

WYROK
z dnia 15 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2023 r. przez wykonawcę **GRUPA SYMPETRUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego lit. a) w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 2
 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **GRUPA SYMPETRUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich w części 1/2** oraz zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Mińsku Mazowieckim w części 1/2** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania
 - 3.3. znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE:

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Środki ochrony indywidualnej, odzież, obuwie robocze”, nr referencyjny: 28/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 czerwca 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00283493.

W postępowaniu tym wykonawca GRUPA SYMPETRUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej: „Odwołujący”) 31 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, tj.:

- a) czynności unieważnienia postępowania w Zadaniu nr 2,
- b) zaniechania dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w Zadaniu nr 2,
- b) dokonania badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

w Zadaniu nr 2 poprzez wybór oferty firmy Grupa Sympetrum spółka z o. o., 47-100 Strzelce Opolskie, ul. Szpitalna 3, jako oferty najkorzystniejszej oraz spełniającej wszystkie wymagania SWZ.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe odwołanie jest trzecim jakie wnosi w tym postępowaniu. Postępowania odwoławcze o sygn. akt KIO 2414/23 oraz KIO 2772/23 zostały umorzone z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołań w całości.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący przytoczył treść uzasadnienia Zamawiającego dot. unieważnienia postępowania z dnia 26 października 2023 r. Odwołujący nie zgadza się z wywoływaniem Zamawiającego twierdząc, że nie uzasadnia on unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w powiązaniu z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy w powiązaniu z art. 16 ustawy Pzp.

Przed wszystkim Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie merytorycznie błędnych i oczywiście nieprawdziwych tez, co budzi zdziwienie wobec faktu, że Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania z dnia 19 września 2023 r. miał kompletną, wykazaną, udowodnioną wiedzę na temat normy PN-90/P-82008 oraz zasad jej obowiązywania.

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób prawidłowy i w żadnym wypadku nie jest obciążony „poważnym błędem”. Odwołujący przytoczył treść art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako podmiot profesjonalny ogłaszający przetargi na tego typu przedmiot zamówienia, oczywiście doskonale wie (i wiedział także na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia oraz publikacji ogłoszenia o zamówieniu), że wymagane przez niego norma PN-90/P-82008 formalnie została wycofana w 2010 r. niemniej do dnia dzisiejszego nie została wprowadzona żadna norma ją zastępująca. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił korespondencję z Polskim Komitetem Normalizacyjnym oraz z Instytutem Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” w Łodzi.

Odwołujący podkreślił fakt, że wycofana norma nie doczekała się żadnej normy zastępującej lub równoważnej. Trzeba przez to rozumieć, że mimo wycofania, jest to jedyna norma dotycząca tkanin bawełnianych i typu bawełnianego, bielonych, barwionych i drukowanych, przeznaczonych na odzież roboczą. Opisuje ona podział i oznaczenie, zestawienie wymagań i metod badań dla tkanin przeznaczonych na ubrania, kombinezony, fartuchy, koszule i bluzki robocze (w załącznikach). Określa normy wg których należy wykonywać stopniowanie jakości, pakowanie, przechowywanie i transport oraz badania odbiorcze. Opisuje zalecenia dotyczące zastosowania tkanin wg grup warunków użytkowania. Powyższe oznacza, że wprost nieprawdziwe jest wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania twierdzenie Zamawiającego, jakoby norma była „mniej nowoczesna” – nie ma bowiem innej „bardziej nowoczesnej” normy zastępującej normę PN-90/P-82008. Co więcej, jednostki certyfikujące mogą aktualnie wydawać certyfikaty na normy, które zostały wycofane i nie zostały zastąpione inną normą.

A zatem zdanie Zamawiającego, które w jego ocenie miało uzasadniać unieważnienie postępowania, tj. jakoby „Wycofanie normy oznacza, że jest już nieobowiązującym standardem i nie powinno jej się stosować w opisie przedmiotu zamówienia” – jest wprost nieprawdziwe, a Zamawiający nie podjął trudu zweryfikowania ww. twierdzenia, co więcej ponownie unieważnił postępowanie pomimo faktu, że powyższa korespondencja z jednostkami certyfikującymi została dołączona do odwołania na pierwsze unieważnienie postępowania, a zatem Zamawiający miał pełną świadomość tego, że aktualnie także można pozyskać certyfikat zgodności z normą PN-90/P-82008. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawcy także dzisiaj pozyskali potwierdzenie zgodności z przedmiotową normą przy spełnieniu odpowiednich wymogów. Wycofanie normy nie oznacza, iż tej normy nie można już stosować. Ujmując rzecz inaczej: normę wycofaną jak najbardziej można dalej stosować. Polski Komitet Normalizacyjny pisze o tym wyraźnie na swoich stronach internetowych.

Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, przygotowując opis przedmiotu zamówienia, musiał przeprowadzić rozeznanie rynku w zakresie asortymentu jaki może pozyskać i jego właściwości. Jak wprost wynika ze stron internetowych potencjalnych wykonawców – oferują oni aktualnie odzież, która spełnia wycofaną, ale niezastąpioną żadną inną normą - normę PN-90/P-82008.

Powyższe oznacza, że nie jest prawdą reprezentowane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania twierdzenia Zamawiającego jakoby „wielu Wykonawców zostaje bezpodstawnie wyeliminowanych z postępowania, ze względu na niemożliwość złożenia oferty i spełnienia nieaktualnych wymogów Zamawiającego” – istnieje bowiem wielu wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, w tym także spełniając normę PN-90/P-82008.

