

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Protokolant: Patrik Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Służbę Ochrony Państwa z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Transactor Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania w części III zamówienia oraz dokonanie badania i oceny złożonych ofert w tej części.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Służba Ochrony Państwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” oraz „SOP”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę analizatorów płynów, wykrywaczy materiałów wybuchowych oraz ręcznego skanera RTG (Nr referencyjny: 16/2023/ZP, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 16 maja 2023 r. pod numerem: 2023/S 094-291306.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

10 lipca 2023 r. wykonawca Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „Back 2 Function”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania w części III zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia, z jakiego powodu Zamawiający uznał, że wada, którą jego zdaniem obarczone jest Postępowanie (niedoprecyzowanie w części III kryterium P2 pojęcia „waga urządzenia z baterią”) uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jako obarczonego (rzekomo) niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone wadami, a zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem;
- 3) art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania, jako obarczonego (rzekomo) niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy unieważnienie postępowania w tych okolicznościach godzi w zasadę proporcjonalności, przez którą przysądza się oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą i z tą zasadą proporcjonalności jest niezgodne.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego Postępowania w części III zamówienia,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny złożonych ofert w części III zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Back 2 Function wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odwołaniu unieważnienia Postępowania w części III zamówienia, gdyż narusza ona przepisy ustawy Pzp. W pierwszej kolejności w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia, z jakiego powodu Zamawiający uznał, że wada, którą jego zdaniem obarczone jest Postępowanie (niedoprecyzowanie w części III kryterium P2 pojęcia „waga urządzenia z baterią”) uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Back 2 Function podkreślił, że przepis art. 260 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zgodnie natomiast 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. Odwołujący podniósł, że powyższe wskazuje, iż unieważnienie postępowania następuje, jeżeli wystąpią

łącznie podane w nim przesłanki, tj.: - postępowanie obarczone jest wadą, - wada ta jest niemożliwa do usunięcia, - wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego dla zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające wskazanie na ewentualne nieścisłości w dokumentacji postępowania, lecz konieczne jest wykazanie, że stanowią one niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie te elementy winny zostać wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie podane w tej informacji stanowi bowiem podstawę dla oceny zasadności dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu Postępowania.

Back 2 Function wskazał, że w okolicznościach faktycznych tej sprawy SOP w informacji o unieważnieniu postępowania nie przedstawił *de facto* żadnego uzasadnienia dla podjętej czynności unieważnienia postępowania. W szczególności nie wykazał, dlaczego przedstawione przez niego okoliczności wskazują na to, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, jak również nie wykazał, że podjęta przez niego czynność unieważnienia postępowania w miejsce przystąpienia do czynności pełnego badania i oceny ofert, jest uzasadniona. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał, jakie zostały jego zdaniem naruszone przepisy ustawy Pzp i dlaczego takie naruszenie powinno być zakwalifikowane jako podstawa do unieważnienia zawartej umowy. Zdaniem Odwołującego samo wskazanie na przepis art. 225 pkt 6 ustawy Pzp bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności. Już zatem z tego względu odwołanie podlegać winno uwzględnieniu.

Ponadto Back 2 Function podniósł, że przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp 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. Odwołujący podkreślił, że tylko przesłanki unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, mogą zatem stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający jednak w żadnym miejscu decyzji o unieważnieniu postępowania nie wspomniał nawet o art. 457 ust. 1 ustawy Pzp i nie wyjaśnił jaka – w jego ocenie – występuje przesłanka unieważnienia umowy w przedmiotowym Postępowaniu. Zdaniem Back 2 Function już sam ten fakt powinien przesądzać o wadliwości czynności podjętej przez SOP. Skoro Zamawiający nie wskazał na żadną z przesłanek unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, to nie może być mowy o skutecznym i prawidłowym unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, czy też o spełnieniu wymogów, o których mowa w art. 260 ust. 1 ustawy Pzp (uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności unieważnienia postępowania). Odwołujący, czyniąc to jedynie z ostrożności, wyjaśnił, że żadna z sytuacji przewidzianych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp nie ma miejsca w niniejszym Postępowaniu.

Podsumowując powyższe rozważania i przenosząc je na grunt niniejszej sprawy – w ocenie Odwołującego – należy uznać, że aby nieścisłości w opisie kryterium oceny ofert (w tym przypadku w zakresie kryterium P2 waga urządzenia z baterią) mogły stanowić podstawę unieważnienia postępowania na zasadzie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, SOP musiałby wykazać, że brak ten stanowi naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp (brak wskazania przez Zamawiającego na takie naruszenie), a naruszenie to pociąga za sobą możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Back 2 Function podkreślił, że tymczasem SOP niczego takiego nie wykazał i nie jest w stanie wykazać, gdyż ustawa Pzp nie przewiduje przesłanki unieważnienia umowy opartej na naruszeniu przepisów ustawy Pzp dotyczących nieścisłości i niejednoznaczności dokumentacji postępowania. Odwołujący podniósł, że orzecznictwo już dawno wypracowało metodę postępowania w tego typu przypadkach tzn. należy je rozpatrywać na korzyść wykonawców. Tym samym unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6 ustawy Pzp było i jest pozbawione jakichkolwiek podstaw i zostało dokonane z naruszeniem powyższego przepisu. Reasumując, Zamawiający, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar wykazania/uzasadnienia podstawy faktycznej i prawnej swojej decyzji, nie wykazał, że Postępowanie w części III, z uwagi na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) (której dokumenty zamówienia powinny być czytane i interpretowane w całości), obarczone jest wadą, która powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem Postępowania w części III.

