

WYROK
z dnia 15 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2023 r. przez odwołującego MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Poznaniu kwotę 4 404 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące czterysta cztery złote pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika i opłaty skarbowe od pełnomocnictwa oraz na dojazd pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3207/23

Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wyposażenia i adaptację pomieszczeń Centralnej Sterylizatorni, na potrzeby Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu w ramach projektu pn. Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu – centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK)”. Numer referencyjny tego zamówienia to PN46/23.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/S 122-387810.

W dniu 27 października 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego zaniechanych i dokonanych w toku przedmiotowego postępowania oraz zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania mimo, iż nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”).

Odwołujący wniósł także o zasądzenie na swoją rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania skarżący wykonawca podał, że w dniu 18 października 2023 r. otrzymał od Zamawiającego pisma zawierające informację o unieważnieniu czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanych w dniu 15 września 2023 r. oraz zapowiedzi powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a także o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Jako powód unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający uważa, że o zaistnieniu tej wady stanowi błądnie przyjęty w pkt 17 załącznika 5E do SWZ pod nazwą „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych dla zgrzewarki rotacyjnej ze stolikiem rolkowym” parametr „szybkość zgrzewania min. 10 m/s”. W ocenie Zamawiającego jest to rezultat niemożliwy do osiągnięcia przez żadne urządzenie dostępne dziś na rynku, a co za tym idzie taka wartość jest błędna i jako taka nie powinna się pojawić w wymaganiach. Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego, która polega na unieważnieniu tego postępowania, pozbawiona jest podstawy faktycznej i prawnej. Zgodnie bowiem 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. Omawiając zastosowanie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy PZP Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 741/13, 22 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1893/17, 4 stycznia 2018 r.

w sprawie o sygn. akt KIO 2700/17, 22 września 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2297/21 i 8 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2741/21.

Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez Zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na Zamawiającym. Wykładnia ścieśniająca jest odwrotnością wykładni rozszerzającej i nakazuje rozumieć dany przepis dokładnie tak samo, jak poddany wykładni językowej. Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada postępowania to każda niedająca się usunąć wada skutkująca brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą,

a niemożnością zawarcia umowy. W ocenie Odwołującego za zasadne należy uznać przyjęcie stanowiska, że nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia nie stanowi wady postępowania skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. W takim przypadku musi więc wystąpić naruszenie przepisów ustawy, tj. musi zaistnieć wada postępowania i dopiero ta wada ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy

w sprawie zamówienia. Chodzi przy tym o to, aby nie była to jakakolwiek wada, ale wada na tyle istotna, iż niemożliwym staje się zawarcie ważnej umowy. W doktrynie podnosi się również, że Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP, zarówno w uzasadnieniu prawnym, jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 255 pkt 6 a art. 457 ust. 1 ustawy PZP. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy PZP jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 ust. 1 ustawy PZP. Subiektywne przekonanie strony, która nie dochowała należytej staranności przy formułowaniu treści dokumentacji postępowania i nie uregulowała wszystkich parametrów na etapie przygotowania postępowania, nie stanowi o niejasnej SWZ. Odnosząc to do stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania nie wykazał zaistnienia wady, której wystąpienie skutkowałoby koniecznością unieważnienia postępowania. Odwołujący – za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1241/21 – wskazał również, że ciężar udowodnienia wszystkich wskazanych, kumulatywnych przesłanek unieważnienia postępowania, spoczywa na Zamawiającym, który powinien mu sprostać w udostępnionej wykonawcom decyzji o anulowaniu przetargu, a nie ujawniać je dopiero w trakcie powstałego sporu. Zdaniem Odwołującego za co najmniej zastanawiające uznaje należy to, że Zamawiający jednego dnia, tj. 17 października 2023 r. dokonuje części nakazanych przez Izbę czynności

w wyroku z dnia 12 października 2023 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23, zapowiada dokonanie czynności badania i oceny ofert, a następnie unieważnia całe postępowanie jako rzekomo obciążone wadą w rozumieniu art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Zamawiający nie widział tej rzekomej wady opisu przedmiotu zamówienia, na którą obecnie się powołuje, przez kilka miesięcy prowadzonego postępowania, nie pojawiła się ona również na etapie odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MEDILAB Firma Wytwórczo – Usługowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Białymstoku (dalej jako „wykonawca MEDILAB”), a została podniesiona przez Zamawiającego w sytuacji kiedy jedyną ważną ofertą pozostałą w postępowaniu jest oferta Odwołującego.