W ocenie Odwołującego, istnieje szereg wykonawców, którzy są w stanie zaoferować odzież zgodną z ww. normą. Zamawiający zdecydował się unieważnić postępowanie wyłącznie z uwagi na okoliczność, że jeden wykonawca nie może wykazać się tym wymogiem – mianowicie wykonawca „Świt”, którego oferta byłaby w tym postępowaniu odrzucona nawet gdyby jego produkty spełniały normę PN-90/P-82008, była bowiem rażąco niska, co Odwołujący skutecznie wykazał w pierwszym odwołaniu, a Zamawiający potwierdził uwzględniając to odwołanie w całości. Zamawiający nie może tak swobodnie decydować o unieważnieniu prawidłowo przeprowadzonego postępowania wyłącznie z tej przyczyny, że jeden wykonawca (wykonawca „Świt”) nie spełnił postawionego przez Zamawiającego wymogu.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że od 1 stycznia 2003 roku stosowanie norm w Polsce jest całkowicie dobrowolne. A zatem skoro Zamawiający (jako podmiot profesjonalny i doświadczony w zlecaniu tego typu zamówień) się na nie zdecydował, to oznacza, że zrobił to w sposób świadomy, przemyślany i że miał odpowiednią wiedzę na temat norm już w momencie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia, a nie jak twierdzi powziął ją na obecnym etapie – tj. po złożeniu ofert, ale też po uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania w sprawie KIO 2414/23. W gruncie rzeczy każdy opis przedmiotu zamówienia stanowi ograniczenie konkurencji. Zawsze, gdy zamawiający zapisze w specyfikacji, że wymaga dostarczenia przedmiotu zamówienia spełniającego jakiś parametr, „odsieje” wykonawców, którzy mają w ofercie produkty tego samego typu, ale tego parametru niespełniające. Jednak ograniczenie konkurencji, o którym tu mowa, nie oznacza dokładnie tego samego, co utrudnienie uczciwej konkurencji – a tylko to ostatnie jest sankcjonowane w ustawie Pzp. W okolicznościach stanu faktycznego tej sprawy Zamawiający miał pełne uprawnienie postawić wymóg zgodności z normą PN-90/P-82008, z tego prawa skorzystał i nie może na etapie po złożeniu ofert, dwóch odwołaniach w Krajowej Izbie Odwoławczej – z tego wymogu się wycofać unieważniając postępowanie.

Zamawiający, jako podmiot profesjonalny musi mieć świadomość tego, że: - ma prawo posłużyć się normą wycofaną, która nadal obowiązuje albowiem nie została wprowadzona nowa norma w jej miejsce, - nadal są wydawane certyfikaty na wycofane, lecz wciąż funkcjonujące w obrocie normy, - nie ma rozwiązań równoważnych do normy PN-90/P-82008.

Odwołujący wskazuje, że prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia oraz wymaganych norm i certyfikatów nie budzi wątpliwości podmiotów profesjonalnych zlecających tego typu zamówienia jak i wykonawców. Świadczy o tym poniższe okoliczności. 1) inni zamawiający w aktualnych zamówieniach na podobny przedmiot zamówienia stawiają wymogi w zakresie norm w sposób odpowiadający temu, jaki jest w tym postępowaniu, bez wskazywania, że dopuszczalne są rozwiązania równoważne do wycofanych, lecz nadal funkcjonujących norm (z uwagi na fakt, że nie ma rozwiązań równoważnych do tych norm). W tym miejscu Odwołujący wskazał treść innych specyfikacji warunków zamówienia, w których została wskazana sporna norma.

Dalej, sam Zamawiający w poprzednim przetargu stosował dokładnie takie same wymogi, wyłoniony został wykonawca, podpisana umowa niepodlegająca unieważnieniu - postępowanie pn.: „Środki ochrony indywidualnej, odzież, obuwiu robocze”, Zadanie nr 1 – Odzież ochronna – fasonowa, nr sprawy 20/2022. W wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania Zamawiający zawarł ważną umowę z Wykonawcą oraz poświadczył prawidłowość wykonanej umowy referencjami.

Odwołujący zwrócił uwagę na okres, w którym Zamawiający potwierdził prawidłowość wykonanej umowy referencjami - dzień 8 marca 2023 r. oraz datę publikacji nowego postępowania opartego na takich samych wymaganiach w dniu 30 czerwca 2023 r. Pomiędzy wykonaniem umowy, a publikacją kolejnego postępowania na tożsamy asortyment minęło zatem niespełna cztery miesiące. Wobec tego trudno uwierzyć, że Zamawiający dopiero w trakcie badania ofert obecnego postępowania dostrzegł, jak to nazwał, „poważny błąd” w postaci wymagania spełnienia przez oferowany produkt normy PN-90/P-82008, który w ocenie Zamawiającego miałby przyczynić się do unieważnienia umowy.

Wykonawcy nie składali zapytań odnośnie norm ani w tym ani w poprzednim przetargu Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia był (i jest) dla wykonawców zrozumiały, a zastosowane normy nie budziły wątpliwości – są powszechnie stosowane w tego typu zamówieniach.

Podsumowując: Zamawiający, jako podmiot profesjonalny i doświadczony w zlecaniu tego typu zamówień opisał przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy, odpowiadający jego wymaganiom a także rzeczywistej sytuacji na rynku (rzeczywiste stosowanie wycofanych norm, brak norm równoważnych) i powszechnie przyjętej także przez innych zamawiających praktyce. Prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia nie budziła i nie budzi wątpliwości wykonawców (brak pytań czy odwołań w tym zakresie). Wobec tego nie ma rzeczywistej potrzeby, aby zmieniać opis przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że Zamawiający prócz ogólnej deklaracji, nie precyzuje jakich zmian miałby dokonać oraz dlaczego i czy w ogóle te zmiany w jakikolwiek sposób zmieniłyby sytuację wykonawców.