Odnosząc się z kolei do zarzutu nr 2 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp Back 2 Function podniósł, że w tym zakresie, aktualne pozostaje uzasadnienie wskazane powyżej, a dotyczące braku przesłanek wymienionych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp i braku ich powołania przez Zamawiającego. Uzupełniając Odwołujący zaznaczył, że w uzasadnieniu swojej decyzji SOP wskazał, iż w części III kryterium P2 ilość punktów przyznana danej ofercie w kryterium oceny ofert „waga urządzenia z baterią” było niedoprecyzowane tj. brakowało wyjaśnienia Zamawiającego w SWZ, jaka waga urządzenia powinna zostać podana dla porównania złożonych ofert czy chodzi o wagę panelu obrazującego z baterią, czy o wagę generatora i panelu obrazującego z baterią bądź wagę całego zestawu, o którym mowa w poz. 11.5 OPZ (załącznik nr 1c do SWZ), co zdaniem SOP spowodowało niejednoznaczność tego kryterium dla wykonawców, gdyż każdy z nich odczytał to kryterium w różny sposób i w związku z tym podał różne wartości. W ocenie Odwołującego, przedmiotowa niejednoznaczność w tym przypadku jednak nie wystąpiła, ponieważ dokumenty zamówienia powinny być czytane i interpretowane w całości, a skoro tak to z dokumentów tych można było bez wątpienia wywnioskować, że ilość punktów, jaka zostanie przyznana danej ofercie w kryterium „waga urządzenia z baterią” dotyczyć będzie wagi panelu obrazującego z baterią i żadna inna interpretacja tego kryterium (obiektywnie i zgodnie z regułami logicznego rozumowania) nie ma racji bytu. Back 2 Function podkreślił, że świadczą o tym następujące okoliczności:

- W treści SWZ wyraźnie wskazano sposób oceny ofert w zakresie kryterium dotyczącego wagi urządzenia z baterią”
„SPOSÓB OCENY MINIMALIZACJA
P2 – ilość punktów przyznana danej ofercie za wagę urządzenia z baterią wg zasady:
do 3,50 kg – 10 pkt.,
od 3,51 kg do 4,00 kg – 5 pkt.,
powyżej 4,00 kg – 0 pkt.
waga „0,10” – 10% – maksymalna ilość punktów do uzyskania – 10”
- Jednocześnie w załączniku nr 1c do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) wyszczególniono wymagane parametry techniczne i funkcjonalne przenośnego skanera RTG, wskazując przykładowo:
- w pkt 2.2 wymagania techniczne i funkcjonalne systemu – Panel obrazujący grubość całkowita – maks. 25 mm, waga z zainstalowaną baterią do 4,5 kg.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wyżej wymieniony załącznik (OPZ) nie podawał żadnej wartości wagowej dla całego zestawu (tablet, generator, moduł komunikacyjny, anteny, przewód min. 10 m) opisanego w pkt 11.5 OPZ, wskazując jedynie, że waga generatora nie może przekroczyć 6 kg, a waga panelu obrazującego z zainstalowaną baterią nie może przekroczyć 4,5 kg. Jednocześnie faktem powszechnie znanym i dla Zamawiającego i dla wykonawców uczestniczących w Postępowaniu jest to, że nie istnieje na rynku (i z przyczyn technicznych istnieć nie może) przenośny skaner RTG, spełniający wymagania zawarte w OPZ, którego waga (całego zestawu) mogłaby być na tyle niska (do 3,5 kg lub do 4,00 kg), by mogła być punktowana w ramach przedmiotowego kryterium. Back 2 Function podniósł, że już sam panel obrazujący z generatorem waży (w zależności od zestawu) 8-10 kg, tym samym sam opis przedmiotowego kryterium oceny ofert i fakt, że za wagę urządzenia z baterią do 3,5 kg można było otrzymać 10 pkt, a za wagę do 4 kg można było otrzymać 5 pkt świadczy o tym, że musiało chodzić o wagę panelu obrazującego (którego maksymalna waga nie mogła – pod rygorem odrzucenia oferty – przekroczyć 4,5 kg). Zdaniem Odwołującego tożsame uwagi odnieść można do generatora, który w urządzeniach dostępnych na rynku i spełniających wymagania określone w SWZ waży zawsze ponad 5 kg, a z przyczyn technicznych nie istnieje generator RTG, którego waga mogłaby być na tyle niska (do 3,5 kg lub do 4,00 kg), by mogła być punktowana w ramach przedmiotowego kryterium. Back 2 Function podkreślił, że już tylko z powyższego względu (pomimo literalnego zapisu w SWZ rzeczzonego kryterium) oczywiste było dla wszystkich, że punktowana waga urządzenia z baterią odnosi się do wagi panelu obrazującego, gdyż tylko ten element całego zestawu (stanowiący jednocześnie główny i najważniejszy element rzeczzonego skanera RTG) mógł posiadać punktowaną wagę do 4 kg. Trudno więc obiektywnie uznać za uzasadnione stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że ilość punktów przyznawana danej ofercie w kryterium oceny ofert „waga urządzenia z baterią” mogłaby być odczytywana inaczej niż jako waga panelu obrazującego z baterią, gdyż z przyczyn technicznych, dotyczących charakterystyki wagowej przedmiotu zamówienia, innej opcji być nie może. Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że okoliczność, iż omawiane kryterium oceny ofert dotyczyło wagi panelu obrazującego z baterią, była doskonale znana pozostałym wykonawcom, w tym Transactor Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Transactor Security”), a podana przez tego wykonawcę w ofercie waga 24 kg była celowym zabiegiem, ukierunkowanym na sparaliżowanie Postępowania w części III i jego unieważnienie (a w ten sposób poznanie oferty cenowej Odwołującego, by w efekcie doprowadzić do unieważnienia Postępowania i przy znajomości ceny oferty Back 2 Function, zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez tego Zamawiającego). W ocenie Odwołującego świadczą o tym dobitnie okoliczności związane z uprzednio prowadzonym przez tego samego Zamawiającego postępowaniem, na tożsamy (identyczny) przedmiot zamówienia, przy tożsamym (finalnie) brzmieniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia i przy udziale obu wyżej wymienionych stron. Precyzując, Back 2 Function wskazał, że w sierpniu ubiegłego roku, SOP ogłosił postępowanie na dostawę analizatorów płynów, analizatora gazów, ręcznego skanera RTG (znak: 35/2022/ZP). Specyfikacja Warunków Zamówienia we wspomnianym postępowaniu (ostatecznie) była prawie identyczna, jak SWZ w aktualnie prowadzonym Postępowaniu, w tym niemalże identyczne były warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert, a przede wszystkim sam Opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że pierwotnie w postępowaniu 35/2022/ZP, Zamawiający zamierzał punktować (w ramach kryterium oceny ofert) jedynie cenę oraz okres gwarancji. Jednocześnie zgodnie z pierwotnie opublikowanym Opiskiem przedmiotu zamówienia w tamtym postępowaniu (Załącznik nr 1c do Specyfikacji Warunków Zamówienia, pkt 2.2), urządzenie RTG będące przedmiotem dostawy (panel obrazujący) musiało mieć grubość całkowitą maks. 25 mm, a waga z zainstalowaną baterią nie mogła przekroczyć 3,3 kg. Back 2 Function zaznaczył, że w odpowiedzi na takie brzmienie Specyfikacji Warunków Zamówienia Transactor Security pismem z dnia 19 sierpnia 2022 r. podniósł szereg zarzutów do treści specyfikacji, wnioskując o jego zmianę. W wyżej wymienionym piśmie wykonawca wskazał m.in., że „głównym elementem przenośnego urządzenia rentgenowskiego jest panel obrazowania, który odpowiada za jakość zdjęć oraz determinuje niezawodność działania całego systemu (vide: str. 2 pisma)”, a SOP stawiając wymóg wagi tego panelu z baterią do 3,3 kg eliminuje z postępowania innych wykonawców, których waga panelu przekracza 3,3 kg, ale nie przekracza 4,5 kg (str. 5 pisma). Odwołujący zauważył, że w efekcie powyższego, Zamawiający zmienił przedmiotowe wymaganie i dopuścił panel obrazujący z następującymi parametrami: Grubość całkowita maks. 25 mm, waga z zainstalowaną baterią do 4,5 kg. Jednocześnie, w odpowiedzi na zarzut dotyczący zastosowania wyłącznie dwóch kryteriów oceny ofert (cena oraz okres gwarancji), SOP zmienił Specyfikację Warunków Zamówienia w ten sposób, że wprowadził dla części III, następujące kryteria oceny ofert: (55% - cena, 10% - waga z baterią, 10% - możliwość zainstalowania oprogramowania na urządzeniach z systemem operacyjnym android, 10% - rozmiar ekranu, 10% - jasność 5% - gwarancja), tj. kryteria tożsame, jak w aktualnie prowadzonym Postępowaniu. Przy czym dla kryterium waga z baterią dla części III zamówienia, SOP analogicznie wskazał, że kryterium P2 waga z baterią, będzie następująco oceniana: do 3,50 kg - 10 pkt., od 3,51 kg do 4,00 kg - 5 pkt., powyżej 4,00 kg - 0 pkt. Odwołujący podkreślił, że co istotne, opis wyżej wymienionego kryterium (jego literalne brzmienie) i zakres punktów nie odnosił się wprost i bezpośrednio do „panelu obrazującego” (w tym sensie, że nie używał wprost tego sformułowania), a mimo to, dla wszystkich wykonawców oczywiste było, że kryterium to dotyczy wagi panelu obrazującego, a punkty otrzyma ten z wykonawców, który zaoferuje panel obrazujący o możliwie najlżejszej konstrukcji. Było to wiadome również dla firmy Transactor Security. Z treści pism kierowanych przez Transactor Security jednoznacznie bowiem wynikało, że w tym kryterium bezsprzecznie chodzi o wagę panelu obrazującego, mimo „nieprecyzyjnego” sformułowania w Specyfikacji Warunków Zamówienia, jako „waga z baterią”. Back 2 Function podniósł, że było to tak oczywiste dla wszystkich uczestników postępowania (wykonawców i Zamawiającego), że kwestia ta nie wymagała dodatkowego doprecyzowania i – co istotne nie stanowiła wady tamtego postępowania. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że w postępowaniu nr 35/2022/ZP (na identycznym formularzu ofertowym oraz na identycznym co do treści załączniku nr 1c do Specyfikacji Warunków Zamówienia) swoje oferty (tak jak w niniejszym Postępowaniu) złożyły dwie firmy: Odwołujący i Transactor Security, oferując w ramach kryterium: „waga z baterią” odpowiednio: Odwołujący – 2,8 kg i Transactor Security – 3,9 kg. Przedmiotowa waga panelu wynikała przy tym nie tylko z treści formularza ofertowego, ale również z załącznika nr 1c (załączonego do oferty i stanowiącego jej integralną część) oraz z karty katalogowej zestawu (skanera ręcznego RTG). Zdaniem Back 2 Function zestawienie powyższych okoliczności faktycznych związanych z postępowaniem nr 35/2022/ZP oraz porównanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (w tym zastosowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert) w postępowaniu nr 35/2022/ZP oraz w aktualnie unieważnionym Postępowaniu (przy tożsamości zapisów formularza ofertowego, Opisu przedmiotu zamówienia, Wymagań w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, a przede wszystkim identyczności zastosowanych kryteriów oceny ofert) nie pozwala na przyjęcie – tak jak to zrobił SOP – że kryterium oceny ofert „waga urządzenia z baterią” było niedoprecyzowane tj. brakowało wyjaśnienia ze strony Zamawiającego w SWZ, jaka waga urządzenia powinna zostać podana dla porównania złożonych ofert w przedmiotowym Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że powyższego nie

zmienia to, że w formularzach ofertowych złożonych w Postępowaniu zostały podane przez wykonawców różne wartości. Zachowanie wykonawcy Transactor Security, polegające na wpisaniu w formularzu ofertowym wagi urządzenia z baterią: 24 kg (przy jednoczesnym podaniu w załączniku nr 1c do SWZ wagi panelu z baterią: 3,9 kg i potwierdzeniu tej okoliczności w karcie katalogowej) – w ocenie Odwołującego – nie wynikało z wadliwego przygotowania SWZ czy też z błędnego odczytania wyżej wymienionego kryterium, a z celowego działania tej firmy, zmierzającego do sparaliżowania i unieważnienia przedmiotowego Postępowania. Back 2 Function podniósł, że istotne pozostaje również to, iż – jak zaznaczył w decyzji sam Zamawiający – oczekiwał on wskazania przez wykonawców w formularzu ofertowym wagi panelu obrazującego, dla którego wskazano zakres wartości. Zdaniem Odwołującego jeśli więc w opisie kryterium określono zakres wartości właśnie dla panelu obrazującego (a nie dla jakiegokolwiek innego elementu przedmiotu zamówienia, który wskazywanych tam wartości wagowych nigdy nie mógłby spełnić), co jest czytelne i co nie powinno wzbudzać dodatkowych wątpliwości to trudno uznać, że rzeczywiście kryterium to zostało niejednoznacznie określone i uniemożliwia porównanie złożonych ofert, a tym samym stanowi wadę uzasadniającą unieważnienie Postępowania. Naddto Odwołujący podniósł, że dokumenty zamówienia powinny być czytane i interpretowane w całości. Nie każda bowiem niespójność poszczególnych uregulowań zawartych w tych dokumentach stanowi wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Back 2 Function, powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 13 lipca 2018 r. o sygn. akt III Ca 731/18, podkreślił, że specyfikacja warunków zamówienia stanowi oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.”). Wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi. Wobec powyższego – w ocenie Odwołującego – nie powinna budzić zatem wątpliwości możliwość objęcia metodami interpretacyjnymi np. kryteriów oceny ofert i skorelowanych z nimi pozostałych dokumentów przetargowych (w tym przypadku Opisu przedmiotu zamówienia – załącznika nr 1c do SWZ) w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzonej na potrzeby realizacji zamówienia przez zamawiających. W ocenie Odwołującego, biorąc po uwagę całokształt podniesionych powyżej okoliczności, oraz treść wszystkich dokumentów przetargowych, kryteria oceny ofert zawarte w SWZ nie są na tyle „niedoprecyzowane”, by uzasadniały unieważnienie Postępowania, czy też by powodowały, że dalsze procedowanie (dokonanie badania, oceny i wyrobu oferty najkorzystniejszej, a następnie zawarcie umowy z Odwołującym) obarczone miało być wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Back 2 Function podniósł, że oświadczenia woli złożone przez SOP, we wszystkich dokumentach przetargowych (formularzu ofertowym, SWZ, załączniku nr 1c do SWZ) są na tyle jasne w swej treści znaczeniowej, że wykonawca bez problemu winien interpretować je w taki sposób, jak zaprezentowano powyżej, w szczególności, że uwarunkowania techniczne nie pozostawiają w tym zakresie żadnej możliwości do odmiennego podejścia.

Dodatkowo, Odwołujący podkreślił, że każdy wykonawca, jako profesjonalista, powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego, w którym uczestniczy i zweryfikować w sposób należyty, wszelkie dokumenty i informacje zgodnie z postanowieniami SWZ oraz z uwzględnieniem okoliczności faktycznych towarzyszących temu konkretnemu postępowaniu i wykonywanej przez siebie działalności. Back 2 Function wskazał, że wykonawca Transactor Security, gdyby rzeczywiście miał wątpliwości, co do stosowanego kryterium, mógł przecież w ramach pytań do SWZ dążyć do ich wyjaśnienia, w trybie, o którym mowa w art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, czego bezspornie nie uczynił.

Ponadto Odwołujący podniósł, że fakt złożenia przez wszystkich wykonawców dokumentów technicznych (kart katalogowych) oraz Załącznika nr 1c do SWZ (Opisu przedmiotu zamówienia) potwierdzających wagę panelu obrazującego z baterią, wskazuje, że tylko to kryterium mogło podlegać badaniu i ocenie, a zatem, że nie ma racji obecnie Zamawiający powołując się na brak możliwości porównania ofert oraz ich weryfikacji. Dlatego – zdaniem Back 2 Function – jeśli celem SOP było badanie w ramach kryterium oceny wagi panelu obrazującego z baterią, to miał on wszelkie informacje, aby ocenić ofertę zarówno Odwołującego, jak również ofertę Transactor Security. Każda z tych ofert, w co najmniej dwóch różnych miejscach/dwóch różnych dokumentach zawierała bowiem informację o wadze panelu obrazującego. Unieważnienie Postępowania w tym przypadku nie było zatem konieczne.

Z ostrożności Odwołujący wskazał również, że w ramach wskazanego wyżej kryterium można było uzyskać maksymalnie 10 pkt. Tymczasem przewaga Odwołującego nad wykonawcą Transactor Security wynikająca z zaoferowanej ceny i pozostałych parametrów występuje za każdym razem (zarówno wtedy, gdyby przyznać Back 2 Function 10 pkt, a Transactor Security 5 pkt w ramach tego „wagowego” kryterium, jak również wówczas, gdyby żadnych punktów, żadnemu z wykonawców w tym kryterium nie przyznawać). Przedmiotowe kryterium nie ma zatem żadnego znaczenia dla końcowej klasyfikacji ofert. Nawet ewentualne przyznanie 0 pkt Odwołującemu w ramach kryterium nie miałoby żadnego wpływu na końcową klasyfikację ofert. W tej sytuacji – w ocenie Back 2 Function – unieważnienie Postępowania godzi także w zasadę proporcjonalności.

Podsumowując Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane, aby wystąpiła wada postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym unieważnienie Postępowania przez SOP należy uznać za nieuzasadnione. Back 2 Function podkreślił, że w miejsce przeprowadzenia pełnej czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, które to czynności co do zasady prowadzą do wyboru najkorzystniejszej oferty, została podjęta czynność unieważnienia postępowania, przy czym nastąpiło to bez wykazania istnienia ku temu przesłanek i bez ich istnienia. Powyższe ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający w żadnym miejscu decyzji o unieważnieniu Postępowania nie tylko nie wspominał o art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, nie wyjaśnił jaka przesłanka unieważnienia umowy miałyby mieć miejsce, ale również nie wskazał związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania, a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

21 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której 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 oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art.

505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Transactor Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia w części III zamówienia jest dostawa ręcznego skanera RTG – 1 szt., spełniającego wymagania określone w załączniku nr 1c do SWZ (Rozdział IV ust. 1 SWZ).

W pkt 2.2. Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) dla dostawy przenośnego skanera RTG stanowiącego załącznik nr 1c do SWZ, Zamawiający określił wymagania techniczne i funkcjonalne dla panelu obrazującego tj. „grubość całkowita – maks. 25 mm, waga z zainstalowaną baterią do 4,5 kg”. Z kolei w pkt 11.5. SOP wskazał wymagania w zakresie ukończenia tj. „Walizka transportowa/plecak, pozwalająca na umieszczenie w niej wszystkich podstawowych elementów składowych urządzenia (tablet, generator, moduł komunikacyjny, anteny, przewód minimum 10 m) oraz zapewniające bezpieczny transport i ochronę przed niekorzystnymi czynnikami atmosferycznymi i środowiskowymi. Pozostałe elementy systemu muszą być zapakowane w walizki transportowe w sposób zabezpieczający je przed uszkodzeniem w trakcie transportu i przechowywania”. W zakresie wymaganych parametrów technicznych i funkcjonalnych odnoszących się do generatora Zamawiający przewidział wagę do 6 kg (pkt 1.7. OPZ).

Wykonawcy w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ mieli podać w części III zamówienia „wagę urządzenia z baterią* - kg”. Powyższe sformułowanie zostało opatrzone gwiazdką, która odsyłała do „kryterium oceny”.

Zgodnie z Rozdziałem XX SWZ pn. „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, w celu oceny złożonych ofert w części III zamówienia, w kryterium P2 – ilość punktów za wagę urządzenia z baterią, SOP będzie przyznawał punkty według następującej zasady:

„do 3,50 kg – 10 pkt.,

od 3,51 kg do 4,00 kg – 5 pkt.,

powyżej 4,00 kg – 0 pkt.

Waga „0,10” – 10 % - maksymalna ilość punktów do uzyskania – 10”.

Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone w Zestawieniu parametrów techniczno-użytkowych dla części III zamówienia, wymagał złożenia wraz z ofertą karty katalogowej potwierdzającej parametry oferowanego urządzenia (Rozdział VI ust. 1 SWZ).

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 19 czerwca 2023 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu w ramach części III zamówienia złożone zostały 2 oferty:

1) oferta Transactor Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w której zaoferowano:

- wartość oferty brutto: 375 027,00 zł;
- waga urządzenia z baterią: 24 kg;
- możliwość zainstalowania oprogramowania na urządzeniach z systemem operacyjnym android: TAK;
- rozmiar ekranu: 12,5”;
- jasność ekranu: 1200 nitów;
- okres gwarancji: 34 miesiące;

2) oferta Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w której zaoferowano:

- wartość oferty brutto: 398 520,00 zł;
- waga urządzenia z baterią: 2.8 kg;
- możliwość zainstalowania oprogramowania na urządzeniach z systemem operacyjnym android: TAK;
- rozmiar ekranu: 17”;
- jasność ekranu: 1500 nitów;
- okres gwarancji: 34 miesiące.

Wykonawca Transactor Security sp. z o.o. w formularzu ofertowym zaoferował ręczny skaner RTG – Vidisco Ltd., Guardian 17, 2023. Ponadto w zakresie postawionych przez SOP kryteriów oceny ofert Przystępujący wskazał:

„- Waga urządzenia z baterią* - 24 kg (zgodnie z punktem 11.5 opisu przedmiotu zamówienia waga podstawowych elementów składowych urządzenia (tablet, generator wraz z baterią, moduł komunikacyjny, anteny, przewód, panel obrazujący wraz z baterią) wraz z walizką transportową.

- Możliwość zainstalowania oprogramowania na urządzeniach z systemem operacyjnym android* – JEST TAK /NIE MA.....

- Rozmiar ekranu* - 12,5”

- Jasność* - 1200 nitów

Na oferowane urządzenia udzielimy gwarancji* na okres: (min. 24 miesiące) 34 miesiące(y)

*kryterium oceny”.

Transactor Security sp. z o.o. dołączył do oferty „Kartę katalogową Vidisco ręczny skaner RTG” (załącznik nr 8) oraz „Zestawienie parametrów techniczno-użytkowych dla ręcznego skanera RTG” (załącznik nr 9).

Z przedłożonej karty katalogowej zaoferowanego produktu wynika, że generator rentgenowski waży 5,4 kg. Natomiast odnośnie panelu obrazującego wskazano następujące wartości: „waga (panel obrazujący z baterią): 3,9 kg” oraz „waga (panel obrazujący + bateria, dołączany uchwyt transportowy): 4,2 kg. W przedmiotowej karcie katalogowej brak jest określenia innych wartości wagowych, w tym wagi całego kompletu.

W pkt 2.2. dołączonego do oferty załącznika nr 1c do SWZ Przystępujący wpisał: „3,9 kg (panel obrazujący + bateria) 4,2 kg (panel obrazujący + bateria, dołączany uchwyt transportowy).

Wykonawca Back 2 Function sp. z o.o. w formularzu ofertowym zaoferował ręczny skaner RTG – Novo DR Ltd., System Novo Rover II, 2023 rok. Ponadto w zakresie postawionych przez SOP kryteriów oceny ofert Odwołujący wskazał:

„- Waga urządzenia z baterią* - 2.8 kg (panel obrazujący)

- Możliwość zainstalowania oprogramowania na urządzeniach z systemem operacyjnym android* – JEST NIE MA.....

- Rozmiar ekranu* - 17 cali

- Jasność* - 1500 NIT

Na oferowane urządzenia udzielimy gwarancji* na okres: (min. 24 miesiące) 34 miesiące

*kryterium oceny”.

Transactor Security sp. z o.o. dołączył do oferty kartę katalogową dla zaoferowanego produktu oraz wypełniony załącznik nr 1c do SWZ.

Z przedłożonej karty katalogowej wynika, że generator rentgenowski waży 5,6 kg z baterią. Natomiast odnośnie panelu obrazującego wskazano, iż jego masa wraz z baterią wynosi 2,8 kg.

W pkt 2.2. dołączonego do oferty załącznika nr 1c do SWZ Przystępujący wpisał: „waga 2,8 kg”.

Pismem z dnia 28 czerwca 2023 r., Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w części III zamówienia o unieważnieniu Postępowania w tej części, podając następujące uzasadnienie:

„Zamawiający informuje, że na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej Ustawą, unieważnia przedmiotowe postępowanie w części III zamówienia.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE

W części III kryterium P2 – ilość punktów przyznana danej ofercie w kryterium oceny ofert „waga urządzenia z baterią” było niedoprecyzowane tj. brakowało wyjaśnienia Zamawiającego w SWZ jaka waga urządzenia powinna zostać podana dla porównania złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu na część III zamówienia w formularzu ofertowym tj. czy chodzi o wagę panelu obrazującego z baterią, czy o wagę generatora i panelu obrazującego z baterią bądź wagę całego zestawu, o którym mowa w poz. 11.5 OPZ - załącznik nr 1c do SWZ. Spowodowało to niejednoznaczność tego kryterium dla wszystkich wykonawców. Dlatego też każdy z wykonawców odczytał kryterium P2 w różny sposób, dlatego też zostały podane przez nich różne wartości. Zamawiający oczekiwał wskazania przez wykonawców w formularzu ofertowym wagi panelu obrazującego, dla którego wskazano zakres wartości. Jednocześnie z postawionych wymagań w postępowaniu, powyższe nie wynika jednoznacznie. Zamawiający na podstawie art. 255 pkt. 6 Ustawy, unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia w części III, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawy, postępowanie ww. części zostało unieważnione”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:(...); 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (...)”.

Stosownie do brzmienia art. 260 ust. 1 ustawy Pzp „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Art. 457 ustawy Pzp stanowi:

„1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust. 1.

3. Unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. zm.15).

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, kognicja Izby ogranicza się do zbadania zasadności tej decyzji w kontekście podanych w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia. Należy zauważyć, że szczegółowo odniósł się do tej kwestii Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 sierpnia 2022 r. XXIII Zs 27/22 wskazując, co następuje: „(...) Zgodnie bowiem z art. 260 Pzp w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania. Obowiązek ten realizowany jest przez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Zatem nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego

unieważnienia. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości (...). Odnosząc się natomiast konkretnie do przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zasadnym jest podkreślenie, że samo wskazanie na przywołany przepis bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 637/23). Jak bowiem wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Konieczne jest zatem kumulatywne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 3 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 425/23 oraz z dnia 24 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 667/22). Zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych enumeratywnie w ust. 1 wyżej wymienionego przepisu. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 892/23 „(...) Reasumując, ponieważ art. 457 ust. 1 ustawy pzp zawiera zamknięty katalog pięciu kategorii okoliczności związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku których zająca umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu – unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziłoby do zaistnienia jednej z tych pięciu stypizowanych w art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy pzp sytuacji (co w przypadku odpowiednio pkt 1 oraz pkt 4 lub 5 dodatkowo wymaga zbadania, czy nie zachodzą okoliczności sanujące, o których mowa w art. 457 ust. 2 ustawy pzp, odpowiednio w pkt 1 lub 2) (...)” (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 3 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 425/23 oraz z dnia 12 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 881/22). Powyższe wskazuje, że dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zaistniałą wadą postępowania a niemożnością zawarcia ważnej umowy. W związku z tym, 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 ustawy Pzp. Zasadnym jest również podkreślenie, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, w konsekwencji czego nie zostaje osiągnięty cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia. W wyroku z dnia 3 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 425/23 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że podstawą do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Naddto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania w części III zamówienia musi być dokonana wyłącznie w oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w piśmie z dnia 28 czerwca 2023 r. To w tym piśmie SOP wskazał podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności. Podejmując decyzję o unieważnieniu Postępowania w zakresie części III Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty do czego też obowiązuje Zamawiającego treść art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o unieważnieniu postępowania czy też jego części. Dlatego też nie może być akceptowane dążenie przez Zamawiającego do uzupełniania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia Postępowania na etapie postępowania odwoławczego, na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy. Wszelkie nowe kwestie, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści przekazanego przez SOP pisemnego zawiadomienia z dnia 28 czerwca 2023 r. należało zatem uznać za spóźnione i nie mogły zostać wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania.

Przystępując więc do badania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania w części III zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy wskazać, co następuje.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że uzasadnienie czynności unieważnienia Postępowania z dnia 28 czerwca 2023 r. jest lakoniczne i niepełne tj. nie spełnia omówionych powyżej wymogów odnośnie wykazania kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Przede wszystkim wymaga zauważenia, że w uzasadnieniu dokonanej przez Zamawiającego czynności brak jest jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy dostrzeżoną wadą postępowania a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w części III zamówienia. Co więcej, SOP w swojej argumentacji nie podjął nawet próby wykazania, dlaczego dostrzeżona przez niego wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Jak już wskazano powyżej, należy wykazać związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą a koniecznością unieważnienia umowy. Zamawiający nie wykazał jednak, że dostrzeżone przez niego niejednoznaczności SWZ w zakresie postanowień dotyczących kryterium P2 – ilość punktów przyznana ofercie w kryterium oceny ofert „waga urządzenia z baterią” można uznać za prawnie relewantną wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego. SOP nie przedstawił takich informacji w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania w części III zamówienia. Z kolei argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie oraz prezentowana podczas rozprawy w znaczącej mierze

wykraczała poza uzasadnienie faktyczne i prawne czynności z dnia 28 czerwca 2023 r., zatem nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Jedynie na marginesie wymaga podkreślenia, że Zamawiający w toku postępowania odwoławczego wskazywał różne ewentualne przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższe jedynie potwierdza, że SOP nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że dostrzeżona wada uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą, skoro nie był nawet w stanie zdecydować, w którym konkretnie przepisie upatruje podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Już zatem ze względu na przywołane okoliczności odwołanie podlega uwzględnieniu.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się szczegółowo do wskazanej przez Zamawiającego wady postępowania polegającej na niedoprecyzowaniu kryterium P2 dotyczącego wagi urządzenia z baterią, należy ponownie podkreślić, że dla zastosowania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie jest wystarczające wskazanie na ewentualne nieścisłości w dokumentacji postępowania, lecz konieczne jest wykazanie, że stanowią one niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem SOP nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku, poprzestając wyłącznie na wskazaniu, że w SWZ brakowało wyjaśnienia jaka waga urządzenia powinna zostać podana dla porównania złożonych ofert w Postępowaniu na część III zamówienia w formularzu ofertowym tj. czy chodzi o wagę panelu obrazującego z baterią, czy o wagę generatora i panelu obrazującego z baterią bądź wagę całego zestawu, o którym mowa w poz. 11.5. OPZ (załącznik nr 1c do SWZ). Zamawiający podniósł, że spowodowało to niejednoznaczność wyżej wymienionego kryterium dla wszystkich wykonawców. Każdy z wykonawców odczytał bowiem kryterium P2 w różny sposób, dlatego też zostały podane przez nich różne wartości. Co istotne, SOP w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania w części III zamówienia jasno wskazał, że oczekiwał podania przez wykonawców w formularzu ofertowym wagi panelu obrazującego, dla którego wskazano zakres wartości. Dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że mając na względzie udział Odwołującego oraz Przystępującego w analogicznym postępowaniu w ubiegłym roku, oraz przekazane im w toku tamtego postępowania wskazówki co do rozumienia kryterium związanego z wagą urządzenia z baterią, uznał, że wykonawcy w obecnym Postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia będą w sposób tożsamy odczytywać opis przedmiotowego kryterium, tj. przyjmować, że chodzi o wagę panelu obrazującego z baterią, co było intencją Zamawiającego. SOP podkreślił przy tym, że wykonawcy nie kierowali do niego zapytań w zakresie interpretacji kryterium oceny ofert P2, wzorem roku poprzedniego, co mogło uzasadniać twierdzenie, że kwestia ta jest dostatecznie zrozumiała dla wszystkich.

Biorąc powyższe pod uwagę, tytułem ogólnej uwagi wskazania wymaga, że dokumenty zamówienia winny być czytane i interpretowane w całości. Istniejące w nich niejasności nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Nie każda niespójność poszczególnych uregulowań zawartych w tych dokumentach stanowi wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 637/23). W rozpoznawanej sprawie, przedstawione przez Zamawiającego okoliczności, trudno uznać za podstawę do uznania nieporównywalności ofert złożonych w Postępowaniu, która to nieporównywalność miałaby być skutkiem wyłącznie treści opracowanych przez SOP dokumentów zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził z tego skutki prawne, nie wykazał, że postępowanie, z uwagi na nieprecyzyjne postanowienia SWZ, obarczone jest wadą, która powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający dostrzega, że opisanie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w następujący sposób „P2 – ilość punktów przyznana danej ofercie za wagę urządzenia z baterią” (Rozdział XX SWZ) rzeczywiście nie było wzorcowe, jednak mimo to, podnoszone przez SOP niedoprecyzowanie nie mogło stanowić podstawy do unieważnienia Postępowania. Mając bowiem na uwadze okoliczności związane z poprzednim postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego na tożsamy przedmiot zamówienia (nr referencyjny: 35/2022/ZP), w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz kwestionowanego kryterium oceny ofert, a także całość dokumentacji niniejszego Postępowania, nieuzasadnione jest interpretowanie pozacenowego kryterium oceny ofert P2 w sposób zaprezentowany przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu Postępowania – odmienny niż waga panelu obrazującego z baterią.

W tym miejscu zauważenia wymaga, że Formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ został skonstruowany w ten sposób, że w części III pod tabelą tiret 1 znajduje się zapis „waga urządzenia z baterią* - ... kg” opatrzone gwiazdką, która odsyła do kryterium oceny. Z kolei w Rozdziale XX SWZ został opisany sposób oceny kryterium P2 – ilość punktów przyznana danej ofercie za wagę urządzenia z baterią według zasady: „do 3,50 kg – 10 pkt., od 3,51 kg do 4,00 kg – 5 pkt., powyżej 4,00 kg – 0 pkt.”. Kolejno z załącznika nr 1c do SWZ (OPZ) wynika, że w dokumencie tym Zamawiający tylko w dwóch miejscach podał wagę tj.: przy panelu obrazującym – „waga z zainstalowaną baterią do 4,5 kg” (pkt 2.2. OPZ), a także przy generatorze – „waga do 6 kg” (pkt 1.7. OPZ). Dodatkowo, z karty katalogowej przedłożonej przez wykonawcę Transactor Security sp. z o.o. wraz z formularzem ofertowym wynika, że w skład zaoferowanego przez Przystępującego ręcznego skanera RTG wchodzi generator rentgenowski o wadze 5,4 kg oraz panel obrazujący o masie wraz z baterią – 3,9 kg. Natomiast w karcie katalogowej złożonej przez wykonawcę Back 2 Function wskazano wagę generatora rentgenowskiego z baterią – 5,6 kg oraz panelu obrazującego wraz z baterią – 2,8 kg. Biorąc pod uwagę przytoczone okoliczności, obiektywnie i przy zastosowaniu reguł logicznego rozumowania, zasadnym było przyjęcie, że w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert P2 – waga urządzenia z baterią chodziło o wagę panelu obrazującego z baterią. Bezsporne jest bowiem, że z przyczyn technicznych niemożliwym jest, aby waga całego zestawu, o którym mowa w pkt 11.5. OPZ oscylowała pomiędzy 3,5 kg a 4 kg i w konsekwencji mogła być punktowana w ramach kwestionowanego kryterium. Ponadto gdyby przyjąć za Zamawiającym, że zgodnie pojęciem „waga urządzenia z baterią” mogła zostać podana waga generatora i panelu obrazującego z baterią, to wówczas taka waga – jak wynika z przedłożonych przez wykonawców kart katalogowych – mieściłaby się w przedziale 8,4 kg – 9,3 kg, a zatem również byłaby wyższa niż wartości wagowe przyjęte w punktacji ustalonej przez Zamawiającego w kryterium P2. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że przedłożony przez niego dowód nr 1 – wydruk ze strony internetowej producenta Golden Engineering, Inc. wskazujący modele generatorów impulsowych i ich wagę, potwierdza, że na rynku nie istnieje generator, który miałby wagę do 3,5 kg czy nawet 4,5 kg i spełniał wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ. Back 2 Function wskazał, że z dokumentu tego wynika, iż najlżejszy generator, który spełnia postawione wymogi waży 5,4 kg a drugi z nich – 8,3 kg. Powyższe nie zostało w żaden sposób zakwestionowane przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że SOP miał pełną świadomość przytoczonych okoliczności, gdyż w protokole z posiedzenia Komisji z dnia 27 czerwca 2023 r. wskazał: „(...) w kryterium P2 przedział wagowy uwzględniał tylko panel obrazujący (maksymalnie do 4,5 kg, natomiast nie uwzględniał ani wagi generatora (maksymalnie do 6 kg) ani wagi całego kompletu, który został opisany w poz. 11.5 załącznika nr 1c do SWZ, gdzie też nie została wskazana maksymalna waga całego

zestawu (...). Odnosząc się natomiast do postępowania prowadzonego przez SOP w ubiegłym roku na identyczny przedmiot zamówienia (nr referencyjny: 35/2022/ZP) należy zauważyć, że w kontekście tożsamego sposobu przyznawania punktów w kryterium P2, konstrukcji formularza ofertowego, Opisu przedmiotu zamówienia, a także pytań do treści specyfikacji, argument Zamawiającego odnoszący się do tego, że w tamtym postępowaniu na potrzeby kwestionowanego kryterium posłużył się innym sformułowaniem tj. „waga z baterią”, Izba uznała za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Znamienne jest bowiem, że w poprzednim postępowaniu SOP w ramach wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia potwierdził, iż w kryterium oceny waga z baterią dla części III zamówienia ma na myśli wagę panelu obrazującego. Trafnie zatem przyjął SOP, że skoro w niniejszym Postępowaniu wykonawcy nie kierowali pytań do Zamawiającego, wzorem roku poprzedniego, to należało przyjąć, że kwestia ta nie budzi wątpliwości.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Izba stwierdziła, że podnoszone przez Zamawiającego niedoprecyzowanie kryterium P2 ma marginalne znaczenie, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, niebędące wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący:.....