Sygn. akt: KIO 3251/23

WYROK

z dnia 20 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 listopada 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 października 2023 roku** przez wykonawcę **INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Akademię Nauk Stosowanych w Nowym Sączu z siedzibą w Nowym Sączu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku,** w następujący sposób**:**

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Odwołującego - INNTEC.PL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** na rzecz **Zamawiającego – Akademii Nauk Stosowanych w Nowym Sączu z siedzibą w Nowym Sączu** kwotę **51 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesięciu jeden złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem opłaty skarbowej od złożonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 3251/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Akademia Nauk Stosowanych w Nowym Sączu z siedzibą w Nowym Sączu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na: „Dostawę systemów obróbki przyrostowej modeli 3D w technologii FDM oraz SLM (PBF)". Numer ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 2023/BZP 00275898/01.

Dnia 30 października 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023, poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp") odwołanie złożył w prowadzonym postępowaniu wykonawca INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego z dnia 25 października 2023 r. polegającej na unieważnieniu prowadzonego postępowania w zakresie Części 2. Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podniósł, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w postępowaniu ofertę, która przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, uplasowała się na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Zamawiający początkowo odrzucił ofertę Odwołującego, natomiast ta czynność została unieważniona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2023 r., sygn. akt: KIO 2370/23. W związku z powyższym Zamawiający po dokonaniu czynności nakazanych przez Izbę powinien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Niemniej na skutek niesłusznego unieważnienia postępowania Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania zamówienia. W przypadku uznania zasadności tego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia badania i oceny ofert,

a w konsekwencji Odwołujący będzie miał realną możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1)Art. 254 pkt 2 w zw. z art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ustawy Pzp – poprzez niesłuszne unieważnienie postępowania (Część 2), jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy w postępowaniu nie wystąpiły przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy;

2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1.Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 25.10.2023 r.
o unieważnieniu postepowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2.

2.Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że pierwotnie w dniu 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający opublikował wyniki postępowania, w tym dla części II odrzucił ofertę Odwołującego na kwotę 543.334,00 zł brutto i dokonał wyboru oferty PROSOLUTIONS MAJEWSCY SPÓŁKA JAWNA na kwotę 760.873,08 zł brutto.

W dniu 9 sierpnia Odwołujący złożył odwołanie. W wyniku jego rozpoznania Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO") wydała wyrok z dnia 24 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2370/23), na mocy którego nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a także nakazała powtórzenie czynności badania
i oceny ofert (pkt 1 sentencji wyroku). Zgodnie z wyrokiem KIO Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia ofert INNTEC.PL, o czym poinformował pismem z dnia 25 września 2023 r.

W dniu 25 października 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postepowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający podał, że uznał, iż opis przedmiotu zamówienia jest nie dość precyzyjny. Zamawiający przytoczył argumentację, z którą Odwołujący w całości się nie zgadza, zaś czynność Zamawiającego Odwołujący poczytuje jako ukierunkowaną jedynie na uniknięcie wyboru oferty INNTEC.PL, mimo iż oferowane przez Odwołującego urządzenie jest w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w warunkach zamówienia, odpowiada potrzebom i realizuje cele wynikające z założeń technicznych
i technologicznych przyjętych w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający, mimo iż opracował obszerne w treść uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące unieważnienia postępowania, to jednak w żaden sposób nie udowodnił,
że w postępowaniu faktycznie wystąpiły podstawy do unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zastosowanie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu.

Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania).

Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazanie, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Tym samym, unieważniając postępowanie, zamawiający ma obowiązek wykazania,
że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy Pzp lub określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy.

Tymczasem z treści uzasadnienia dotyczącego tego postępowania, co do przesłanek unieważnienia, można wyczytać jedynie, że:

- Podczas powtórnej weryfikacji ofert Zamawiający uznał za zasadną tezę zawartą
w wyroku KIO, że opis przedmiotu zamówienia nie jest dość precyzyjny, tj. pozbawiony jest wskazania tolerancji dopuszczalnego błędu obróbki przyrostowej oraz brak jest określenia przeznaczenia opisanego sprzętu;
- W kontekście zaistniałych niejasności, które wynikły po rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego zasadne jest doprecyzowanie SWZ w celu uściślenia zapisu traktującego
o stałości wielkości i kształtu plamki procesowej;

zapisy SWZ powinny zostać doprecyzowane i zawierać zapisy określające akceptowalne przedziały parametrów w tym zakresie, co pozwoli na pozbawione wszelkich wątpliwości porównanie ofert i wybór najkorzystniejszej z nich i użytecznej pod kątem planowanego wykorzystania przedmiotowego systemu do wytwarzania przyrostowego w technologii PBF;

brak danych dotyczących właściwości technicznych obrabiarki, wynikających z nie dość precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwia dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający uznaje, że oferowane w postepowaniu urządzenia posiadają tożsame funkcjonalności, jednak poziom precyzji oraz jakości wytwarzanego produktu już tożsamy nie jest;

zasadnym jest nawet uznać, że w przypadku prowadzonego postępowania zachodzi przesłanka do twierdzenia, iż Zamawiający oczekuje świadczenia niemożliwego do realizacji;

Mając na uwadze postanowienia SWZ, a także uzasadnione potrzeby Zamawiającego należy przyjąć, że doszło do wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, który stanowił naruszenie dyspozycji przepisu art. 16 pkt 1 i art. 99 PZP;

Wybór najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji zawarcie przez Zamawiającego umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, doprowadziłby do sytuacji w której przedmiot zamówienia nie odpowiadałby uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym Zamawiającego,

zdaniem Zamawiającego w postępowaniu taką wadę stanowi nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku Nr 3 do SWZ;

dlatego też podstaw podlegania unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na wadę, którą obarczone jest przedmiotowe postepowanie należy również doszukiwać się w przepisach Kodeksu cywilnego, które mają charakter uzupełniający w stosunku do przepisów PZP. Przesłanki unieważnienia umowy zawartej w wyniku przetargu zostały określone w art. 705 § 1 kc;

W przedmiotowym postępowaniu nie można wykluczyć także sytuacji, w której umowa zawarta w sprawie zamówienia publicznego, w efekcie wadliwości występującej w postępowaniu, podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 58 § 1 kc.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, jakie konkretnie przepisy postępowania zostały naruszone. Lakoniczne odwołania do art. 99 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie wykazują, dlaczego nieprecyzyjne zapisy SWZ miałyby skutkować niemożliwością zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że zachodzą podstawy do unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy, w tym wynikające z kodeksu cywilnego, które skutkowałyby unieważnieniem umowy. W tym zakresie twierdzenia Zamawiającego są ogólnikowe i niewystarczające.

Zamawiający, mimo iż w uzasadnieniu unieważnienia postępowania przytoczył argument o braku możliwości porównania ofert na skutek wadliwych zapisów SWZ, to jednak nie dostrzegał tej okoliczności na wcześniejszym etapie postępowania, bowiem pierwotnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PROSOLUTIONS MAJEWSCY SPÓŁKA JAWNA. Drukarka oferowana przez tego Wykonawcę, tj. urządzenie XM200C-E produkcji XAC METAL nie jest urządzeniem do mikro druku 3D w technologii laserowego przetopu proszków metali (dalej: „mikroprinting"), a na takie cechy wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

Mikroprinting to technologia druku 3D z metalu o minimalnych wymiarach drukowanych struktur <40 µm.

Cechy dostępnych na rynku drukarek 3D do mikroprintingu:

maksymalna moc lasera 50W,

rozmiar plamki lasera na polu roboczym ≤ 30µm,

rozmiar przestrzeni roboczej L x W x H: 60mm x 60mm x 30mm

grubość warstwy: 1µm – 5µm,

drukowanie w atmosferze argonu,

rozmiar cząstek proszku <10 µm

[Źródło: www.3dmicroprint.com]

Największe wyzwania technologiczne przy mikroprintingu:

nakładanie bardzo cienkich warstw (1µm – 5µm), bardzo drobnego proszku (wielkość cząstek <10µm). Bardzo drobny proszek ma dużą podatność do aglomeracji. Siły Van der Waalsa dominują nad grawitacją, co prowadzi do nakładania niejednorodnych warstw proszku. Tradycyjne rozwiązania do nakładania proszku stosowane w „zwykłych" drukarkach nie sprawdzają się w mikroprintingu;

układ nawiewu i odciągu gazu osłonowego nad polem roboczym – drobny proszek wykorzystywany przy mikroprintingu ma tendencję do łatwego unoszenia się w strumieniu gazu. Obłoki proszku powodują rozpraszanie wiązki laserowej (zjawisko rozpraszania światła na cząstkach stałych metali) w ten sposób degradując parametry plamki lasera na polu roboczym (na których stałości do czwartego miejsca po przecinku najbardziej zależy Zamawiającemu! – zgodnie z

opinią wygłaszaną już po otwarciu ofert),

bezpieczeństwo pracy – bardzo drobny proszek metali jest wysoce niebezpieczny ze względu na jego wybuchowość w atmosferze tlenu oraz jest bardzo szkodliwy dla zdrowia. Praca z takimi proszkami wymaga specjalnej budowy maszyny tak aby proszek nie miał kontaktu z atmosferą tlenową.

Za pomocą mikroprintingu produkuje się m. in. obiekty MEMS (ang. micro-electromechanical system). MEMS są to mikroskopijne urządzenia składające się zarówno z części elektronicznych jak i mikromechanicznych. Pojedyncze obiekty MEMS mają wymiary w zakresie od 20µm do 1mm. Podczas gdy „zwykły" druk 3D w technologii SLM wykorzystuje proszki o średnicach cząstek w przedziale: 15 do 100µm, przy nakładanych grubościach warstw proszku od 20– 100µm. Minimalny rozmiar pojedynczej drukowanej struktury mieści się w zakresie 40–200µm.

Jak zatem wynika z powyższego drukarka oferowana przez PROSOLUTIONS nie posiada cech drukarki do mikroprintingu, a pomimo tego Zamawiający dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy i zamierzał udzielić mu zamówienia, co jednak nie nastąpiło na skutek uwzględnienia odwołania wniesionego przez INNTEC.PL (w związku z niesłusznym odrzuceniem oferty).

Trudno tutaj nie dojść do konkluzji, że Zamawiający niejako upatrzył sobie drukarkę XM200C-E produkcji XACT METAL i uwzględniając jej parametry sporządził opis przedmiotu zamówienia oraz, jak można wnioskować z czynności podejmowanych w postępowaniu, robi wszystko, aby właśnie to konkretne urządzenie nabyć.

Analizując czynności podejmowane przez Zamawiającego nasuwa się wniosek, iż poprzez bardziej ogólne opisanie parametrów związanych ze stałością kształtu plamki lasera na polu roboczym Zamawiający tylko utworzył pozory konkurencyjności. Jednak teraz, gdy w wyroku KIO zostało potwierdzone, że zgodne z warunkami zamówienia jest zastosowanie przez INNTEC.PL w urządzeniu plamki procesowej w całym zakresie pola roboczego z określoną tolerancją, którą Zamawiający zdefiniował wyłącznie pośrednio poprzez podanie minimalnej średnicy cząstek proszku (20 µm), który będzie używany przez niego do druku 3D – Zamawiający dąży do unieważnienia postępowania tylko po to, żeby nie udzielić zamówienia Odwołującemu.

Układ skanujący wiązką lasera w drukarce XM200C-E (którego istotą jest zastosowanie specjalnej konstrukcji stolika XY do prowadzenia wiązki laserowej z prędkością do 500mm/s) jest chroniony prawem patentowym, więc naturalne jest, że żadne inne urządzenie nie posiada takiego rozwiązania.

Niemniej jednak, ponownie Odwołujący z całą stanowczością zaznacza, że zachowanie „idealnego" kształtu plamki lasera na polu roboczym do czwartego miejsca po przecinku, co według słów Zamawiającego ma dla niego najistotniejsze znaczenie, nawet w mikroprintingu nie ma uzasadnienia technicznego i ekonomicznego a tym bardziej w „zwykłym" druku 3D. Obliczona wartość błędu kształtu plamki lasera dla drukarki XM 200C-E wynosi 0,0004µm (Fig. 3), a Zamawiający chce drukować z proszku o średnicach od 20 do 100µm. Iloraz średnicy najmniejszego ziarna proszku to rząd błędu wynosi zawrotną wartość 50 000!

Fig. 3. Fragment pisma Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2023 r. w odpowiedzi na odwołanie INNTEC.PL Sp. z o.o.

Należy dodać, co było poruszone w poprzednim odwołaniu, że w drukarce AYAS-120-LM Odwołujący zastosował specjalnie obiektyw F-thetha o długiej ogniskowej wynoszącej 320mm w celu minimalizacji odchyleń wymiarów plamki, które bez względu na zastosowane rozwiązania występują zawsze.

Odwołujący wskazał, że zapisy SWZ w tym w szczególności Opis przedmiotu zamówienia, zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, i wyczerpujący. Zamawiający określił wymagane cechy dostaw. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia nie stał w sprzeczności z wymogami art. 99 i następnych ustawy Pzp, nie wzbudzał wątpliwości Wykonawców na etapie składnia (nie składano wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, nie wypłynęły odwołania co od treści SWZ).

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zdefiniował:

-wielkość cząstek proszku: *„Aparatura powinna zapewniać możliwość wykorzystania dostępnych komercyjnie proszków metalicznych o sferycznym kształcie ziaren, jak również wytwarzanych przez Zamawiającego o rozmiarach ziaren w zakresie średnic od 20 µm do 100 µm",*

-moc lasera: *„Maksymalna moc źródła laserowego nie może być mniejsza niż 200W."*;

-zakres średnic plamki pola roboczego: *„Zakres średnicy plamki procesowej musi być regulowany i zawierać się w przedziale od 20 µm do 100 µm (odpowiadający zakresowi rozmiarów ziarna proszku metalicznego wytwarzanych przez zamawiającego)."*

-przestrzeń roboczą: *„Przestrzeń robocza musi umożliwiać wykonywanie pełnowymiarowych próbek wytrzymałościowych w standardzie ASTM E466-96 w orientacji poziomej i pionowej (dla każdego wymiaru min. długość/szerokość/wysokość 105/105/110 mm)"*.

Zatem dla Odwołującego Zamawiający jasno zdefiniował, że będzie wykorzystywał drukarkę do „zwykłego" druku

w technologii SLM (ang. selective laser melting, tłm. selektywny przetop laserem) nie zaś, jak podnosił w ramach postępowania odwoławczego oraz w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania, do mikroprintingu.

Zamawiający, jak zaznaczał w trakcie postępowania poprzedniego odwoławczego, dysponuje szeroką wiedzą i doświadczeniem, bowiem zatrudnia zespół wysokiej klasy specjalistów w zakresie metod przyrostowych. Zatem z całą pewnością, gdyby jego celem było zamówienie drukarki do technologii mikroprinting, szczegółowe parametry w tym zakresie, a także szczególne cechy drukarki do mikroprintingu, zostałyby zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.

Tymczasem Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia, który w sposób jasny precyzyjny wskazywał jakiego rodzaju urządzenie Zamawiający chce nabyć w ramach postępowania, tj. do standardowego druku 3D w technologii SLM, a nie do mikroprintingu. Zapisy SWZ nie budziły na etapie składania ofert żadnych zastrzeżeń ze strony Wykonawców, zapisy nie ograniczały konkurencji poprzez niezasadne wskazanie na jeden konkretny produkt, a oferty złożone oferty, spełniające wymagania określone przez Zamawiającego,
są porównywalne.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp 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. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw.
Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane
z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami ustawy Pzp. Z opisu jednoznacznie wynika, że intencją Zamawiającego jest dostawa urządzenia
o określonych cechach i parametrach do druku pełnowymiarowych próbek wytrzymałościowych w standardzie ASTM E466-96 w orientacji poziomej i pionowej, dla każdego wymiaru min. długość/szerokość/wysokość 105/105/110 mm (str. 5 tiret drugie Opisu przedmiotu zamówienia dla Części II).

W związku z powyższym Zamawiający zdefiniował rozmiar plamki roboczej oraz zakres wielkości proszku, którym chce drukować. Wszystkie parametry określone w Opisie przedmiotu zamówienia zostały spełnione przez urządzenia oferowane przez Wykonawców
w postępowaniu.

Odwołujący przytoczył fragmenty wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3441/22, który dotyczył sprawy o podobnym stanie faktycznym, gdzie zaskarżono decyzję
o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Zdaniem Zamawiającego po weryfikacji złożonych ofert, a przede wszystkim przedmiotowych środków dowodowych (katalog oferowanych urządzeń) stwierdzić należało, że opis przedmiotu zamówienia zawiera wadę, która na obecnym etapie postępowania nie może być usunięta. Wada zdaniem Zamawiającego sprowadzała się do opisu urządzenia "Robot stacjonarny do reedukcji chodu" w sposób niejednoznaczny, tzn. brak określenia "rodzajów zaburzeń neurologicznych" oraz określenia "indywidualnych potrzeb pacjenta" dla których urządzenie ma służyć. Brak jednoznaczności powoduje zdaniem Zamawiającego - że Wykonawcy zaoferowali urządzenia dla odmiennej grupy pacjentów.

W uzasadnieniu wyroku stwierdzono m.in., że: *„Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że w uzasadnieniu przedstawionym przez Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy rzekomą wadą w opisie przedmiotu zamówienia poprzez brak określenia rodzaju zaburzeń neurologicznych, a ryzkiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do jednozdaniowej konstatacji o wadzie opisu przedmiotu zamówienia, bez analizy ryzyka unieważnienia umowy. Zdaniem Izby, analiza sekwencji czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania prowadzi do wniosku, że "wada" postępowania została celowo "dostrzeżona" przez Zamawiającego po zapoznaniu się*
z ofertami wykonawców.
Zamawiający w sposób nieprawidłowy wykorzystał instytucję unieważnienia postępowania
w celu zaniechania wyboru oferty Odwołującego, mimo, że oferta ta było ofertą najkorzystniejszą w ramach kryteriów oceny ofert (…) Ustawa Pzp wprowadziła szereg narzędzi dla podmiotów publicznych, które mogą być wykorzystane w celu prawidłowej identyfikacji i opisu potrze jakie mają zostać zrealizowane w ramach poszczególnych postępowań przetargowych. Ustawodawca wprowadził w ustawie pzp procedurę analizy potrzeb i wymagań podmiotów publicznych czy też wstępne konsultacje rynkowe uregulowane w art. 84 ustawy Pzp. Zatem podmioty publiczne są zobowiązane do przeprowadzenia wszechstronnej i starannej oceny potrzeb, które mają zostać zrealizowane w ramach postępowania przetargowego. Tylko takie postępowania umożliwi efektywne gospodarowaniu środkami publicznymi.
Zdaniem Izby, nieprawidłowym i negatywnym zjawiskiem w systemie zamówień publicznych jest stosowanie przez

zamawiających procedury unieważnia postępowania na podstawie
art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jako narzędzia do sanowania swoich błędów popełnionych na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania. (…) Podmioty publiczne są zatem zobowiązane z najwyższą starannością identyfikować swoje potrzeby przed wszczęciem postępowania, tak aby nie miały miejsca rzekome uchybienia w opisie ich potrzeb na etapie weryfikacji ofert. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający jako profesjonalista, miał lub powinien był mieć pełną świadomość swoich potrzeb jakie zamierza zrealizować w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Racjonalny zamawiający planując doposażyć swoją jednostkę w profesjonalny sprzęt do wykonywania zabiegów z pacjentami weryfikuje przed wszczęciem postępowania właśnie docelową grupę pacjentów i zakres zabiegów jakie będą wykonywane przez poszczególne urządzenia. Bez wykonania takiej analizy wszczęcie postępowania przetargowego byłoby wyłącznie niegospodarnością Zamawiającego.

Zdaniem Izby, Zamawiający musiał mieć pełną świadomość opisu przedmiotu zamówienia w części I zamówienia. Był autorem opisu zawartego w SWZ, zatem trudno racjonalne przyjąć, że zakres wymagań został określony w oderwaniu od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający w momencie zapoznania się z ofertami złożonymi w postępowaniu i ustaleniem, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą cenową, unieważnił postępowania, wyjaśniając w swojej decyzji, że chciał zakupić urządzenie drugiego z oferentów. Skoro zatem Zamawiający chciała zakupić konkretne urządzenie, konkretnego producenta z uwagi na specyficzne parametry i potrzeby Zamawiającego,
to ustawa Pzp przewiduje w takiej sytuacje udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.
(…) Teoretyczne argumenty Zamawiającego o tym, iż zostały złożone oferty nieporównywalne, nie stanowi prawidłowej przesłanki do przyjętego przez Zamawiającego sposobu zakończenia postępowania. Po pierwsze, każdy z potencjalnych wykonawca na etapie publikacji SWZ miał możliwość zwrócenia się z wniosek o wyjaśnienia treści SWZ, gdyby istniały wątpliwości co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie, Zamawiający jako gospodarz postępowania opisał swoje potrzeby, opis zwarty w SWZ nie budził wątpliwości wykonawców. Przerzucenia na wykonawców na obecnym etapie postępowania negatywnych konsekwencji związanych z rzekomymi wadami w opisie przedmiotu zamówienia jest nieuprawnione i nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał istotnej wady postępowania, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania. Takiej istotności nie sposób przypisać stwierdzeniu, że po złożeniu ofert Zamawiający uznał, że urządzenie oferowane przez Odwołującego nie spełnia jego oczekiwań. Gdyby przyznać podmiotom publicznym tak szerokie uprawienie do unieważnienia postępowań, to - po pierwsze - przepis art. 255 ustawy Pzp byłby przepisem zbędnym. Przepis ten zaś statuuje wyjątek od zasady zakończenia postępowania przetargowego poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Jako wyjątek winien być zatem interpretowany rygorystycznie i zawężająco. Po drugie, tak szeroko rozumiane uprawnienia do unieważnienia postępowania stanowiłby istotne zagrażania dla rynku zamówień publicznych i działającym na nim podmiotów prywatnych. Podmioty te bowiem pozbawione byłoby jakiejkolwiek pewności co do zakończenia postępowania i uzyskania zamówienia. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania, zależnie od okoliczności i subiektywnych przekonań, mogliby unieważniać postępowania wskazując na rzekome błędu w opisie swoich wymagań.

Izba ponadto wskazuje, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego rzekoma "wada" postępowania uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Zamawiający wskazał, że błąd w opisie przedmiotu zamówienia skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Izby, nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym z błędem w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisał swoje potrzeby, zaś wykonawcy złożyli oferty odpowiadające opisanym wymaganiom Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia był dla wykonawców jednoznaczny i wystarczający do złożenia ofert. Zdaniem Izby, Zamawiający, w celu zastosowania art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania o koniecznością unieważnienia umowy. Takich informacji Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania. Izba podkreśla, że treść dokumentacji przetargowej sporządzonej przez Zamawiającego, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni zgodnie z regułami art. 65 k.c., zaś stwierdzenie, że dokumentacja ta została sporządzona wadliwie i zawarta na jej podstawie umowa podlegałaby unieważnieniu oznacza konieczność udowodnienia wady umowy, której nie da się również usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności czy wątpliwości dokumentacji postępowania. W okolicznościach analizowanej sprawy, zachowanie wykonawców, jak i Zamawiającego potwierdza, że nie mamy do czynienia
z błędem, ale z subiektywną zmianą zdania Zamawiającego co do tego co chciałby uzyskać
i próbą nieprawidłowego pozbawienia Odwołującego możliwości realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób nieuprawniony skorzystał z ostatecznego narzędzia przewidzianego w ustawie Pzp co do sposobu zakończenia postępowania. Istotą prowadzonego postępowania przez Zamawiającego jest udzielenie zamówienia. Unieważniając

postępowanie na etapie jego finalizacji, Zamawiający narażą zarówno wykonawców jak Skarb Państwa nie nieuzasadnione koszty.

Unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania, stanowi także naruszenie dyscypliny finansów publicznych, kwestie niewłaściwego i bezpodstawnego unieważniania są także przedmiotem orzeczeń organów kontroli. Odwołujący przywołał orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 11 października 2018 r.,
sygn. akt: BDF1.4800.77.2018 oraz z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt: BDF1.4800.32.2015.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego w postępowaniu nie występuje niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przytoczone przez Zamawiającego w uzasadnieniu prawnym argumenty, że taką wadę stanowi nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku Nr 3 SWZ – są niesłuszne. Zamawiający nie wykazał konkretnie jakie przepisy zostały w postępowaniu naruszone, ani też dlaczego, w tym konkretnym przypadku, miałoby to prowadzić do niemożliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń,
a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu
i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego
i unieważnienie całego postępowania godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

W aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że w dniu 4 sierpnia 2023 r.
w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w zakresie obu części zamówienia, a także w zakresie części 2 odrzucił ofertę Wykonawcy - INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W dniu 9 sierpnia 2023 r. odwołanie wniósł Wykonawca - INNTEC.PL Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością. W wyniku rozpoznania odwołania Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO") wydała wyrok z dnia 24 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2370/23),
na mocy którego nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a także nakazała powtórzenie czynności badania
i oceny ofert (pkt 1 sentencji wyroku). Zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO Zamawiający dokonał unieważnienia czynności pismem z dnia 25 września 2023 r., które zostało opublikowane na stronie prowadzonego postępowania oraz przesłane wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Podczas powtórnej weryfikacji ofert złożonych w niniejszym postępowaniu Zamawiający uznał za zasadną tezę zawartą w wyroku KIO, że opis przedmiotu zamówienia nie jest dość precyzyjny tj. pozbawiony jest wskazania tolerancji dopuszczalnego błędu obróbki przyrostowej oraz brak jest określenia przeznaczenia opisanego sprzętu. Sformułowane przez Zamawiającego określenie stałego kształtu i stałej wielkości plamki procesowej, określone w SWZ, stanowiącego załącznik nr 3 - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) w postępowaniu, w toku badania i oceny ofert a co znalazło swoje potwierdzenie na etapie postępowania odwoławczego okazało się niewyczerpujące. Argumentacja podnoszona podczas korespondencji między stronami w postępowaniu przed KIO zgodnie z wiedzą Zamawiającego i powszechnie stosowanymi pojęciami metrologicznymi prowadziła do mylnego, zamiennego stosowania określeń błąd, błąd kształtu, tolerancja. Brak jest również odwołania do tzw. budżetu niepewności, który jest jednym z kluczowych parametrów służących do określenia dokładności procesów wytwórczych realizowanych z wykorzystaniem urządzenia.

W kontekście zaistniałych niejasności, które wynikły po rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego zasadne jest doprecyzowanie SWZ w celu uściślenia zapisu traktującego

o stałości wielkości i kształtu plamki procesowej W przypadku systemów, w których rozwiązania techniczne polegają na wykorzystaniu światła laserowego, układu optycznego, mającego za zadanie zogniskowanie wiązki laserowej w określonej odległości od źródła
i skierowanie jej w konkretny punkt w przestrzeni, nadmienić należy, że w celu zachowania okrągłego kształtu plamki procesowej kluczowy jest kąt padania wiązki w stosunku do powierzchni obrabianej. Literatura naukowa m.in Implementation of „Advanced Laser Control Strategies for Powder Bed Fusion Systems" 46th SME North American Manufacturing Research Conference, NAMRC 46, Texas, (2018),USA; wykazuje, że wiązka laserowa padająca pod kątem różnym od 90 °powoduje rozkład temperatury w spiekanym złożu, powodujący powstanie jeziorka roztopionego metalu o cylindrycznym kształcie i różnicami
w kącie penetracji złoża i kolejnych warstw materiału przez wiązkę laserową, co w połączeniu z różnymi strategiami skanowania może doprowadzić do niespójności w strukturze wewnętrznej wytworzonego przedmiotu.

Jednym z podstawowych zastosowań systemu do wytwarzania przyrostowego
w technologii PBF, jaki jest planowany w kontekście przedmiotowego postępowania zamówieniowego jest działalność badawczo - rozwojowa. W kontekście analizy dostępnej literatury naukowej nadmienić należy, że dotychczasowe badania krajowe oraz zagraniczne skupiają się na: rozwiązaniach technicznych pozwalających na dokładnym prowadzeniu wiązki laserowej w celu uzyskania możliwie jednorodnej struktury wewnętrznej wytworzonych części, analizy metrologicznej elementów, badaniami wytrzymałościowymi oraz tribologicznymi. (m. in. D. Grzesiak,DOI:10.17814/mechanik.2015.8-9.483; Z. Zhakypov, DOI: 10.1109/IECON.2013.6699799; H. Heung, „In-situ calibration of laser/galvo scanning system using dimensional reference artefacts").

Jeden z obszarów badawczych, który w kontekście analizy literatury oraz zaplecza badawczego Wydziału Nauk Inżynieryjnych Akademii Nauk Stosowanych w Nowym Sączu jest możliwy do realizacji z wykorzystaniem technologii PBF to stosowanie proszków metalicznych o różnych (projektowanych indywidualnie) składach chemicznych, wykonaniu próbek i poddaniu ich badaniom metrologicznym, materiałowym oraz wytrzymałościowym.
W kontekście analiz wytrzymałościowych kluczowe jest wytworzenie próbki o jednorodnej strukturze wewnętrznej - w innym wypadku uzyskane dane z np. Statycznej próby rozciągania stają się bezużyteczne zarówno pod kątem praktycznym (wykorzystanie danych np. Do analiz MES, czy komercjalizacja wyników badań), jak i naukowym (publikacja wyników badań).

Zapisy SWZ określały możliwość stosowania dowolnych składów proszków, co nie stanowiło wątpliwości w zakresie realizacji postępowania, jednak porównanie ofert, jakie przedstawiono w toku postępowania przyniosło wątpliwości ze strony jednego z oferentów oraz KIO. Kluczowe w tym kontekście jest wymaganie SWZ dotyczące stałych warunków spiekania złoża w całym zakresie pracy urządzenia. Co do zasady prowadzenia wiązki producenci rozwiązań optycznych stosowanych w technologiach laserowych m. in Wavelength Opto-Electronic (S) Pte Ltd (https://wavelength-oe.com), podkreślają, że układy telecentryczne charakteryzują się większą stałością rozmiaru plamki laserowej w całym obszarze roboczym i wiązkę prostopadłą do pola roboczego.

W kontekście analizy literatury i planowanych zastosowań systemu do wytwarzania przyrostowego kluczowe jest wyeliminowanie wszelkich błędów kierowania wiązki laserowej
w obszar roboczy wynikających z rozwiązań technicznych i fizycznych, ograniczając do minimum wszelkie niepewności związane z systemem opisanym w postępowaniu zakupowym. W związku z powyższym SWZ powinny zostać doprecyzowane i zawierać zapisy określające akceptowalne przedziały parametrów w tym zakresie, co pozwoli na pozbawione wszelkich wątpliwości porównanie ofert i wybór najkorzystniejszej z nich i użytecznej pod kątem planowanego wykorzystania przedmiotowego systemu do wytwarzania przyrostowego w technologii PBF.

Zamawiający nie wskazał również przeznaczenia urządzenia co słusznym zdaniem Izby mogło mieć znaczący wpływ na ocenę możliwości realizacji zamówienia: „(…) *Zatem skoro każde urządzenie z zaoferowanych zamawiającemu, może w mniejszym (nawet tysiąckrotnie) lub w większym stopniu wykazywać różnice w stałości parametrów energetycznych procesu związanych ze stałą wielkością i stałym kształtem plamki lasera, niezależnie od miejsca w przestrzeni roboczej urządzenia (okrągła plamka), to zamawiający (mający tego świadomość — bo sam podkreślał w odpowiedzi na odwołanie, że dysponuje zespołem wysokiej klasy specjalistów w zakresie metod przyrostowych), jeśli uważał, że może zaakceptować poziom dokładności wydruku tylko poniżej jednego p.m, to powinien był taki wymóg zawrzeć w załączniku nr 3 Opis przedmiotu zamówienia*." Ponadto uznać należy za zasadną dalszą konkluzję KIO „(…)*Natomiast zasada przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie takiej interpretacji SWZ, że dopiero na etapie oceny ofert zamawiający doszedł do przekonania, że jakiś poziom błędów jest w stanie zaakceptować, a jakiś nie. Nie wiadomo bowiem gdzie należałoby postawić granicę akceptowalnych różnić w kształcie i rozmiarze plamki, a co jeszcze bardziej istotne tak granica nie była znana wykonawcom w chwili składania ofert. Tym samym podnoszenie na obecnym etapie postępowania, że różnica na poziomie 0,0004 i 0,0018 jest akceptowalna,*

a różnica 0,3539 i 1,7695 już nie, bo zamawiający zamierza prowadzić prace badawcze,
a później rozpocząć produkcję układów MEMS czy elementów mechanicznych o niewielkich rozmiarach i skomplikowanym kształcie, nie może być uznane za skuteczne. Zamawiający nie opisał w Opisie przedmiotu zamówienia zastosowania badawczo-rozwojowego dla określonego rodzaju układów, czy elementów mechanicznych, więc wykonawcy nie mogli poznać od tej strony potrzeb zamawiającego." (sygn. akt: KIO 2370/23) Reasumując Zamawiający dostrzegając i uznając ww. błędy nie ma innego wyjścia niż unieważnić przedmiotowe postępowanie, brak danych dotyczących właściwości technicznych obrabiarki, wynikających z nie dość precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwia dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.(). Zamawiający uznaje, że oferowane w przedmiotowym postepowaniu urządzenia posiadają tożsame funkcjonalności, jednak poziom precyzji oraz jakości wytwarzanego produktu już tożsamy nie jest. Zamawiający pomijając zapisy dotyczące przeznaczenia urządzenia jak i dopuszczalnych odchylani parametrów obróbki przyrostowej
w procesie wytwórczym popełnił błąd uniemożliwiający mu dokonanie wyboru. Intencją Zamawiającego było zakupienie sprzętu służącego do prac badawczo rozwojowych,
co niewątpliwie wymaga najwyższego możliwego do osiągnięcia stopnia precyzji, Zamawiający jak to zostało już przytoczone nie określił dopuszczalnej tolerancji błędu, jak słusznie dostrzegła Izba: **„***Zamawiający wobec faktu, że sam nie określił wymagań dotyczących akceptowalnej jakości wydruku, miał tylko dwa wyjścia, albo nie dopuścić obu ofert uznając, że w obu może dojść (choć w różnym stopniu) do różnic w kształcie i rozmiarze plamki i interpretować opis przedmiotu zamówienia literalnie czyli w ten sposób, że żadnych odchyleń w kształcie i rozmiarze plamki nie dopuszcza, albo obie zaakceptować. Przy czym pierwsze rozwiązanie było o tyle nielogiczne, że skoro zamawiający uważa, że każdy układ optyczny generuje błędy, to ścisła wykładnia Opisu przedmiotu zamówienia prowadziłaby do przyjęcia, że zamawiający oczekiwał świadczenia niemożliwego."* (sygn. akt: KIO 2370/23) Mając na uwadze cytowany fragment uzasadnienia wyroku KIO zasadnym jest nawet uznać, że w przypadku prowadzonego postepowania zachodzi przesłanka do twierdzenia,
iż Zamawiający oczekuje świadczenia niemożliwego do realizacji. W toku badania i oceny ofert, która to procedura legła u podstaw podjęcia decyzji o czynności odrzucenia oferty firmy INNTEC.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zamawiający pozyskał informacje niezbędne w jego ocenie do podjęcia właściwej decyzji, które jednak wykraczały poza zakres wskazany w OPZ, co niewątpliwie można uznać za poważne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości. Zamawiający nie miał również możliwości zmiany czy też korekty swoich błędów na etapie prowadzonego postepowania gdyż, wiedzę w zakresie braku precyzyjności w OPZ Zamawiający powziął już na etapie badania i oceny ofert.
Tym samym korekta w zakresie OPZ nie była już możliwa. Mając na uwadze powołane wyżej postanowienia SWZ, a także uzasadnione potrzeby Zamawiającego należy przyjąć, że doszło do wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, który stanowił naruszenie dyspozycji przepisu art. 16 pkt 1 i art. 99 PZP.

W ocenie Zamawiającego w zaistniałych okolicznościach najwłaściwszym sposobem zakończenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego unieważnienie. Wybór najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji zawarcie przez Zamawiającego umowy w sprawie udzielenie zamówienia publicznego, doprowadziłby do sytuacji w której przedmiot zamówienia nie odpowiadałby uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym Zamawiającego, co wiązałoby się z niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych. Jedną z podstawowych zasad dokonywania wydatków publicznych jest bowiem zasada dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny (art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 z późn. zm.). Zakupiony sprzęt zaś nie zaspokoiłby potrzeb Zamawiającego w stopniu dostatecznym
i efektywnym, ponieważ potrzeby te nie zostały dość precyzyjnie i wyczerpująco wskazane
w OPZ.

W uzasadnieniu prawnym podniesiono, że zgodnie z art. 255 pkt 6 PZP Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie przyjmuje się, że przesłanką unieważnienia postępowania w rozumieniu przytoczonego przepisu jest wada postępowania, która jest na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także w/w wada nie może być możliwa do usunięcia w żadnej
z dopuszczalnych w PZP procedur sanacyjnych (zob. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Sieradzka, Legalis 2022, Komentarz do art. 255*). Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu taką wadę stanowi nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku Nr 3 do Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) opisane szczegółowo w uzasadnieniu faktycznym. Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania, tj. zawarcia ważnej umowy w

sprawie jego wykonania. W art. 99 ust. 1 PZP wyraźnie wskazano, że przedmiot zamówienia powinien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych
i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przez „opis jednoznaczny" należy rozumieć opis niebudzący wątpliwości (opis precyzyjny). Z kolei „opis wyczerpujący" winien oznaczać opis szczegółowy oraz wszechstronny. Nie ulega wątpliwości, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia decyduje
o tym, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za czyniące zadość podstawowym zasadom wymaganym przez przepisy PZP, w tym zasadzie przejrzystości postępowania. Ma na celu umożliwienie wykonawcom właściwego zorientowania się i wzięcia pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. KIO 169/22, Legalis nr 2711002). Istoty przepisu art. 99 PZP należy upatrywać w takim szczegółowym i dokładnym określeniu przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3718/21, Legalis nr 2702465). Zaniechania po stronie Zamawiającego w właściwym i zgodnym z przepisami opisaniu przedmiotu zamówienia nie mogą zaś obciążać wykonawców, których uprawnieniem jest dążenie do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie ważna i nie objęta sankcją nieważności (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r., sygn. KIO 531/21, Legalis nr 2580726). Pamiętać należy o tym, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i to na nim spoczywa obowiązek zachowania wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r., sygn. KIO 613/22, Legalis nr 2710167).

W orzecznictwie przyjmuje się, że niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3733/21, Legalis nr 2702981; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 913/21, Legalis nr 2652311, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1343/21, Legalis 2594603). W pierwszym przywołanym orzeczeniu zwrócono uwagę, że przedmiotowa nieprawidłowość skutkuje naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 PZP, prowadząc do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
a także pozostaje w sprzeczności z zasadą przejrzystości. Co więcej, takie rozwiązanie jest sprzeczne z art. 99 ust. 1 PZP, który nakłada na Zamawiającego wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 21 marca 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. KIO 610/23, Legalis nr 2922978) zwróciła natomiast uwagę, że: *„Opis przedmiotu zamówienia, który obarczony jest takimi brakami, które prowadzą do nieporównywalności ofert, stanowiłby przesłankę unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jest takim naruszeniem przepisów, które ma znaczenie dla sporządzenia ofert*".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego zaprezentowanego t
w uzasadnieniu faktycznym należy uznać, że w przedmiotowym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 255 pkt 6 PZP. Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może naprawić rzeczonych wad. Treść oferty nie podlega bowiem uzupełnieniu. Stanowiłoby
to naruszenie art. 223 ust. 1 PZP. Poza tym biorąc pod uwagę, że Opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik do SWZ, będąc jej integralną częścią, nie jest dopuszczalna już zmiana treści SWZ. Zgodnie z art. 286 ust. 1 PZP Zamawiający w uzasadnionych przypadkach może zmienić treść SWZ, lecz przed upływem terminu składania ofert. Spełniona została więc przesłanka nieusuwalności wady. W wyroku z dnia 18 lipca 2022 r. (sygn. KIO 1623/22, Legalis nr 2854568) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma możliwości skorygowania wad opisu przedmiotu zamówienia zasadne jest unieważnienie postępowania i umożliwienie wykonawcom równych szans
na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania.

Ponadto stwierdzić należy, że wada ta jest na tyle istotna (nie ma charakteru marginalnego), że uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie, jak i w orzecznictwie, przyjmuje się, że jako wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy niepodlegającej unieważnieniu można zakwalifikować *„niezgodność między opisem przedmiotu zamówienia a załącznikami, rozbieżności w dokumentacji postępowania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i sposobów wypełnienia załączników technicznych oraz ich zakresów, opis przedmiotu utrudniający uczciwą konkurencję lub taki, który powoduje, że nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, niewłaściwe/nierzetelne przygotowanie formularza ofertowego, który pozwala na różną jego interpretację przez wykonawców i odmienne jego wypełnienie, co może prowadzić do nieporównywalności ofert" (Proces udzielania zamówień*

publicznych na podstawie nowego prawa zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem, red. M. Śledziewska, Legalis 2021). Katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy został zawarty w art. 457 ust. 1 PZP. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 kwietnia 2022 r. (sygn. KIO 909/22, Legalis nr 2716142) stwierdziła, że: „*Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*". W niniejszym postępowaniu wada dotycząca opisu przedmiotu zamówienia jest na tyle znacząca, że pomiędzy wystąpieniem w/w wady postępowania, a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, występuje związek przyczynowo-skutkowy. Należy ponadto zwrócić uwagę, że w konstrukcji art. 255 pkt 6 PZP nie należy jedynie upatrywać odesłania tylko do tego przepisu art. 457 ust. 1 PZP. Przyjęcie takiej interpretacji mogłoby bowiem skutkować wnioskiem, „*że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP nie zabrania*" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 913/21, Legalis nr 2652311). Dlatego też podstaw podlegania unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na wadę, którą obarczone jest przedmiotowe postepowanie należy również doszukiwać się w przepisach Kodeksu cywilnego, które mają charakter uzupełniający w stosunku do przepisów PZP. Przesłanki unieważnienia umowy zawartej w wyniku przetargu zostały określone w art. 705 § 1 Kodeksu cywilnego. W świetle przywołanego przepisu organizator oraz uczestnik przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Podstawę do skorzystania z tego uprawnienia daje sytuacja, w której w toku postępowania przetargowego doszło do zawarcia umowy w wyniku czynności sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie -
I Wydział Cywilny z dnia 31 grudnia 2018 r., sygn. I C 252/18, Legalis nr 1985618). Przez czynności sprzeczne z prawem winno się rozumieć „*działania albo zaniechania naruszające bezwzględnie wiążące normy postępowania zrekonstruowane na podstawie przepisów prawnych obowiązujących w Polsce, bez względu na ich źródła (Konstytucja RP lub inne ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe, rozporządzenia, akty prawa miejscowego)*" (Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352, red. M. Gutowski, wyd. 3, Legalis 2021, Komentarz do art. 705). W przedmiotowym postępowaniu nie można wykluczyć także sytuacji, w której umowa zawarta w sprawie zamówienia publicznego, w efekcie wadliwości występującej w postępowaniu, podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu czynność prawna sprzeczna z ustawą
co do zasady jest nieważna. Reasumując, wada zaistniała w niniejszym postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego daje wystarczające podstawy do uznania, że umowa
w sprawie zamówienia publicznego może podlegać unieważnieniu.

Zgodnie natomiast z art. 262 PZP: *„W przypadku unieważnienia postępowania
o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia."*

W pozostałym zakresie Odwołujący w odwołaniu wiernie przytoczył fakty ze stanu faktycznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zachodziła potrzeba ich powtarzania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Obecne brzmienie przepisu tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp2004,
tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny oraz orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy.

Zgodnie z dorobkiem orzeczniczym i stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania
w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Przesłanka zastosowana przez Zamawiającego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po

pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała
w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy.
Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Jak wynika z *Informacji o unieważnieniu postępowania* Zamawiający powołał się na wadliwość opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego dostrzegł On brak parametru, który legł u podstaw wcześniejszej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Czynność została przez Krajową Izbą Odwoławczą w wyroku z dnia 24 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2370/23) uznana za nieuprawnioną. W ocenie Izby informacje będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego wykraczały poza zakres treści składający się na opis przedmiotu zamówienia.

Dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga, iż nie ulega również wątpliwości, że okoliczność przywołana przez Zamawiającego ustalona została po wyznaczonym terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu. Zamawiający już po otwarciu ofert i przeprowadzeniu badania
i oceny ofert uznał, że brzmienie opisu przedmiotu zamówienia może budzić wątpliwości.

W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 459 ustawy Pzp. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie.
W przeciwnym wypadku powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byliby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to,
czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie wydaje się nie do zaakceptowania, zwłaszcza w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ,
w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu jako elementu znaczącego
i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Przede wszystkim właściwe jest ustalenie warunków przedmiotowych, które identyfikuje krąg wykonawców, którzy mogą być zainteresowani złożeniem oferty w danym postępowaniu.
To właśnie ten opis decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za otwarte na wielopodmiotowość i czyniące zadość nieograniczonemu dostępowi do rynku zamówień publicznych, nie wskazujące na konkretne produkty czy rozwiązania techniczne. Warunki opisu przedmiotu zamówienia nie mogą mieć charakteru nadmiernego, nie mogą z nieuzasadnionych powodów eliminować wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, muszą odnosić się do uzasadnionych potrzeb zamawiającego.
W ocenie składu niejednoznaczność opisu odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania.

Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasad określonych
w ustawie Pzp. Zdaniem Izby, co pokazała rozprawa i wymiana pism procesowych między Stronami postępowania odwoławczego, istnieją rozbieżności stanowisk co do przeznaczenia urządzenia, do jakich zadań związanych z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością,
w tym działalnością naukową i badawczą, może być wykorzystywane urządzenie o opisanych cechach. Niewątpliwie również Strony prezentują odmienne stanowisko, co do cech, które dane urządzenie musi posiadać, by wypełniać zapotrzebowanie Zamawiającego, a które
z tych cech uznać należy za już nadmierne. W ocenie Izby rodzi to uzasadnione wątpliwości, czy opis przedmiotu zamówienia został sporządzony należycie, z zachowaniem wszystkich reguł określonych w Pzp i czy na obecnym momencie postępowania umożliwia on obiektywny wybór oferty najkorzystniejszej. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu w zasadzie koncentruje się na polemice z Zamawiającym co do istotnych cech, które urządzenie powinno posiadać, a nie polemice z przesłankami odnoszącymi się do możliwości unieważnienia postępowania. Odwołujący w znacznej części odwołania próbuje wykazać, że opis przedmiotu zamówienia jest wystarczająco dokładny dla wypełnienia potrzeb Zamawiającego,

co jednocześnie sprowadza się do stanowiska, że to urządzenie oferowane przez Odwołującego w najlepszy sposób wypełnia wymogi OPZ, co powinno prowadzić do uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, a uszczegółowienie tego opisu nie jest konieczne.

Zdaniem Izby natomiast Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazał przedziałów tolerancji dla różnić w rozmiarze plamki procesowej i jej kształtu, a także mocy lasera. Zagadnienia te legły u podstaw wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień
w przedmiocie treści oferty, a także były podstawą pierwotnego odrzucenia oferty Odwołującego, co zostało zakwestionowane przez Izbę w orzeczeniu KIO 2370/23.

W tym właśnie wyroku Izba wprost zaznaczyła, że*„Zamawiający wobec faktu, że sam nie określił wymagań dotyczących akceptowalnej jakości wydruku, miał tylko dwa wyjścia, albo nie dopuścić obu ofert uznając, że w obu może dojść (choć w różnym stopniu) do różnic*
w kształcie i rozmiarze plamki i interpretować opis przedmiotu zamówienia literalnie czyli
w ten sposób, że żadnych odchyleń w kształcie i rozmiarze plamki nie dopuszcza, albo obie zaakceptować. Przy czym pierwsze rozwiązanie było o tyle nielogiczne, że skoro zamawiający uważa, że każdy układ optyczny generuje błędy, to ścisła wykładnia Opisu przedmiotu zamówienia prowadziłaby do przyjęcia, że zamawiający oczekiwał świadczenia niemożliwego. Natomiast zasada przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie takiej interpretacji SWZ, że dopiero na etapie oceny ofert zamawiający doszedł do przekonania, że jakiś poziom błędów jest w stanie zaakceptować, a jakiś nie. Nie wiadomo bowiem gdzie należałoby postawić granicę akceptowalnych różnić w kształcie i rozmiarze plamki, a co jeszcze bardziej istotne tak granica nie była znana wykonawcom w chwili składania ofert. Tym samym podnoszenie na obecnym etapie postępowania, że różnica na poziomie 0,0004 i 0,0018 jest akceptowalna, a różnica 0,3539 i 1,7695 już nie, bo zamawiający zamierza prowadzić prace badawcze, a później rozpocząć produkcję układów MEMS czy elementów mechanicznych o niewielkich rozmiarach i skomplikowanym kształcie, nie może być uznane za skuteczne. Zamawiający nie opisał w Opisie przedmiotu zamówienia zastosowania badawczo-rozwojowego dla określonego rodzaju układów, czy elementów mechanicznych, więc wykonawcy nie mogli poznać od tej strony potrzeb zamawiającego. Zamawiający określił stałość kształtu i rozmiaru bez jakiejkolwiek tolerancji mając świadomość, że taka tolerancja musi występować z uwagi na błędy generowane przez układy optyczne. Nie może zatem stanowić o winie odwołującego to, że założył, że zamawiający rozumie tę stałość w znaczeniu mieszczenia się w granicach tolerancji dla danego urządzenia. Gdyby odwołujący składając ofertę wiedział, że zamawiający nie dopuści odstępstw od kształtu i rozmiaru większych od setnych mikrometra (jak u przystępującego), to miałby szansę, albo zaskarżyć SWZ podnosząc choćby argumentację o zakresie średnicy plamki procesowej nie wskazującej na potrzebę dokładności jak przy mikroprintingu, albo nie złożyłby oferty w postępowaniu, uznając wymaganie za adekwatne do potrzeb zamawiającego. Natomiast nie można uznać za zgodne z ustawą odrzucenie oferty odwołującego, której zamawiający zarzuca nieakceptowalną tolerancję, jednocześnie nie odrzucając innej oferty, która też obarczona jest koniecznością zastosowania tolerancji.
W konsekwencji należało uznać, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w oparciu
o warunek zamówienia, który nie został określony w dokumentach zamówienia, co jest niezgodne z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy."

W wyroku KIO 2370/23, który zapadł już po złożeniu i otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba zidentyfikowała błędy opisu przedmiotu zamówienia, które na obecnym etapie nie mogły zostać zweryfikowane inaczej niż przez unieważnienie postępowania. Jak celnie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, skoro parametry techniczne, o których podanie Zamawiający wezwał wykonawców są dla niego kluczowe, to powinien był je zawrzeć już w OPZ.

Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej
w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy. Wada ta ma charakter nieodwracalny na obecnym etapie postępowania. Natomiast rozszerzenie dopuszczalności interpretacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z intencją Odwołującego prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści SWZ po terminie składania ofert, a także nabycia przez Zamawiającego urządzenia, które nie spełnia jego uzasadnionych potrzeb i prowadzi do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych.

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę interpretacji opisu przedmiotu zamówienia, czy też ich doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Wada ta więc ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego. Orzekając, Izba wzięła również pod uwagę stanowcze deklaracje Zamawiającego, że zamierza on ogłosić kolejne postępowanie, w trybie konkurencyjnym. Jeżeli sporządzony opis przedmiotu zamówienia będzie nosił cechy naruszające zasady określone w ustawie Pzp, to Odwołujący, korzystając ze środków ochrony prawnej, będzie miał realną możliwość zakwestionowania tego elementu postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o wskazaną przesłankę w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż zarzuty naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania w sposób arbitralny.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

……