Odwołujący podnosi, że sama treść uzasadnienia unieważnienia postępowania jest wadliwa. Zamawiający, posługuje się ogólnymi sformułowaniami, z których w żaden sposób nie wynika, aby ziściły się przesłanki z art. 255 pkt 6

ustawy Pzp, uprawniające Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wykazał w żadnym fragmencie uzasadnienia, że mamy do czynienia z wadą kwalifikowaną postępowania skutkującą niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Oczywistym jest, że podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego obliguje Zamawiającego art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o unieważnieniu postępowania (tak KIO 3075/22).

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 zamówienia jakim jest udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i podjęcie tak daleko idącej decyzji jak unieważnienie postępowania musi być oparte na obowiązujących przepisach ustawy Pzp, interpretowanych w sposób ścisły (wyjątki od zasady zawsze wymagają takiej interpretacji).

Tymczasem w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 26 października 2023 r. brak jest jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy dostrzeżonymi rzekomymi wadami a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w Zadaniu 2.

Argumentacja Zamawiającego sprowadza się wyłącznie do ogólnych (w tym wprost nieprawdziwych) twierdzeń. Odnosnie uzasadnienia prawnego unieważnienia postępowania Zamawiający na wstępie informacji o unieważnieniu postępowania powołuje się na art. 255 pkt 6 oraz art. 99 w powiązaniu z art. 16 ustawy Pzp. Następnie w samym uzasadnieniu prawnym wskazuje na art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie prawne sprowadza się do ogólnych twierdzeń, całkowicie oderwanych od stanu faktycznego tej sprawy, szczegółowo opisanego w odwołaniu. Przywołane wyroki z 2013 r. dotyczące obowiązku prawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia nijak się mają do przedmiotowej sprawy.

Odwołujący podkreślił, że art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, stanowiący o niemożliwej do usunięcia wadzie uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty i ściśle określony katalog sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Pojęcie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest pojęciem ustawowym a przesłanki unieważnienia umowy zostały wyczerpująco wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko i wyłącznie przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w swoim uzasadnieniu wprawdzie przywołał art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jednak ograniczył się jedynie do przytoczenia fragmentu ww. regulacji, a nadto nie odniósł jej do okoliczności stanu faktycznego tej sprawy. Zamawiający zdaje się sam nie wiedzieć, czy wykreowana przez niego na potrzeby unieważnienia postępowania nieprawidłowość „skutkuje” niemożnością zawarcia umowy, czy „może” skutkować zawarciem umowy, która może być unieważniona. Odwołujący przytoczył treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący ma świadomość istnienia dwóch linii orzeczniczych w zakresie interpretacji ww. przepisu:

- 1) Pierwsze stanowisko wskazuje, że art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp odnosi się tylko i wyłącznie do zaniechania obowiązków publikacyjnych tj. sytuacji, gdy udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło 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. Stanowisko to przeważa w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i zaprezentowane zostało w następujących wyrokach: Wyrok KIO z 18.11.2021 r., sygn. akt KIO 3204/21, Wyrok KIO z 7.02.2022 r., sygn. akt KIO 169/22, Wyrok KIO z 17.03.2022 r., sygn. akt KIO 483/22, Wyrok KIO z 17.04.2023 r., sygn. akt KIO 882/23. Na gruncie takiej interpretacji bezspornie nie ziszcila się w przedmiotowym postępowaniu przesłanka z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie został wypełniony obowiązek publikacyjny.
- 2) Drugie stanowisko wskazuje, że art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp zawiera w sobie dwie niezależne od siebie podstawy unieważnienia umowy tj.
 - a) udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych,
 - b) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu 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. Stanowisko to zaprezentowane zostało w następujących wyrokach: Wyrok KIO z 27.04.2021 r., sygn. akt KIO

913/21, Wyrok KIO z 11.06.2021 r., sygn. akt KIO 1343/2, Wyrok KIO z 2.08.2021 r., sygn. akt KIO 1905/21, Wyrok KIO z 21.03.2023 r. sygn. akt KIO 610/231.

W orzecznictwie wskazuje się, że wadą postępowania może być m.in.: opisanie przedmiotu zamówienia lub kryterium oceny ofert w sposób niejasny lub taki, który wskazuje na jego braki. W przedmiotowym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia był prawidłowy i zgodny przepisami prawa. Zamawiający nigdy nie ma prawa dokonywać tak poważnej czynności jak unieważnienie postępowania w sposób całkowicie bezrefleksyjny w oderwaniu od stanu faktycznego konkretnej sprawy, bez wykazania wszystkich koniecznych przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. A już na pewno, z uzasadnienia unieważnienia postępowania z dnia 26 października 2023 r. w żaden sposób nie wynika, aby taka kwalifikowana wada postępowania skutkująca niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, miała miejsce w stanie faktycznym tej sprawy.

Nie sposób zaakceptować postawy Zamawiającego, w której unieważnia on postępowanie w sytuacji, gdy wymagał w opisie przedmiotu zamówienia określonej normy (bo na podstawie art. 101 ustawy Pzp ma takie prawo, bo tak robią inni zamawiający, bo do tej pory Zamawiający także powoływał się na tą normę, bo uznał i uznawał wcześniej, że tego wymaga, bo wie, że norma wciąż obowiązuje i wciąż można pozyskać certyfikat zgodności z tą normą), a następnie, po powzięciu informacji, że jeden wykonawca nie spełnia normy (notabene taki, który złożył ofertę z rażąco niską ceną) – unieważniać postępowanie. Odwołujący odniósł się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przytoczonego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, wskazując, że na orzecznictwo Krajowej Izby zapadło w całkowicie odmiennych okolicznościach stanu faktycznego sprawy.

Jak już wyżej wskazano - ustawa Pzp nie przewiduje takiej przesłanki unieważnienia postępowania jak „nieprecyzyjny lub niejasny opis przedmiotu zamówienia”. Zamawiający próbuje wywodzić powyższe nie z ustawy Pzp lecz z orzeczeń zapadłych w całkowicie odmiennym stanie faktycznym sprawy. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie tylko nie udowodnił zaistnienia okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania, ale też nawet ich nie uprawdopodobnił.

