennych parametrach, a co za tym idzie – nieporównywalnością ofert Wykonawców. Tak określona nieprawidłowość ma przy tym charakter istotny, bowiem opis przedmiotu zamówienia wyznacza istotne elementy przyszłego świadczenia Wykonawcy (essentialia negotii).*

Stwierdzenie wystąpienia wady opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło już po otwarciu ofert, na skutek szczegółowej analizy wymaganych parametrów technicznych / klinicznych dokonanej przez Zamawiającą w związku z zarzutami Wykonawcy J. Posmyk Mil-Sys Sp.k. Wada opisu przedmiotu zamówienia nie może zatem zostać konwalidowana.

Równocześnie, Zamawiający nie może interpretować parametrów wymaganych w Załączniku nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” w ten sposób, by „dostosowywać” ich wartości do treści ofert złożonych w postępowaniu - stanowiłoby to rażące naruszenie zasad równości Wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wreszcie, stwierdzona wada w opisie przedmiotu zamówienia wyklucza zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) W nin. stanie rzeczy, wobec braku jednoznacznego sprecyzowania wymaganych parametrów respiratorów – odpowiednio – technicznego (przechowywanie respiratorów w określonej wilgotności) oraz klinicznego (wymagane ciśnienie wspomagające), wykluczona została także możliwość zaoferowania przez Wykonawców wystarczająco sprecyzowanego przedmiotu świadczenia. Złożone przez Wykonawców oferty nie określają zatem wszystkich istotnych przedmiotowo elementów świadczenia (dostawy respiratorów o konkretnych parametrach technicznych i klinicznych), co z kolei wyklucza możliwość ich przyjęcia i następczego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.”.

Czynność unieważniania postępowania została zakwestionowana przez obydwu wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, którzy wnieśli odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 255 pkt 6) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.*

Wada ta musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być

skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Wady te to konsekwencje wszelkich znaczących uchybień występujących w postępowaniu a spowodowanych przez zamawiającego.

Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy powinno być dokonywane poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, a które są określone w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Dla zastosowania tego przepisu wystarczającym jest przy tym ustalenie, że umowa może podlegać unieważnieniu.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający odniósł się (w zakresie podstaw do unieważnienia postępowania) do dwóch stwierdzonych przez niego wad postępowania dotyczących warunków przechowywania respiratora (wilgotności) i wymaganego wspomaganie ciśnieniowego, których wystąpienie - jak wskazał - wyczerpuje wszystkie przesłanki skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. A tym samym ich wystąpienie uniemożliwia zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu. Niemniej jednak zamawiający nie odniósł się w ogóle do przyczyn unieważnienia umowy określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, podnosząc jedynie, że stwierdzona wada w opisie przedmiotu zamówienia wyklucza zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, odwołując się do treści art. 66 § 1 oraz art. 58 § 1 i § 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny.

Jest to o tyle istotne, że – jak już wyżej wskazano – w każdym takim przypadku (unieważnienia postępowania z powodu wad postępowania) koniecznym jest odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu.

Tymczasem zamawiający wskazał wyłącznie na brak jednoznacznego sprecyzowania dwóch z wymagań OPZ dotyczących warunków przechowywania respiratora (wilgotności) i wymaganego wspomaganie ciśnieniowego.

Podał bowiem, że dokonał szczegółowej analizy treści Załącznika nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie wymaganych warunków przechowywania respiratora, uznając że aktualny sposób określenia parametru przechowywania respiratora w wilgotności „do 90% bez kondensacji” daje możliwość (co najmniej) dwójakiej interpretacji wymaganego parametru, dopuszczając tym samym możliwość złożenia przez wykonawców ofert na dostawę respiratorów o (co najmniej) dwóch różnych parametrach technicznych, co w konsekwencji może doprowadzić do nieporównywalności treści ofert wykonawców. Wykonawcy mogą bowiem zaoferować respiratory o nieporównywalnych parametrach.

Jeśli zaś chodzi o drugi z parametrów, którego opis miałby stanowić drugą z wad postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. wymóg dotyczący wspomaganie ciśnieniowego – jak podał zamawiający - był opisany nieprecyzyjnie, dając wykonawcom możliwość przyjmowania różnych interpretacji, skutkujących możliwością zaoferowania respiratorów o odmiennych parametrach, a co za tym idzie – nieporównywalnością ofert wykonawców. Co więcej tak określona nieprawidłowość – jak dalej wskazał - ma przy tym charakter istotny, bowiem opis przedmiotu zamówienia wyznacza istotne elementy przyszłego świadczenia wykonawcy.

Podkreślić przy tym należy, że – jak zgodnie podkreślili obydwaj odwołujący – przywołane przez zamawiającego postanowienia SWZ (OPZ), która miałaby stanowić wadę postępowania są dla nich jednoznaczne i nie budzą wątpliwości. W tym zakresie nie były składane żadne zapytania. Nie było też wniosków o wyjaśnienie i interpretację ich treści. Natomiast możliwość przyjęcia dwóch różnych interpretacji nie oznacza jeszcze – jak słusznie podniósł odwołujący Posmyk - wystąpienia wady postępowania w postaci nieporównywalności ofert wykonawców. Jest oczywiste, że każdy produkt jak respirator, charakteryzuje się innymi parametrami technicznymi i klinicznymi i nie ma dwóch takich samych respiratorów. Zawsze oferowane przez dwóch różnych wykonawców respiratory, będą miały inne parametry techniczne. Z tego także względu, zamawiający, tak jak w niniejszym postępowaniu, określają minimalne lub maksymalne lub zakres wymaganych parametrów technicznych, tak by dopuścić możliwość zaoferowanie różnych produktów, które mają odmienne parametry techniczne, ale spełniają jednocześnie parametry określone w SWZ. Zaoferowanie przez wykonawców różnych respiratorów w sposób oczywisty wiąże się z tym, że oba respiratory mają inne parametry techniczne, co jednak nie oznacza jeszcze, że złożone oferty są nieporównywalne względem wymagań określonych w SWZ. Odwołujący wykazał także, składając wyciągi z dokumentacji przetargowej innych postępowań, że wymóg ten (wymóg wilgotności) jest tak konstruowany, jak w tym postępowaniu, i nie budzi on wątpliwości wykonawców.

Odnosnie drugiego z wymogów stwierdzić należy, że respirator który umożliwia wspomaganie ciśnieniowe (Pressure Support, PS)/IPAP od 0 do 60 cm H2O spełnia wymagania OPZ. Skoro bowiem zamawiający wprost określił wymagany przedział, wskazując jednocześnie na możliwe odchylenia, to oznacza, że spełnienie podstawowego wymaganego przedziału parametru oznacza zaoferowanie urządzenia zgodnego z wymaganiami OPZ. Dopuszczone są więc respiratory z ciśnieniem wspomagającym w przedziale 2-62 cm H2O (kPa). Istotnie treść SWZ podlega interpretacji, a skoro tak to w przypadku występowania wątpliwości interpretacyjnych, należy tłumaczyć je na korzyść wykonawców. Niemniej jednak obydwaj odwołujący się wykonawcy twierdzą, że treść tego wymogu jest jednoznaczna i nie budziła jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Żaden wykonawca nie wnosił też o zmianę tego parametru. Zamawiający w obu przypadkach posłużył się parametrami sformułowanymi przy użyciu liczb, a więc trudno wskazywać na ich niejednoznaczność, w szczególności taką, która miałaby wpływ na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych zamówieniem. Co więcej tak sformułowane wymogi pozwoliły obydwu wykonawcom na złożenie ofert w tym postępowaniu.

Podkreślić także należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy. Wszczęcie postępowania ma bowiem doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty a nie zakończyć się jego unieważnieniem. Zamawiający, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, może popełnić błędy, nawet naruszając przy tym przepisy ustawy Pzp, jednak nie w każdym przypadku błąd powodować będzie powstanie wady rzutującej na ważność umowy. W tym przypadku błędy w opisie OPZ (opisie wymagań) nie wystąpiły. Nie można więc uznać, że ma miejsce wada postępowania skutkująca niemożliwością zawarcia ważnej umowy. Unieważnienie postępowania ma więc charakter wyjątkowy. Dlatego też przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Okoliczność, że wykonawca

kwestionuje ofertę konkurenta, składając w tym celu pisma, w których wnioskuje o odrzucenie oferty tego wykonawcy nie oznacza jeszcze, że doszło w postępowaniu do błędów, które stanowią wadę postępowania skutkującą unieważnieniem postępowania.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut odwołujących potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ekomark w Części nr 1 i Części nr 2 jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy, jest niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut 2 odwołania wniesionego przez odwołującego Posmyk – KIO 2/25).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 18 listopada 2024 r. otworzył oferty. Oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. odwołujący Posmyk i odwołujący Ekomark.

Zamawiający, pismem z dnia 19 listopada 2024 r., wezwał wykonawcę Ekomark do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych poprzez złożenie certyfikatu potwierdzającego, że walizka zaoferowana przez Wykonawcę posiada klasę ochrony IP 67 w terminie „do dnia 22 listopada 2024 roku, godz. 9.00, z wykorzystaniem platformy zakupowej (...)”.

Wykonawca Posmyk, pismem z dnia 20 listopada 2024 r. a następnie z dnia 26 listopada 2024 r., zwrócił się do zamawiającego o weryfikację oferty wykonawcy Ekomark i jej odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia w Części 1 i Części 2 postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 23 grudnia 2024 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Części 1 i Części 2 na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, tj. z uwagi na obarczenie postępowania w Części 1 zamówienia i w Części 2 zamówienia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym zamawiający – jak oświadczył w odpowiedzi na odwołanie i jak wynika z akt postępowania - nie dokonał jeszcze badania i oceny oferty wykonawców, w tym wykonawcy Ekomark a jedynie „przystąpił do badania ofert” i nadal jest „w trakcie badania oferty wykonawcy”. Tak więc czynność, do której się odnoszą zarzuty podniesione przez odwołującego Posmyk nie została jeszcze zakończona. Tymczasem przedmiotem zaskarżenia – zgodnie z art. 513 ustawy Pzp - jest czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy bądź też zaniechanie czynności, do dokonania której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

W tym postępowaniu zamawiający nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert, mimo że unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. Badanie i ocena ofert to niewątpliwie czynność dokonywana przez zamawiającego, która dopiero w przypadku wniesienia odwołania podlega kontroli Izby. A taka sytuacja w tym stanie faktycznym nie ma miejsca. Zamawiający nie tylko, że nie dokonał jeszcze tej czynności to jeszcze nigdzie jej nie uzewnętrzniał. Wobec powyższego Izba nie może dokonywać oceny prawidłowości badania i oceny oferty wykonawcy jeśli jeszcze tej czynności zamawiający nie wykonał. Dlatego też Izba uznała, że kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ekomark jest przedwczesne i wobec tego odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez obydwu odwołujących w treści wniesionego odwołania w zakresie dotyczącym unieważnienia postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....

.....
.....