W ocenie Odwołującego wskazuje to na to, że aktualnie Zamawiający, na potrzeby znalezienia pretekstu unieważnienia postępowania, usiłuje odnaleźć w nim rzekomą wadę. Wskazywany przez Zamawiającego jako rzekoma wada postępowania parametr SWZ dotyczący zgrzewarki rotacyjnej – „*szybkość zgrzewania min. 10 m/s*” stanowi co najwyżej o oczywistej niedokładności SWZ, a w żadnym razie o wadzie całego postępowania. Odwołujący podniósł, że analizując zaistnienie rzekomej wady należy dokonać wykładni całości wymogów Zamawiającego dotyczących zgrzewarki rotacyjnej ze stolikiem rolkowym określonych w załączniku nr 5E do SWZ, które jednoznacznie wskazują na dostępne aktualnie na rynku urządzenia

w szczególności takie jak zaoferowana zgrzewarka przez Odwołującego Steripack 95 producenta MMM Muenchener Medizin Mechanik GmbH, MMM Group lub zaoferowana zgrzewarka przez Medilab Firma Wytwórczo – Usługowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością LEF - TS 47 producenta Labo ElectroFrance. Poza tym Odwołujący wyjaśnił, że dostępne aktualnie na rynku zgrzewarki rotacyjne w zdecydowanej większości posiadają parametr szybkości zgrzewania na poziomie min. 10 m/min i nie ma na rynku żadnej zgrzewarki, która spełniałaby parametr szybkości zgrzewania na poziomie 10 m/s (wszystkie karty katalogowe operują w m/min w przypadku szybkości zgrzewania), co jego zdaniem dodatkowo wskazuje na zaistnienie oczywistej niedokładności / omyłki SWZ, a nie świadczy

o wadzie opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego oczywistym wydaje się fakt, że wszczynając postępowanie, opisując wymogi dotyczące zgrzewarki rotacyjnej, intencją Zamawiającego było otrzymanie od wykonawców dostępnych na rynku urządzeń, a nie zakup zgrzewarki rotacyjnej o nieosiągalnym technicznie parametrze. Analiza całości parametrów dotyczących zgrzewarki rotacyjnej określonych w załączniku nr 5E do SWZ jednoznacznie wskazuje w szczególności na urządzenia zaoferowane przez wykonawców, którzy złożyli oferty. Dodatkowo na oczywisty charakter niedokładności SWZ, a nie rzekomą wadę wskazuje okoliczność, iż żaden z wykonawców nie złożył do Zamawiającego wniosku o zmianę lub wyjaśnienie tego parametru SWZ składając oferty, w których zaoferowane urządzenia zgodne są z całościową analizą parametrów SWZ określonych w załączniku nr 5E do SWZ. Wskazana niedokładność SWZ nie zniekształca wyniku całego postępowania i jest możliwa do usunięcia

w drodze racjonalnej i dokonanej z poszanowaniem zasad wynikających z art. 16 ustawy PZP wykładni całościowych postanowień SWZ, a w szczególności całościowej analizy wymogów dotyczącej zgrzewarki rotacyjnej określonych w załączniku nr 5E do SWZ. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że argumentacja zawarta w piśmie z unieważnieniem postępowania, na jaką powołuje się Zamawiający, dowodzi próby poszukiwania pretekstu do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zamówienia nie można udzielić preferowanemu wykonawcy, względnie, gdy wybór zgodnie z przyjętymi wymaganiami i kryteriami wskazuje na ofertę, która nie jest w kręgu zainteresowania Zamawiającego. Czynność unieważnienia postępowania dokonana została przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów wskazanych w treści odwołania, a jako pozbawiona podstawy faktycznej i prawnej powinna zostać uchylona.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia

i stanowiska stron wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego i wobec tego stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę MEDILAB. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy PZP wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Izba uznała, że wykonawca ten z uwagi na nakazanie odrzucenia jego oferty przez Izbę w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23, czego – według własnego oświadczenia złożonego na posiedzeniu Izby w dniu 10 listopada 2023 r. – nie zaskarżył i nie może już zaskarżyć skargą do Sądu Okręgowego w Warszawie z uwagi na upływ terminu zawitego z art. 580 ust. 2 ustawy PZP, stracił już status aktywnego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca ten nie bronił dalej swojej oferty w postępowaniu. Zaakceptował stan rzeczy wynikający z treści wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23

i pogodził się z rozstrzygnięciem Izby w przedmiocie odrzucenia jego oferty z postępowania.

W konsekwencji również wykonawca ten nie ma jakiegokolwiek interesu w tym, aby zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skoro po odrzuceniu jego oferty nie bierze już aktywnego udziału w tym postępowaniu przetargowym i nie ma już żadnych szans na uzyskanie w jego ramach zamówienia publicznego. Niezależnie od powyższego Izba uznała za nieuprawdopodobnione twierdzenia tego wykonawcy zawarte w jego zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, tj. że będzie mógł on uzyskać zamówienie w przyszłości, tj. po unieważnieniu tego postępowania i ewentualnym wszczęciu nowego postępowania. Przede wszystkim dążenie do uzyskania zamówienia publicznego wykonawca MEDILAB mógł realizować w tym postępowaniu, czego zaniechał nie zaskarżając wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23. Podnoszona przez tego wykonawcę możliwość uzyskania zamówienia w przyszłości w kolejnym postępowaniu jest obarczona dużą dozą niepewności, gdyż wcale nie jest przesądzone na 100%, iż Zamawiający dokona wszczęcia nowego postępowania. W międzyczasie mogą pojawić się różne przeszkody natury formalnej lub finansowej, które to po prostu uniemożliwią. Podobnie wcale nie jest powiedziane, że wykonawca MEDILAB będzie miał większe szanse pozyskać zamówienie w nowym postępowaniu, albowiem w nowym przetargu swoje oferty może złożyć większa liczba przedsiębiorców, którzy zaoferują Zamawiającemu korzystniejsze od niego warunki realizacji kontraktu publicznego, a w konsekwencji może okazać się, że wykonawca MEDILAB nie będzie w stanie konkurować z innymi wykonawcami ceną i innymi dodatkowo punktowanymi w ramach kryteriów oceny ofert parametrami. Stąd też w ocenie Izby wywodzenie przez wykonawcę MEDILAB jego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego z możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w przyszłości, w razie utrzymania w mocy decyzji Zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji wszczęciu potem przez Zamawiającego nowego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, należy uznać za nieuzasadnione, wątpliwe i będące poza kontrolą tego wykonawcy.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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 rozporządzenia,

a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 listopada 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym ze złożonego przed rozprawą przez Zamawiającego dokumentu – umowy zawartej w dniu 25 lipca 2019 r. o dofinansowanie nr POIS.09.01.00-00-0365/19-00/74/2019/261 Projektu „Budowa Szpitalnego Oddziału Ratunkowego wraz z Centrum Medycyny Ratunkowej i Interwencyjnej jako I etap organizacji Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego U.M. w Poznaniu”.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, którym jest Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wyposażenia i adaptację pomieszczeń Centralnej Sterylizatorni, na potrzeby Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu w ramach projektu pn. Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu – centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK)”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/S 122-387810.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 3 do SWZ, zawierającym m. in. projekt wykonawczy (załączniki nr 4-6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia).

W punkcie 17 Załącznika nr 5E do SWZ pod nazwą „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych dla zgrzewarki rotacyjnej ze stolikiem rolkowym” Zamawiający określił parametr „szybkość zgrzewania min. 10 m/s”.

W dniu 15 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy MEDILAB jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, przyznając jej 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

W wyniku odwołania wniesionego przez wykonawcę MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 12 października 2023 r. wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23, w którym uwzględniła odwołanie i nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy MEDILAB,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Następnie w dniu 17 października 2023 r. Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23, wykonał część nakazanych przez Izbę czynności, tj.: unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnił czynność oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców, że powtórzy czynność badania i oceny ofert.

Równocześnie w dniu 17 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym o jego unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP wskazując, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23 przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, w toku którego stwierdzono, że:

1) w pkt 17 załącznika nr 5E do SWZ pod nazwą „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych dla zgrzewarki rotacyjnej ze stolikiem rolkowym” postawiony jest przez Zamawiającego niemożliwy do spełnienia warunek, aby zgrzewarka posiadała „szybkość zgrzewania min. 10 m/s”. Jest to rezultat niemożliwy do osiągnięcia przez żadne urządzenie dostępne dziś na rynku. Wartość taka jest zatem błędna i jako taka nie powinna się pojawić w wymaganiach,

2) wadliwy parametr nie został zakwestionowany na etapie procedury przetargowej przez żadnego z potencjalnych oferentów, ani nie został wcześniej zauważony przez Zamawiającego, w związku z tym został utrzymany jako wymagany parametr dla przedmiotu zamówienia,

3) zawarcie umowy na dostawę urządzenia, które nie występuje na rynku, byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 kodeksu cywilnego,

4) skoro Zamawiający wie o niemożliwości świadczenia w zakresie opisanym w SWZ, to jest zobowiązany unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 387 Kodeksu cywilnego,

5) stwierdzona wada dokumentacji postępowania jest już na obecnym etapie postępowania niemożliwa do usunięcia. Konsekwencją zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe byłaby nieważność umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z pisemnymi stanowiskami stron wyrażonymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz po przeprowadzeniu w dniu 10 listopada 2023 r. rozprawy rozpoznała merytorycznie odwołanie i uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 255 pkt 6 ustawy PZP, który stanowi, że 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 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego w dniu 17 października 2023 r. czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania była prawidłowa, natomiast Zamawiający szczegółowo, należycie i w sposób odpowiadający regulacji art. 255 pkt 6 ustawy PZP uzasadnił swoją decyzję.

Jak podnosi się w literaturze prawa zamówień publicznych „Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak

i zaniechania zamawiającego” [tak: A. Gawrońska-Baran (w:) A. Gawrońska-Baran i inni, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX 2023, komentarz do art. 255 ustawy, teza 21]. Jednocześnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażono pogląd, że „dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 16 pkt 1 ustawy PZP stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” [tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 919/22].

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej rację ma Zamawiający stwierdzając w swojej odpowiedzi na odwołanie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wadą postępowania przetargowego, której na obecnym etapie postępowania nie da się już usunąć. Zamawiający w Załączniku nr 5E do SWZ, pkt 17, w sposób wadliwy opisał szybkość zgrzewania zgrzewarki rotacyjnej, gdzie wskazał wartość „min. 10 m/s”, zamiast wartości „min. 10 m/min”. Nie ma na rynku urządzenia, które byłoby w stanie zgrzewać z aż tak wielką prędkością. Jednocześnie zaoferowanie przez wykonawców zgrzewarki rotacyjnej o szybkości zgrzewania mniejszej niż „10 m/s” powoduje, że taka oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Słusznie zatem wywodzi Zamawiający, że zawarcie umowy na dostawę urządzenia, które nie

występuje na rynku, byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe w rozumieniu przepisu art. 387 Kodeksu cywilnego. Żaden przedsiębiorca nie dostarczył Zamawiającemu urządzenia o takim parametrze zgrzewania. Jest to niemożliwość świadczenia o charakterze obiektywnym, pierwotnym i trwałym i istniała ona od samego początku opublikowania SWZ, co nie zostało wcześniej zauważone ani przez samego Zamawiającego, ani przez żadnego z wykonawców biorących udział w przetargu. Należy przy tym podkreślić, że po zmianie ogłoszenia o zamówieniu dokonanej w dniu 28 lipca 2023 r. termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął w dniu 4 sierpnia 2023 r. i po tej dacie nie można już było dokonywać żadnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby postulowana przez Odwołującego życzliwa dla wykonawców, racjonalna wykładnia postanowień SWZ w zakresie parametru szybkości zgrzewania zgrzewarki rotacyjnej, która pozwalałaby na kontynuowanie postępowania przetargowego bez jego unieważnienia, prowadziła by w gruncie rzeczy do nadania zupełnie innej (nowej) treści temu postanowieniu SWZ aniżeli ta wynikająca z jego literalnego brzmienia. Byłaby to zatem działalność nie o charakterze interpretacyjnym, lecz normotwórczym, dokonana przy tym po dniu otwarcia ofert i to w momencie, gdy po odrzuceniu oferty wykonawcy MEDILAB w postępowaniu ostała się oferta raptem jednego wykonawcy.

Podsumowując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że po upływie terminu składania ofert nie było już możliwe naprawienie błędu Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu parametru szybkości zgrzewania zgrzewarki rotacyjnej. Nie było również podstaw do interpretowania opisu przedmiotu zamówienia w inny sposób aniżeli ten wynikający literalnie z zapisów dokumentacji przedmiotowego postępowania. W tych okolicznościach Zamawiający był więc zobligowany do unieważnienia całego postępowania na podstawie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła ani naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy PZP przez Zamawiającego, ani również naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych wynikających z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 4 404 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące czterysta cztery złote pięćdziesiąt groszy), który obejmował wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr, dwie opłaty skarbowe od pełnomocnictwa w wysokości 34 zł 00 gr i zwrot kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę z miejscowości Stęszew do Warszawy samochodem osobowym (tam i z powrotem) w wysokości 770 zł 50 gr – zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Zamawiającego zawartym w złożonym na rozprawie rachunku oraz następnie uzupełnionym ustnie, na podstawie regulacji § 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. W ocenie Izby – wobec oświadczeń pełnomocnika – poniesienie wydatku na paliwo było niewątpliwe, stąd też nie było konieczne dokumentowanie paragonami lub fakturami faktu zakupu paliwa na trasie Stęszew – Warszawa i za miarodajne przy ustalaniu wysokości zwrotu kosztów dojazdu samochodem osobowym należało uznać oparcie się na regulacji Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, uwzględniając przy tym zapatrywania prawne wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2016 r.

w sprawie o sygn. akt III CZP 26/16. Jednocześnie Izba nie uwzględniła dalej idącego wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w zakresie opłaty za autostradę oraz opłaty parkingowej. W ocenie Izby tego rodzaju wydatki powinny być i mogły zostać udokumentowane przez Zamawiającego, co w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....