Podsumowując: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem, aby możliwe było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na jego wadę muszą zaistnieć trzy przesłanki tj. a) wada b) nieusuwalność wady c) wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu nie ziszczyły się wymienione wyżej przesłanki, w tym przede wszystkim postępowanie nie jest obarczone wadą, co uniemożliwia badanie przesłanek „nieusuwalności wady” czy też „niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący wskazał, co następuje.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania, jako najkorzystniejszą ofertę w Zadaniu nr 2 Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1928/17.

Zamawiający jest związany podanym wykonawcy uzasadnieniem faktycznym i prawnym unieważnienia i nie może go rozszerzać ani uzupełniać po wniesieniu odwołania. Ponadto z oczywistych względów odwołanie nie będzie dotyczyć kwestii podniesionych przez zamawiającego dopiero w ramach rozszerzenia czy uzupełnienia uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Izba natomiast jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

W złożonej pismem z dnia 13 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania

Zamawiający powziął informację, że zastosowanie tej normy PN-90/P-82008 może ograniczać konkurencję i

może być niezgodne z PZP w tym postępowaniu dopiero po terminie składania ofert (termin składania ofert – 10.07.2023), tj. w dniu 17.07.2023 roku na podstawie pisma wykonawcy Zakład Produkcyjny Pościeli „Świt” I. W. oraz przystąpienia do odwołania wniesionego przez Odwołującego. Po tej dacie Zamawiający wnikliwie analizował tę kwestię, tym samym w dniu 14 września 2023 roku dokonał pierwszego unieważnienia postępowania. Doszedł bowiem do wniosku, że z całą pewnością taki opis jest niezgodny z PZP, ogranicza konkurencję. Zamawiający nie polemizuje z faktem, że nadal można pozyskać certyfikat zgodności materiału z ww. normą, przy czym bezspornie nie zmienia to faktu, że norma ta została wycofana. Pozyskanie certyfikatu jest nieuzasadnione dla tego postępowania. Nieprawdą jest, że Zamawiający zdecydował się unieważnić postępowanie wyłącznie z uwagi na okoliczność, że jeden wykonawca nie może wykazać się tym wymogiem – mianowicie wykonawca „Świt”. Zamawiający powziął informacje, że:

- a) wielu potencjalnych wykonawców nie pozyskuje tego certyfikatu i tym samym nie mogło wziąć udziału w tym postępowaniu,
- b) Zamawiający w innych przetargach nie stosują takiego wymogu,
- c) norma została wycofana ze względu na dezaktualizację jej treści.

Zamawiający ma świadomość, że norma jest dokumentem przyjętym na zasadzie konsensu, który został zatwierdzony przez upoważnioną jednostkę organizacyjną. Normalizacją krajową dotyczącą odzieży roboczej, ochronnej jest prowadzona w szczególności w celu zapewnienia bezpieczeństwa pracy, ochrony zdrowia, racjonalizacji produkcji poprzez stosowanie określonych rozwiązań. W związku z tym, że norma PN-90/P-82008 została wycofana, niewątpliwie nie powinna być wymagana w przedmiotowym postępowaniu. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji, albowiem:

- 1) wymagania postawione wobec przedmiotu zamówienia nie miały uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Wskazać należy, że odzież medyczna powinna być schludna, wygodna, funkcjonalna, niekrępująca ruchów podczas pracy oraz umożliwiająca właściwą cyrkulację powietrza (odprowadzać wilgoć i zapewniać komfort cieplny). Powinna być wykonana z materiałów odpornych na zagniecenia, przekłucia i przetarcia. Tkaniny te muszą być niepodatne na zabrudzenia krwią i płynami ustrojowymi oraz wytrzymałe na działanie szkodliwych środków chemicznych. Muszą nadawać się do częstego prania w wysokich temperaturach oraz do stosowania dezynfekcji. Odzież robocza nie podlega certyfikacji, nie wymaga oznakowania znakiem CE. Musi spełniać wymagania określone w Kodeksie Pracy. Odzież ochronna stosowana na bloku operacyjnym (fartuchy i obłożenia) powinna spełniać unijną Dyrektywę o Wyrobach Medycznych (93/43/EEC), nazywana również dyrektywą MDD oraz spełniać normę PN-EN 13795-1 i 2 :2019 lub inną, zapewniającą równoważną ochronę. Odzież medyczna stosowana poza blokiem operacyjnym pełni funkcję odzieży roboczej, a nie ochronnej i jako taka zdaniem Zamawiającego nie musi spełniać powyższych norm. Mając na uwadze powyższe regulacje prawne, a także aktualne normy, w niniejszym postępowaniu brak było uzasadnienia dla wprowadzenia wymogu dostawy odzieży posiadającej certyfikat zgodności z wycofaną normą PN-90/P-82008. Jest to wymóg całkowicie niepotrzebny. Wycofanie normy oznacza, że jest już nieobowiązującym standardem i nie powinno jej się stosować w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności nie powinno się żądać certyfikatu potwierdzającego zgodność z tą normą.
- 2) wymagania niepotrzebnie uniemożliwiały udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu dostaw – na rynku występuje wiele podmiotów, którzy mogą spełnić ww. wymagania, a którzy nie mogli złożyć oferty, albowiem Zamawiający postawił nieproporcjonalny wymóg w SWZ. Niepotrzebne tym samym ograniczając krąg wykonawców i naruszając zasadę uczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie Zamawiający, powinien opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazanie funkcjonalności oraz cech odzieży ochronnej, bez wymagania potwierdzenia zgodności opisu przedmiotu zamówienia z nieaktualną normą (co jest powszechnie stosowane na rynku i co zostało udowodnione przez Zamawiającego).

