

## WYROK

z dnia 18 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 14 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 września 2023 roku przez odwołującego Solispharm spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie,

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 29 sierpnia 2023 r. polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i Odwołującego każdego z nich w połowie 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 oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
  - 3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **5 550 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą połowę sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

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 2022 r. poz. 1710 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: .....

Sygn. akt: KIO 2580/23

### UZASADNIENIE

Skarb Państwa – 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Dostawa leków i wyrobów medycznych”, nr postępowania: ZP/52/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 6 lipca 2023 r., nr 2023/BZP 00294056/01.

W postępowaniu tym wykonawca Solispharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 1 września 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. Zaniechania wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu do których był zobowiązany w wyniku uwzględnienia odwołania;
2. Zaniechania przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego pomimo tego, że jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu;
3. Bezpodstawnego unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 522 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i brak wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego treść Zamawiający uwzględnił w całości,

2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego mimo, że jest najkorzystniejszą ofertą, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach postępowania oraz jest zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia,

3)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie postępowania pomimo, że nie występowała ku temu przesłanka, ponieważ postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności z dnia 29 sierpnia 2023 r. polegającej na unieważnieniu postępowania,

2)wykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu sygn. KIO 2274/23, którego treść Zamawiający uwzględnił w całości,

3)wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. W wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Następnie Odwołujący wskazał, że w treści odwołania zarejestrowanego pod sygn. KIO 2274/23, Odwołujący sformułował żądanie nakazania wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej. W odpowiedzi na ww. odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. W związku z powyższym postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z 16 sierpnia 2023 r., postępowanie odwoławcze wobec oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości zostało umorzone. Biorąc pod uwagę powyższe, w związku z uwzględnieniem odwołania w całości Zamawiający, w ocenie Odwołującego, zobowiązany był do wykonania wszystkich czynności, których wykonania żądał Odwołujący w odwołaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 522 ust. 1 p.z.p nie spełnił tego żądania i w dniu 29.08.2023 r. zaniechał wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej i dokonał bezpodstawnego unieważnienia postępowania. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, czego nie zastosował w niniejszym postępowaniu, gdyż nie dokonał wyboru oferty Odwołującego pomimo tego, że złożyła najkorzystniejszą ofertę, która jako jedyna nie podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający 29 sierpnia 2023 r. unieważnił postępowanie o zamówienie. Zdaniem Odwołującego zarówno twierdzenia zamawiającego co do wystąpienia w postępowaniu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp jak i wskazana argumentacja są nieprawdziwe, pozbawione sensu i oparte na wybiórczych fragmentach treści SWZ tak, aby argumentacja w jak najwyższym stopniu dawała złudzenie wystąpienia naruszenia ustawy i zasadności unieważnienia postępowania. Odwołujący argumentował, że mamy w niniejszej sytuacji do czynienia z „sabotowaniem” postępowania przez samego zamawiającego i uporczywym dążeniem do jego unieważnienia, bądź rażąco niekompetencją osób odpowiedzialnych za przeprowadzenie postępowania po stronie zamawiającego. Potwierdzają to, w ocenie Odwołującego, wcześniej podejmowane przez niego próby unieważnienia postępowania oparte na bezzasadnej argumentacji, czego Odwołujący dowiódł odwołaniem w sprawie o sygn. KIO 2274/23, które zamawiający uznał w całości za zasadne i uwzględnił.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu faktycznym zamawiający starał się wykazać, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w poz. 11 sformułowany jako:

Acidum ascorbicum+ calcium 177 mg Ca 2+/60 mg, tabl. musujące (12 szt.)

Calcium z witaminą C 177 mg Ca 2+/60 mg- tabl. musujące (12 szt.) lub równoważny

jest niezgodny z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp lecz, w ocenie Odwołującego, jest to nie prawda.