Odwołujący przywołuje jednocześnie kilka postępowań, które w SWZ obejmują stosowanie normy PN-90/P-82008, odnosząc się do nich wskazać należy, że:

- Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego, Usługa prania, prasowania bielizny pościelowej i operacyjnej oraz odzieży wraz z najmem odzieży ochronnej dla pracowników szpitala oraz kołder i poduszek, nr postępowania ZP 49/18

W postępowaniu tym została złożona jedna oferta – konsorcjum firm (reprezentujące dużą grupę kapitałową). Innymi słowy inni wykonawcy nie byli w stanie spełnić wymagań postawionych przez Zamawiającego. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający wymaga jedynie zgodności z tą normą, lecz wymagał pozyskania i przedłożenia certyfikatu potwierdzającego zgodność z tą normą. Wskazać należy, że takie certyfikaty są wydawane na czas określony, np. certyfikat Odwołującego straci ważność w przyszłym roku (jest krótszy niż termin realizacji umowy w niniejszym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego).

- Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o. o. Gdynia, Dostawa odzieży roboczej, nr postępowania ZP/07/2021
- Postępowanie te nie było prowadzone na podstawie ustawy prawa zamówień publicznych (Zamawiający musiał

postępować według regulaminu).

Ponadto postępowanie te nie dotyczy odzieży medycznej, a zawodów, które obsługują sieci i obiekty wodne, kanalizacyjne, a także branż technicznych i nadzoru. A zatem postępowanie to nie jest dobrym przykładem.

Niezależnie od powyższego, okoliczność, to czy inne podmioty stosują wymóg zgodności z normą PN-90/P-82008 wraz z certyfikatem nie ma znaczenia dla niniejszego postępowania. Każdy Zamawiający indywidualnie ocenia swoje potrzeby, wymogi (czy są niezbędne dla prowadzonego postępowania). W obrocie występuje wiele przetargów, w których to Zamawiający nie wymagają potwierdzenia zgodności z normą PN-90/P-82008 i certyfikatu.

Podsumowując oczywiście nieprawdą jest, że inni zamawiający w zamówieniach na podobny przedmiot zawsze stawiają wymogi w zakresie norm w sposób odpowiadający temu, jaki jest w tym postępowaniu, bez wskazywania, że dopuszczalne są rozwiązania równoważne do wycofanych, lecz nadal funkcjonujących norm. Zamawiający zastosował tożsame wymogi w poprzednim przetargu (zgodność z normą, certyfikat potwierdzający zgodność z normą PN-90/P-82008) w zakresie zadania nr 1 (odzież ochronna fasonowa), nr postępowania: 20/2022, ogłoszenie z dnia 10.06.2022 roku. W zakresie zadania nr 1 złożono jedynie dwie oferty (Odwołujący oraz Wykonawca Świt), przy czym oferta podmiotu Świt została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) pzp. Niewątpliwie potwierdza to fakt, że inne podmioty nie legitymowały się certyfikatem zgodności z normą PN-90/P-82008 i dlatego nie złożyły oferty

W dalszej części Zamawiający wyjaśnia, że w trakcie przygotowania tego postępowania panowała pandemia COVID-19. W tym wyjątkowym czasie, zapewnienie ochrony zdrowia i życia pracowników służby zdrowia oraz pacjentów było priorytetem. Zamawiający podjął decyzję o utrzymaniu standardów spełniania wszelkich norm w zakresie odzieży medycznej. W 2022 roku sytuacja związana z COVID-19 w Polsce nadal była dynamiczna. Pomimo stosunkowo lepszej kontroli sytuacji, nowe warianty wirusa, takie jak Omikron, powodowały okresowe wzrosty liczby zakażeń, co wymagało ciągłej czujności i dostosowywania środków prewencyjnych. Na ten moment można zaobserwować znaczne złagodzenie COVID-19 w porównaniu z wcześniejszymi latami, występuje również inny stan wiedzy dotyczący COVID-19 niż dotychczas. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że data zakończenia Umowy zawartej w ramach tego postępowania (20/2022) nie ma żadnego znaczenia.

Odwołujący jednocześnie kwestionuje, że treść uzasadnienia postępowania jest wadliwa. Zamawiający zwraca uwagę, że skorygował uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania wskazując na szereg argumentów, podstawę faktyczną oraz prawną. W tych okolicznościach nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego zarzut niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający wskazał wyraźną podstawę prawną dokonanej czynności oraz wyjaśnił co było tego przyczyną wskazując przy tym, że zgodność z normą potwierdzoną certyfikatem skutkuje całkowicie niepotrzebnym ograniczeniem konkurencji i utrudnia dostęp do postępowania dla potencjalnych Wykonawców, którzy zgodnie z aktualnym standardem – w celu dostarczenia Zamawiającemu odpowiedniej odzieży - nie muszą posiadać certyfikacji z ww. normy. Jak wynika z treści złożonego odwołania, przedstawione przez Zamawiającego stanowisko w przedmiotowej kwestii nie budziło żadnych wątpliwości po stronie Odwołującego, tj. nie miał on problemów z prawidłową identyfikacją przyczyn unieważnienia postępowania i sformułowania w związku z przedmiotową czynnością Zamawiającego odpowiednich zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

W kontekście procedury udzielenia zamówienia publicznego, kluczową rolę odgrywa Zamawiający, który pełni funkcję gospodarza i dysponenta całego postępowania. Jego odpowiedzialność obejmuje nie tylko przygotowanie dokumentacji, ale także nadzór nad przebiegiem postępowania, w tym oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 497/23.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie tylko jej rzeczywiste utrudnienie. Nie ulega wątpliwości, że postawione przez Zamawiającego wymaganie uniemożliwiło złożenie oferty przez wykonawców, którzy obiektywnie byłiby zdolni do wykonania zamówienia. W przypadku wykrycia błędów, czy to w dokumentacji, czy w trakcie oceny ofert, zamawiający ma obowiązek interweniować w celu ich usunięcia. Jeśli wada jest nieusuwalna i uniemożliwia zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający niewątpliwie był zobowiązany do unieważnienia postępowania.

Zamawiający odniósł się do dokumentów przedłożonych przez Odwołującego wskazując, co następuje:

- Załącznik nr 5 (email od Honoraty Małolepszej, starszy specjalista ds. certyfikacji) Specjalistka do spraw certyfikacji odpowiedziała w sposób lakoniczny na pytanie Odwołującego, wskazując, że jako jednostka certyfikująca może wydawać certyfikaty na normy, które zostały wycofane. Nie potwierdziła, czy ta jednostka certyfikująca wydaje certyfikat na tą konkretną normę PN-90/P-82008. Dodatkowo w odpowiedzi zamieściła informację ze strony Polskiego

Komitetu Normalizacyjnego w sprawie stosowania norm wycofanych. Podsumowując załączona przez Odwołującego korespondencja e-mailowa jest ogólna, dotyczy wszelkich norm, które zostały wycofane.

- Załącznik nr 7A (Fartuch medyczny męski klasyczny Sunrise Uniforms biały Biały ODZIEŻ MEDYCZNA obuwi medyczne fartuchy) Odwołujący przedłożył wydruk przedstawiający możliwość zakupu odzieży medycznej zgodnej z przedmiotową normą. Zamawiający zwraca uwagę, że wydruk nie potwierdza, czy dostawca ten legitymuje się aktualnym certyfikatem obejmującym normę. Ponadto większość odzieży medycznej dostępnej na stronie tego dostawcy nie zawiera adnotacji dotyczącej zgodności z przedmiotową normą.
- Załącznik nr 7B (strój kucharski przeznaczony do użytku na zapleczu lokalu gastronomicznego) Odwołujący przedłożył wydruk przedstawiający możliwość zakupu stroju kucharskiego zgodnego z przedmiotową normą. Zamawiający zwraca uwagę, że wydruk nie potwierdza, czy dostawca ten legitymuje się aktualnym certyfikatem obejmującym normę. Dodatkowo dowód ten nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy, albowiem dotyczy stroju kucharskiego.
- Załącznik nr 7C (fartuch zabiegowy biały) Odwołujący przedłożył wydruk przedstawiający możliwość zakupu odzieży medycznej zgodnej z przedmiotową normą. Zamawiający zwraca uwagę, że wydruk nie potwierdza, czy dostawca ten legitymuje się aktualnym certyfikatem obejmującym normę. Certyfikat ten jest wydawany na czas określony.
- Załącznik nr 7D (SUKIENKA KOSMETYCZNA) Odwołujący przedłożył wydruk przedstawiający możliwość zakupu stroju kosmetycznego zgodnego z przedmiotową normą. W konsekwencji dowód ten nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Zamawiający jednocześnie zwraca uwagę, że po wybraniu zakładki komplety medyczne na stronie sklepu internetowego renafartuszki.com.pl brak jest odzieży medycznej posiadającej ten certyfikat.
- Załącznik nr 8 – 13 - OPZ – Zamawiający odniósł się do tych załączników w treści pisma.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. Odwołujący, pomimo przedstawienia szeregu argumentów, nie dostarczył wystarczających dowodów potwierdzających zasadność swoich twierdzeń. Analiza dokumentacji i argumentów przedstawionych przez Odwołującego wykazała, że:

1. Niekompletność i Ogólność Argumentacji:

Odwołujący opiera swoje twierdzenia na ogólnych założeniach, nie dostarczając konkretnych dowodów lub szczegółowych informacji, które by potwierdzały ich zasadność. Przykładowo, w kwestii normy i certyfikatu zgodności z normą PN-90/P-82008, Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na to, że wymóg ten jest nadal powszechnie stosowany i akceptowany w branży medycznej, dodatkowo nie udowodnił, że nadal można uzyskać certyfikat zgodności z normą PN-90/P-82008;

2. Brak Konkretnych Dowodów w Przedstawionych Dowodach:

Dokumenty przedstawione przez Odwołującego, w tym załączniki oraz korespondencje emailowe, są niewystarczające, by udowodnić zasadność postawionych zarzutów. Przykładowo, korespondencja emailowa odnosząca się do możliwości wydawania certyfikatów na wycofane normy nie odnosi się bezpośrednio do konkretnej normy PN-90/P-82008, a tym samym nie potwierdza, że jej stosowanie jest zgodne z najlepszymi praktykami branżowymi.

Ponadto z korespondencji e-mail przedstawionej przez Odwołującego (Załącznik nr 4 do odwołania) wynika w szczególności, że w normalizacji, u której podstaw leży dobrowolne stosowanie normy, wycofanie normy oznacza wyłączenie jej ze zbioru norm aktualnych ze względu na dezaktualizację jej treści.

#x200e Żaden z wykonawców nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu jak również w odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na względzie art. 535 ustawy Pzp, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, a mianowicie: wydruki ze stron internetowych sklepów oferujących odzież, która spełnia normę PN 90/P – 82008 oraz treść wiadomości e-mail dot. ww. normy;
2. Zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, tj.: wydruki korespondencji mailowej; certyfikat zgodności.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodu przedłożonego przez Zamawiającego na posiedzeniu

niejawnym z udziałem Stron, tj.: zakresu akredytacji jednostki certyfikującej wyroby jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba pominęła twierdzenia Zamawiającego dotyczące niespełnienia przez Odwołującego warunków zamówienia z uwagi na fakt, że certyfikat PN 90/P-82008 został wystawiony przez jednostkę, która nie posiada akredytacji. W ocenie Składu orzekającego nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający dokonał badania i oceny oferty Odwołującego i w razie stwierdzenia, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, odrzucił jego ofertę. Przypomnieć należy, że postępowanie odwoławcze posiada charakter weryfikacyjny – Izba bada czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności w postępowaniu. Zatem nie zastępuje zamawiającego w badaniu i ocenie ofert, a jedynie sprawdza czy dana czynność była prawidłowa i należy ją utrzymać. Zamawiający nie dokonał badania i oceny oferty Odwołującego, zatem Izba nie miała podstaw do oceny czy rzeczywiście oferta Odwołującego nie spełnia warunków zamówienia, co w konsekwencji potwierdza konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa środków ochrony indywidualnej, odzieży, obuwia roboczego.

W formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, w zdaniu 2 Odzież ochronna – fasonowa, wskazał następujące wymagania:

W zakresie zadania nr 2, ofertę złożyło dwóch wykonawców: GRUPA SYMPETRUM Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich oraz I. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD PRODUKCJI POŚCIE „ŚWIT” I. W..

Wykonawca GRUPA SYMPETRUM Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich w dniu 14 sierpnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając m.in. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy I. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD PRODUKCJI POŚCIELI „ŚWIT” I. W. jako niezgodne warunkami zamówienia, z uwagi na niezłożenie przedmiotowych środków dowodowych jak również ze względu na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 28 sierpnia 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt 2414/23. Zamawiający dokonał czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Pismem z dnia 14 września 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 2. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że unieważnia postępowanie ze względu na nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, które zaskutkowało wprowadzeniem w błąd wykonawców. Na powyższą czynność wykonawca GRUPA SYMPETRUM Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich w dniu 19 września 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. unieważnił czynność unieważnienia z dnia 14 września 2023 r. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 4 października 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt 2772/23.

Pismem z 26 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu wskazał:

Działając na podstawie art. 255 ust. 6 w powiązaniu z art. 99 ust. 1 i 4 w powiązaniu z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie ze względu na fakt, że postępowanie – w zakresie zadania nr 2 - obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...)

Zamawiający w trakcie ponownego badania ofert dostrzegł poważny błąd w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z punktem III SWZ: „Przedmiotem zamówienia w zakresie zadań od 1 do 6 jest zakup środków ochrony indywidualnej, odzież, obuwia roboczego, które zostały opisane w Załącznikach nr 4 do 9 SWZ”. W załączniku nr 5 do SWZ (Formularz asortymentowo-cenowy/przedmiot zamówienia) w wymaganiach dotyczących odzieży ochronnej – fasonowej, Zamawiający wymagał, aby odzież ochronna posiadała certyfikat zgodności z normą PN-90/P-82008. Celem odzieży ochronnej jest zapewnienie ochrony zdrowia pracownika oraz bezpieczeństwa przed potencjalnymi urazami ciała.

Nie ulega wątpliwości, że norma ta została wycofana w 2010 roku, a zatem (1) zawiera rozwiązania mniej nowoczesne, (2) wielu Wykonawców zostaje bezpodstawnie wyeliminowanych z postępowania, ze względu na niemożliwość złożenia oferty i spełnienia nieaktualnych wymogów Zamawiającego. Wycofanie normy oznacza, że jest już nieobowiązującym standardem i nie powinno jej się stosować w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, że wprowadzenie wymogu legitymowania się przez dostawców normą wycofaną stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia w sposób nieuzasadniony części Wykonawcom złożenie oferty (okoliczność ta została potwierdzona m.in. przez jednego z wykonawców, który był gotowy do dostarczenia odzieży ochronnej spełniającej standardy rynkowe).

Skutkuje to całkowicie niepotrzebnym ograniczeniem konkurencji i utrudnia dostęp do postępowania dla potencjalnych Wykonawców, którzy zgodnie z aktualnym standardem – w celu dostarczenia Zamawiającemu odpowiedniej odzieży - nie muszą posiadać certyfikacji z ww. normy. Taki wymóg jest również nieproporcjonalny, albowiem jest zbędny i nie ma znaczenia dla spełnienia celu Zamawiającego w tym postępowaniu, tj. otrzymania odzieży ochronnej spełniającej niezbędne funkcje w SPZOZ.

Tymczasem dokonanie opisu przedmiotu zamówienia powinno następować przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Z wymogu jednoznaczności wskazanego w art. 99 ust. 1 pzp nie wynika obowiązek wskazywania na zgodność z konkretnymi certyfikatami w sytuacji, gdy na rynku występuje wielość rozwiązań, które mogą zapewnić oczekiwaną przez zamawiającego funkcjonalność i odpowiadają jego potrzebom. W niniejszej sprawie Zamawiający, powinien opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazanie funkcjonalności oraz cech odzieży ochronnej, bez wymagania potwierdzenia zgodności opisu przedmiotu zamówienia z nieaktualną normą.

Wszystkie te czynniki jednoznacznie uzasadniają unieważnienie postępowania. Wprowadzenie wymogu legitymowania się wycofaną normą jest nie tylko nierozsądne, ale także sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Aby zachować uczciwość i przejrzystość postępowania, konieczne jest unieważnienie go i podjęcie działań naprawczych, takich jak sformułowanie nowych, aktualnych kryteriów, które odzwierciedlają współczesne standardy jakości i bezpieczeństwa.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający każdorazowo winien kierować się przepisami prawa (zgodnie z wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp zasadą udzielania zamówienia wyłącznie zgodnie z przepisami ustawy Pzp) oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Zamawiający unieważnia postępowanie w zakresie zadania nr 2 na podstawie art. 255 ust 6 ustawy pzp w zw z art. 99 ust. 1 i 4 oraz 16 ust. 1 pzp, z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Innymi słowy wystąpiła wada postępowania, która:

- 1) ma charakter na tyle istotny, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy;
- 2) wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Ad. niemożność zawarcia ważnej umowy

Wada ma charakter trwały i nieusuwalny, co wywiera także istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że umowa może podlegać unieważnieniu. Nieusuwalna wada postępowania powoduje niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, na podstawie art. 457 ust. 1 w związku z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Taka okoliczność zachodzi w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 pzp. Na skutek określenia wymagania opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego dostawy odzieży ochronnej posiadającej certyfikat zgodności z normą PN-90/P- 82008, doszło do dokonania opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 i 4 pzp.