Odwołujący wskazał, że w zakresie naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w piśmie z dnia 29.08.2023 r. w żaden sposób nie przedstawił uzasadnienia w jaki sposób powyższy opis poz. 11 miałby naruszać wymaganie sformułowane w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp jako: przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Odwołującego, analizując opis przedmiotu zamówienia wskazany w poz.11 należy stwierdzić, że jest wręcz przeciwnie. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia jakim jest „Dostawa leków i wyrobów medycznych” powyższy opis przedmiotu zamówienia, jakiego dostawy wymagał Zamawiający w przypadku jego dostępności na rynku jest jednoznaczny, wyczerpujący i zrozumiały. Nie jest możliwe, zdaniem Odwołującego, dokładniejsze opisanie przedmiotu zamówienia o tym charakterze, odzwierciedlającego potrzeby zamawiającego, niż przez wskazanie substancji jakie produkt ma zawierać, ich ilości, formy produktu oraz ilości sztuk w opakowaniu.

Jak podniósł Odwołujący, dodatkowo, Zamawiający dla ułatwienia wskazał przykładowy produkt referencyjny, który jest zgodny ze wskazanym opisem, dopuszczając przy tym możliwość oferowania zamienników.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe stwierdzenie wystąpienia naruszenia art.

99 ust. 1 a przeciwne stanowisko Zamawiającego ma wyłącznie na celu unieważnienie postępowania.

Odwołujący podniósł, że tylko w zakresie naruszania art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wskazał jakiegokolwiek uzasadnienie faktyczne, według niego w pełni zasadne. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał jednak wyłącznie wybiórczej analizy dokumentacji przetargowej, posługując się jedynie treścią SWZ i argumentacją, która „pasuje” do jego stanowiska i umożliwia unieważnienie postępowania. W związku z tym, że kwestia udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, w tym na pytanie nr 5, była już podnoszona w odwołaniu sygn. KIO 2274/23 z, nie sposób, zdaniem Odwołującego, dojść do innego wniosku niż takiego, że Zamawiający celowo pomija jej treść, ponieważ całkowicie obala ona zasadność jego twierdzenia.

Odwołujący przypomniał treść pytania nr 5:

*„Prosimy o doprecyzowanie, w jaki sposób postąpić w przypadku tymczasowego braku lub zakończonej produkcji danego preparatu?”*

Odpowiedź Zamawiającego:

*„W przypadku braku preparatu na rynku farmaceutycznym, Wykonawca jest zobowiązany nanieść odpowiednią adnotację w formularzu kalkulacji ceny ofertowej (załącznik nr 1A do SWZ) oraz przekazać Zamawiającemu stosowny dowód/podstawę braku danego leku bądź wyroby medycznego.”*

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia poz. 11 sformułowany jako:

Acidum ascorbicum+ calcium 177 mg Ca 2+/60 mg, tabl. musujące (12 szt.)

Calcium z witaminą C 177 mg Ca 2+/60 mg- tabl. musujące (12 szt.) lub równoważny

w żaden sposób nie narusza zakazu wskazanego w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Odwołujący przypomniał, że wielokrotnie już podnosił, że produkt opisany w poz. 11 w opakowaniu zawierającym 12 szt. nie występuje na rynku. Dostępny jest wyłącznie produkt o wskazanym składzie lecz zawierający 14 szt. w opakowaniu, lecz nie jest on zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia wskazany w poz. 11, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia jakim jest „Dostawa leków i wyrobów medycznych” jest, zdaniem Odwołującego, w pełni prawidłowy. Wskazuje on opis przedmiotu zamówienia jakiego dostawy wymagał Zamawiający w przypadku jego dostępności na rynku. Jest on jednoznaczny, wyczerpujący i zrozumiały. Nie jest możliwe dokładniejsze opisanie przedmiotu zamówienia o tym charakterze, odzwierciedlającego potrzeby zamawiającego, niż poprzez wskazanie substancji jakie produkt ma zawierać, ich ilości, formy produktu oraz ilości sztuk w opakowaniu. Zamawiający wyłącznie dla ułatwienia wskazał przykładowy produkt referencyjny, który jest zgodny ze wskazanym opisem, dopuszczając przy tym możliwość oferowania zamienników poprzez zapis „lub równoważny”.

Nie występuje więc sytuacja wykazywana przez Zamawiającego cyt. „opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego”.

Żaden producent obecnie nie produkuje produktu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w poz. 11. Nie ma więc mowy o wskazywaniu poprzez opis przedmiotu zamówienia konkretnego produktu czy też konkretnego producenta i idącego za tym ograniczenia konkurencji.

Odwołujący przypomniał, że na podstawie wyjaśnień SWZ udzielonych przez zamawiającego na pytanie nr 5: *w przypadku braku preparatu na rynku farmaceutycznym, Wykonawca jest zobowiązany nanieść odpowiednią adnotację w formularzu kalkulacji ceny ofertowej (załącznik nr 1A do SWZ) oraz przekazać Zamawiającemu stosowny dowód/podstawę braku danego leku bądź wyroby medycznego.* - Wszyscy wykonawcy składający ofertę, z powodu braku opisywanego preparatu na rynku farmaceutycznym, zobowiązani byli w zakresie poz. 11 do braku wyceny tego produktu, nanieśnięcia adnotacji w formularzu kalkulacji cenowej o przyczynie braku oraz stosownego udokumentowania braku danego produktu na rynku farmaceutycznym – co Odwołujący uczynił.

Nie doszło więc do ograniczania zasady uczciwej konkurencji czy też opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ponieważ każdy z potencjalnych wykonawców znajdował się w zakresie poz. 11. w identycznej sytuacji tj. nie był w stanie zaoferować produktu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia.

Mimo to odpowiedź udzielona przez zamawiającego na pyta nr 5, umożliwiała każdemu wykonawcy złożenie

oferty w postępowaniu z pominięciem poz. nr 11. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 5 dopuścił możliwość wystąpienia sytuacji w której wykonawcy nie złożą oferty na daną pozycję asortymentową w przypadku braku danego preparatu na rynku i jego wykazaniu przez wykonawcę. Każdy potencjalny wykonawca mógł przy tak sformułowanych wytycznych zamawiającego złożyć zgodną z SWZ ofertę w postępowaniu, nie wystąpiło więc naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, w postępowaniu nie wystąpiła żadna przesłanka umożliwiająca, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 a działania zamawiającego mają wyłącznie na celu unieważnienie postępowania z nieznanymi nam przyczyn, co w chwili obecnej jest niedopuszczalne.

W złożonej 14 września 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwolującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane w samym odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wraz z załączonymi dowodami w postaci wydruków z internetowej bazy leków, jak i podczas rozprawy.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Stan faktyczny opisany w treści odwołania znajduje odzwierciedlenie w dokumentach zamówienia. Izba nie widzi potrzeby jego powielania. Uzupełniająco Izba wskazuje, że 29 sierpnia 2023 r, Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, podając jako postawę prawną art. 255 pkt 6 ustawy Pzp oraz podając następujące uzasadnienie faktyczne: „W przedmiotowym postępowaniu pn. „Dostawa leków i wyrobów medycznych”, zważywszy na przedmiot i charakter zamówienia, Zamawiający ustalił wynagrodzenie w sposób kosztorysowy tj. uzależniony od zamówienia częściowego. W związku z tak skonstruowanym warunkiem zamówienia Zamawiający uznał za konieczne wprowadzenie formularza, w którym zostały zawarte wszystkie produkty będące przedmiotem zamówienia. Produkty te zostały opisane poprzez wskazanie składu jakościowego i ilościowego substancji czynnych, postaci farmaceutycznej, ilości lub objętości a także nazwy produktu referencyjnego.

Ponadto biorąc pod uwagę charakter dostawy Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych. Zgodnie z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia z uwzględnieniem Ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 650) przez produkty równoważne Zamawiający uznaje produkt leczniczy posiadający taki sam skład jakościowy i ilościowy substancji czynnych, taką samą postać farmaceutyczną, i którego biorównoważność wobec referencyjnego produktu leczniczego została potwierdzona odpowiednimi badaniami biodostępności (lek generyczny). Natomiast przez biorównoważność (wg R. Kaliszana, S. Janickiego „Biorównoważność leków”. [w:] Farm. Pol. 2001; 10: 456–462) należy rozumieć obecność identycznej ilości substancji czynnej (tj. wywierające takie samo działanie i mogące być stosowane zamiennie bez zagrożenia dla chorego), jeżeli nie różnią się pod względem biodostępności lub różnice są poniżej 20%. Oznacza to, że zarówno odsetek wchłoniętej dawki, jak i wartość stężenia maksymalnego w krwi oraz czas, po którym ono wystąpi, mogą się różnić nie więcej niż o 20%.

Nadto w poz. 11 Zamawiający opisał wymagany asortyment w następujący sposób

Acidum ascorbicum+ calcium 177 mg Ca 2+/60 mg, tabl. musujące (12 szt.)

Calcium z witaminą C 177 mg Ca 2+/60 mg- tabl. musujące (12 szt.) lub równoważny

Dokonując ponownej analizy tak sformułowanych zapisów a także opierając się na argumentacji Wykonawcy podniesionej w Odwołaniu z dn. 01.08.2023r. Zamawiający stwierdził, iż wymagany w poz. 11 Formularza kalkulacji ceny ofertowej asortyment został opisany niezgodnie z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający jest obowiązany nie tylko opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ale także w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji.

Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni.

Bezpośrednie naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zachodzi, gdy przedmiot zamówienia jest określany jest w sposób określający konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia.

Pośrednie naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp zachodzi, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

W wyroku z dnia 7 stycznia 2008 r., KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (aktualnie art. 99 ust. 4) zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Z tego względu niewątpliwym jest, że Zamawiający ma podstawy do zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. i unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Uwzględniając zaistniały stan faktyczny należy stwierdzić, że:

-postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą zidentyfikowaną na etapie badania i oceny ofert, tj. obciążającą postępowanie w sposób nieodwracalny - po terminie składania ofert,

-powyższa wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (vide art. 457 ust. 1 ustawy Pzp); unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na art. 255 pkt 6) w zakresie nieusuwalnej wady postępowania i wpływu na umowę w sprawie zamówienia publicznego należy ocenić biorąc pod uwagę konieczność odniesienia jej skutków do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Powyższe oznacza, że przedmiotowe postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i konieczne jest jego unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 262 ustawy, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia niezwłocznie zawiadomi wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.”

#### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania: art. 522 ust. 1 ustawy Pzp

1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

art. 255 pkt 6 ustawy Pzp

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części odnoszącej się do naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, natomiast pozostałe zarzuty nie potwierdziły się, co skutkowało ich oddaleniem.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania jest podstawą do umorzenia postępowania odwoławczego, Izba wówczas nie bada merytorycznej zasadności wniesionego odwołania. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 522 ust. 1 zd. drugie nowej ustawy Pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to przepis proceduralny, a nie przepis materialny regulujący czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego tego przepisu ustawy nie przesądza o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania

zawartych w nim zarzutów.

Ponadto, choć niewątpliwie Zamawiający związany jest żądaniem odwołania, które uwzględnia, to w celu wykonania tych żądań może korzystać z procedur i przepisów ustawy Pzp wykonanie tych żądań poprzedzających, zwłaszcza że za zasadę o charakterze nadrzędnym należy uznać prowadzenie postępowania w zgodzie z obowiązującymi regulacjami prawa. Wykonawca składając ponowne odwołanie musi wykazać, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z ustawą Pzp, a zatem, że narusza obowiązujące przepisy. Konieczne jest zatem wykazanie zasadności żądań odwołania, a nie jedynie wskazywanie na postępowanie sprzeczne z uznanymi zarzutami.

Przechodząc do zarzutów odwołania w zakresie w jakim odnoszą się one do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2274/23 w całości, Izba wskazuje, że analiza żądań odwołania prowadzi do przeciwnego wniosku. Żądania odwołania z 1 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2274/23 były bowiem następujące: nakazanie unieważnienia czynności z dnia 27 lipca 2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania, nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w tym również ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, nakazanie wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Jak wynika z kolei z czynności z 18 sierpnia 2023 r., Zamawiający wskazał, że uchyla czynność unieważnienia postępowania o zamówienie oraz że po dokonaniu powtórzenia badania i oceny ofert Zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej albo ponownego unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego nie sposób twierdzić, że żądanie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2274/23 nie zostało wypełnione, ponieważ Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania oraz powtórzył badanie i ocenę ofert, co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego. Odwołujący jedynie kwestionuje, że w wyniku powtórzenia tych czynności, Zamawiający finalnie nie wybrał jego oferty jako najkorzystniejszej lecz unieważnił postępowanie po raz drugi. Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i art. 522 ust. 1 ustawy Pzp podlegają oddaleniu.

Przechodząc natomiast do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zarzut okazał się zasadny, co skutkowało jego uwzględnieniem i nakazaniem unieważnienia czynności z 29 sierpnia 2023 r. dotyczącej unieważnienia postępowania.

W pierwszej kolejności Izba przypomina, że ocenie podlega czynność zamawiającego wraz z podanym uzasadnieniem faktycznym i prawnym w granicy wyznaczonej zarzutem odwołania. Oznacza to, że ocenie tej nie podlegają okoliczności faktyczne przywołane na późniejszym etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, które wykraczają poza podaną podstawę prawną i faktyczną ocenianej czynności, a także poza granice określone zarzutem.

W myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika zatem, że zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: po pierwsze, postępowanie musi być obciążone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, po drugie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), po trzecie, stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Następnie nie można pominąć, że art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim badaniu podlega wypełnienie przesłanki, zgodnie z którą wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter zamknięty i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy Pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp (*vide* wyrok KIO z dnia 17 marca 2023 r., sygn. akt KIO 483/22).

Następnie zauważyć należy, że w treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania z 29 sierpnia 2023

r., Zamawiający powiązał zastosowaną przesłankę unieważnienia postępowania z podstawą unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający jednak zdaje się nie dostrzegać, że przesłanka unieważnienia umowy o zamówienie publiczne określona art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczy naruszenia przez zamawiającego obowiązków publikacyjnych i do tej okoliczności odnosi się pierwsza część przepisu „zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia” (vide przywołany wyżej wyrok KIO z dnia 17 marca 2023 r., sygn. akt KIO 483/22). Tym samym nie jest prawidłowe utożsamianie tej części przepisu z każdym naruszeniem przepisów ustawy Pzp mającym miejsce podczas procedury udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał wobec tego, że kumulatywnie zostały w okolicznościach tej sprawy spełnione przesłanki, o których mowa w przepisie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do polemiki jaka wywiązała się między Odwołującym a Zamawiającym a dotyczącej znaczenia dla czynności badania i oceny oferty treści pytań 4 i 5 oraz udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na te pytania Izba wskazuje, że kwestia ta nie była poruszona w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania z 29 sierpnia 2023 r. W treści uzasadnienia tej czynności Zamawiający w ogóle nie zawarł swojego stanowiska w zakresie oceny oferty Odwołującego, stąd zdaniem Izby stanowiska te nie mają znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego podjętej 29 sierpnia 2023 r.

Zgodzić się natomiast należy z Odwołującym, który podniósł, że uzasadnienie czynności z 29 sierpnia 2023 r. jest niepełne. Natomiast stanowisko podane w odpowiedzi na odwołanie, dodatkowo pokazuje również, że uzasadnienie czynności z 29 sierpnia 2023 r. jest lakoniczne i nie zawiera wszystkich okoliczności, w których Zamawiający upatruje spełnienie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, w uzasadnieniu z 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający nie wykazał, że doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co skutkowało uwzględnienie odwołania w tym zakresie i nakazanie unieważnienia czynności z 29 sierpnia 2023 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 i §5 pkt 1) i 2) lit b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba uznała, że Odwołujący wygrał spór w połowie, stąd też zasądziła na jego rzecz połowę sumy poniesionych przez niego kosztów z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Przewodnicząca: .....