Bezspornym jest, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi bowiem podstawowy element SWZ i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia, oferty.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1589/13, z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1086/13 oraz z dnia 1 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1711/13.

Ad. wada jako niemożliwa do usunięcia

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. KIO 497/23, KIO 909/22) wady OPZ po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu. Jeżeli zamawiający przed upływem tego terminu nie skorygował postanowień OPZ w określonym zakresie, to należy unieważnić postępowanie i umożliwić wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania. Innymi słowy, w przypadku istotnych wad OPZ oraz ze względu na stan zaawansowania postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest unieważnienie postępowania.

Na powyższą czynność wykonawca GRUPA SYMPETRUM Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich w dni 31 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako lit. a) w *petitum* odwołania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp „Zamawiający unieważnia

postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp stanowi:

„1. 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.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Zgodnie z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp „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”.

Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp „Uwzględniając odwołanie, Izba może:

- 1) jeżeli umowa nie została zawarta:
 - a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
 - b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
 - c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.”

Art. 554 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.”

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wadę postępowania muszą zaistnieć trzy przesłanki, mianowicie:

1. wada
2. nieusuwalność wady
3. wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający stosując art. 255 pkt 6) ustawy Pzp obowiązany jest wykazać zaistnienie wszystkich wymienionych wyżej przesłanek. Bez wątpienia, unieważnienie postępowania w oparciu o ww. przepis może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach.

Okoliczności, których zaistnienie będzie skutkowało unieważnieniem umowy uregulowano w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający upatruje wady w tym, że w wymaganiach dotyczących odzieży ochronnej – fasonowej wymagał, aby odzież ta posiadała certyfikat zgodności z normą PN – 90/P-82008. Zdaniem Zamawiającego wymaganie ww. normy jest nieproporcjonalne i ogranicza konkurencję.

Nieusuwalność wady, Zamawiający argumentuje тезami wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, że wady OPZ po upływie składania ofert nie mogą podlegać usunięciu/skorygowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania wskazał, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia.

Przedkładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, w pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał odzieży ochronnej, która posiada ww. certyfikat. Zamawiający wymagał aby tkanina, z której wykonana zostanie odzież, posiadała certyfikat zgodności z normą PN – 90/P-82008.

Wskazana wyżej norma faktycznie została wycofana, ale nie została zastąpiona nową. Zgodnie ze stanowiskiem Polskiego Komitetu Normalizacyjnego: *W normalizacji dobrowolnej faktu dezaktualizacji normy nie należy wiązać z zakazem stosowania normy wycofanej. Zbiór norm wycofanych nie jest zbiorem norm, których stosowanie jest zakazane. (...) Jeżeli kontrakt zawiera odesłanie do normy wycofanej (za zgodą zainteresowanych stron), to nie ma jakichkolwiek przeszkód, aby zastosować taką normę. Normy wycofane zawierają rozwiązania mniej nowoczesne, ale to nie znaczy, że są błędne.*

Zamawiający stoi na stanowisku, że wymaganie ww. normy ogranicza konkurencję, utrudnia dostęp do postępowania

potencjalnym wykonawcom, a nadto wymóg ten jest nieproporcjonalny. Warto zwrócić uwagę, że na rynku dostępna jest odzież wykonana z tkaniny zgodnie z ww. normą. Trudno zatem uznać, że wymóg ten utrudnia dostęp do postępowania innym wykonawcom. Nadto, w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców. Żaden z potencjalnych wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ czy też usunięcie wymagania co do wskazanej normy. Żaden z wykonawców nie skorzystał również z przysługujących mu środków ochrony prawnej i nie zaskarżył opisu przedmiotu zamówienia. Norma pomimo, że została wycofana, nie została zastąpiona nową, może być zatem stosowana.

W ocenie Izby, wymaganie aby tkanina (z której wykonana zostanie odzież) posiadała certyfikat zgodności z normą PN – 90/P-82008 nie stanowi o wadzie postępowania.

Odnosnie drugiej przesłanki, Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wady OPZ po upływie składania ofert nie mogą podlegać usunięciu/skorygowaniu/doprecyzowaniu. Nie ma to jednak znaczenia w przedmiotowej sprawie, bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obciążone wadą.

Odnosząc się do trzeciej przesłanki, Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni aprobuje, podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zawiera w sobie dwie niezależne od siebie podstawy unieważnienia umowy, mianowicie:

- a) udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych,
- b) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu 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.

Nie sposób zaakceptować, że ustawodawca, jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominął inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 610/23, z dnia 2 sierpnia 202 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1905/21).

Powyższe nie ma jednak istotnego znaczenia w przedmiotowej sprawie, bowiem jak już wyżej wskazano, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obciążone wadą. Opis przedmiotu zamówienia jest pełny i precyzyjny, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, nie budził żadnych wątpliwości, a wymagania w zakresie tkaniny nie miało wpływu na sporządzenie ofert i wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający niesłusznie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 255 ust. 6) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu oznaczonego lit. b) w *petitum* odwołania, naruszenie przez zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy Pzp ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca, Zamawiający nie dokonał badania i oceny oferty Odwołującego. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić. Niejako na marginesie, biorąc pod uwagę treść art. 554 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 6 ustawy Pzp, Izba nie może nakazać zamawiającemu wybór oferty danego wykonawcy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: