Sygn. akt KIO 532/13

WYROK

z dnia 22 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2013 r.
przez wykonawcę: **ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**
przy udziale wykonawcy: **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Szpitala Klinicznego im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** na rzecz **odwołującego: ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione

z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa odczynników i materiałów eksploatacyjnych do badan immunochemicznych (wraz z dzierżawą analizatora) do Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera UM w Poznaniu* (oznaczenie sprawy PN/50/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S_216-356341 z 9 listopada 2012 r., tego samego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej

stronie internetowej (www.skp.ump.edu.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „SIWZ" lub „s.i.w.z.").

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.919.848,00 zł, co stanowi równowartość 477.621,65 euro.

28 lutego 2013 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu: ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – pismo o następującej treści:

Uprzejmie informujemy, iż Zamawiający postanowił unieważnić przedmiotowe postępowanie przetargowe (na podst. Art. 83 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych) albowiem jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób niezgodny z przepisami cyt. ustawy, a mianowicie: Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść sporządzonej przez Wykonawcę oferty.

8 marca 2013 r. (pismem z 7 marca 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp [jeżeli *poniżej nie wskazano odmiennie]:*

1. Art. 7 ust. 1 i 3, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który [nie] utrudnia uczciwej konkurencji.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez podstawy prawnej.

3. Art. 93 ust. 3 – przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Siemens sp. z o.o. (dalej w skrócie „Siemens") albowiem treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens, *albowiem w oparciu o dodatkowe argumenty, które rozszerzają obligatoryjną podstawę dokonania tej czynności, kumulatywnie wyczerpana została jeszcze przesłanka z pkt 6 niniejszego artykułu ustawy albowiem niniejsza oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny – bowiem jest niedoszacowana, a także zawiera kolejny błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowanej nieprawidłowej stawki podatku VAT*!
6. Art. 5, art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 pzp – przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.
7. *Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.*
8. Art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, *w ślad za tym* nakazanie dokonania powtórzenia czynności oceny ofert, a w jej wyniku nakazanie odrzucenia oferty Siemens. Odwołujący dodał, że ma to w konsekwencji doprowadzić do wyboru jego oferty i udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. zarzuty związane z unieważnieniem postępowania

Odwołujący stwierdził, że nie może podjąć merytorycznej obrony w tym zakresie, gdyż Zamawiający – wbrew swoim ustawowym obowiązkom – nie napisał jaka jest konkretnie rzeczywista i prawdziwa przyczyna unieważnienia postępowania, tzn. na czym

polega ów wadliwy opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu z wykonawcą, *którego oferta posiada ustawowy walor oferty najkorzystniejszej* (po wcześniejszym odrzuceniu ofert wadliwych).
II. zarzuty związane z zaniechaniem odrzucenia oferty Siemens
1.

Sygn. akt KIO 532/13

Odwołujący podał, że w punkcie 5 tabeli *Zestawienie parametrów wymaganych – granicznych (minimalnych)* zawarto następujący warunek: *Analizator z systemem myjącym zapobiegającym kontaminacji, wyposażony w detektor poziomu cieczy próbek i odczynników.* Następnie 6 grudnia 2012 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi *TAK* na następujące pytanie nr 12: *Czy poprzez zapis „Analizator z systemem myjącym zapobiegającym kontaminacji" Zamawiający rozumie, że analizator powinien być wyposażony w sprawny system mycia sond zapobiegający możliwości przeniesienia do wartości poniżej istotności klinicznej tzn. poniżej 0.1 ppm?".* Odwołujący ocenił, że Zamawiający w ten sposób doprecyzował ten warunek graniczny.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez Siemens analizator Advia Centaur XP nie jest wyposażony w system mycia sond zapobiegający możliwości przeniesienia do wartości poniżej istotności klinicznej tzn. poniżej 0.1 ppm, gdyż w opisie parametru oferty Simens wpisano: *Sonda próbkowa wykorzystuje jednorazowe końcówki całkowicie eliminujące kontaminacje sondy.* Odwołujący zarzucił, że jest to inne rozwiązanie techniczneniż wymagane w parametrze granicznym nr 5. Odwołujący stwierdził ponadto, że Siemens nie zadał pytania, które dopuściłoby do przetargu analizator niespełniający tego parametru granicznego, ani nie oprotestował tak brzmiącego postanowienia SIWZ, natomiast zaoferował analizator niespełniający parametru granicznego.
2.

Odwołujący podał, że w toku postępowania Zamawiający 6 grudnia 2012 r. udzielił odpowiedzi na pytanie [nr 18]:
Dot. tabeli 1: Zestawienie parametrów wymaganych - granicznych (minimalnych), punkt 20: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie analizatora bez możliwości wykonywania oznaczeń przeciwciał anty CMV IgM, przeciwciał anty CMV IgG oraz hemoglobiny glikowanej? Oznaczenia te byłyby wykonywane w laboratorium zewnętrznym, a w ofercie ujęty zostanie koszt ich wykonywania (z uwzględnieniem odbioru próbek i przekazania wyników),
Odpowiedź:
Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie analizatora bez możliwości wykonywania oznaczeń przeciwciał anty CMV IgG I CMV IgM oraz hemoglobiny glikowanej, pod warunkiem zaoferowania dodatkowego niewielkiego analizatora, który zapewni wykonanie przynajmniej dwóch spośród trzech oznaczeń tj. przeciwciał anty CMV IgG i CMV IgM. Wymagany jest analizator nowy, z przyłączeniem do systemu informatycznego Eskulap, z pełną techniczną obsługą analizatora po stronie Wykonawcy zgodnie z zapisami siwz dla analizatora. Zamawiający wymaga, żeby cały zaoferowany sprzęt stanowił wyposażenie pomieszczenia nr 135 Centralnego Laboratorium.

Sygn. akt KIO 532/13

Zamawiający dopuszcza wysyłanie przez Wykonawcę hemoglobiny glikowanej pod warunkiem spełnienia następujących warunków, które zostaną zamieszczone i potwierdzone w ofercie:
1) wskazanie laboratorium, które będzie wykonywać badania
2) wskazanie koordynatora ze strony Wykonawcy
3) dostarczenie metodyki oznaczania badania zgodnie z zapisami siwz
4) potwierdzenie spełnienia wymagań kontroli jakości i poprawności badania
5) odbiór próbek z rejestracji laboratorium Zamawiającego raz na dobę o ustalonej godzinie, transport, dostarczenie wyników badań do rejestracji laboratorium najpóźniej w ciągu 24 godzin od odbioru próbek badanych

6) w przypadku wydarzeń losowych i niemożliwości wykonania oznaczeń we wskazanym przez Wykonawcę laboratorium Wykonawca odpowiada za zlecenie badania w innej placówce zewnętrznej.

Odwołujący stwierdził, że odpowiedź Zamawiającego dopuszczała wstawienie dodatkowego analizatora do oznaczeń CMV IgG/IgM. Odwołujący podał, że Siemens zaoferował dodatkowy analizator Immulite 1000, który został umieszczony w tabeli 1 - *Zestawienie parametrów wymaganych - granicznych (minimalnych),* ale brak jest informacji, czy spełnia on warunki graniczne SIWZ: analizator nie jest analizatorem wolnostojącym (załącznik nr 1 do odwołania), ponadto nie potwierdzono, że zaoferowano analizator fabrycznie nowy (rok produkcji 2012). Odwołujący zarzucił, że brak potwierdzenia spełnienia warunków granicznych SIWZ dla analizatora dodatkowego stanowi podstawę odrzucenia oferty Siemens. Odwołujący dodał, że Siemens nie zadał pytania, czy analizator ten nie musi spełniać wszystkich warunków granicznych SIWZ, a Zamawiający w swojej odpowiedzi nie dopuścił także takiej ewentualności.

3.

Odwołujący podniósł również, że w zacytowanej powyżej odpowiedzi na pytanie nr 18, Zamawiający dopuścił wysyłanie przez wykonawcę hemoglobiny glikowanej [do laboratorium zewnętrznego] między innymi pod warunkiem *dostarczenia metodyki oznaczenia badania zgodnie z SIWZ*. Odwołujący podał, że w dostarczonych przez Siemens dokumentów wskazano na wykonywanie oznaczeń hemoglobiny glikowanej na analizatorze Dimension metodą turbidymetryczną (załącznik nr 2 do odwołania), Odwołujący zarzucił, że oferta Siemens nie spełnia parametru granicznego, gdyż nie jest to metoda zgodna z SIWZ – punkt 2 tabeli 1 *Zestawienie parametrów wymaganych - granicznych (minimalnych),* gdzie wskazano *metoda pomiarów: technologia chemiluminescencji.* W ocenie Odwołującego oferta firmy Siemens powinna być odrzucona.

4.

Sygn. akt KIO 532/13

Odwołujący podniósł również, że w tabeli ofertowej w pozycji 1.23 Hemoglobina glikowana, zgodnie z informacją firmy Siemens wykonywana będzie w laboratorium zewnętrznym, a w kolumnie *podatek VAT* Wykonawca napisał *zw.,* a tym samym wartość netto jest równa wartości brutto oferty w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił, że usługa, jaką jest wykonanie badania w laboratorium zewnętrznym powinna być objętą stawką VAT 23%. Według Odwołującego omyłka w stawce podatku VAT powoduje istotną zmianę w treści oferty i w związku z tym nie może być poprawiona zgodnie z art. 87 ust. 2 pzp, a więc w konsekwencji oferta Siemens powinna być odrzucona, gdyż zawiera błąd w obliczaniu ceny. Zdaniem Odwołującego wadliwa stawka VAT zawarta w ofercie – co ma wpływ na cenę oferty – stanowi błąd w obliczeniu ceny, a tym samym stanowi to obligatoryjną przyczynę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Odwołujący powołał się na uchwałę z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), w której Sąd Najwyższy rozstrzygając zagadnienie prawne dotyczące wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, uznał, że określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp). Jednocześnie Odwołujący podzielił stanowisko wynikające z wyroku WSA w Warszawie z 31 sierpnia 2010 r. (sygn. akt V SA/Wa 769/10), w którym sąd stwierdził że, Zamawiający jest zobligowany do ustalenia prawidłowej stawki VAT, gdyż na nim spoczywa ten obowiązek. W razie stwierdzenia, że stawka jest nieprawidłowa ofertę taką należy odrzucić.

5.

Odwołujący podał, że w dołączonych przez Siemens dokumentach na str. 55 oferty (załącznik nr 3 do odwołania) można wyczytać, że obszar wstawiania próbek obejmuje bramkę wejściową, gdzie wstawia się próbki, bramkę „w toku" gdzie próbki pozostają podczas trwania testu oraz bramkę wyjściową. W ocenie Odwołującego oferowany analizator nie spełnia warunku granicznego SIWZ – punkt 9 tabeli 1: *Ciągły dostęp do próbek badanych i odczynników znajdujących się w analizatorze, bez konieczności przerywania pracy i wprowadzania analizatora w stan pauzy;* uściślonego odpowiedzią na pytanie nr 13, w której Zamawiający potwierdził, że przez *ciągły dostępie do próbek badanych* rozumie to, *że*

oferowany analizator powinien zapewniać możliwość swobodnego dostępu do próbek badanych poza jedynie momentem aspiracji badanego materiału. Według Odwołującego oferta Siemens nie spełnia tego parametru granicznego SIWZ i powinna być odrzucona.
6.

Odwołujący podał, że zgodnie z punktem 19 tabeli *1 Zestawienie parametrów wymaganych - granicznych (minimalnych): Wszystkie odczynniki płynne, gotowe do natychmiastowego użycia, bez konieczności rekonstytuowania.* Zdaniem Odwołującego

wszystkie zaoferowane odczynniki powinny spełniać ten warunek, natomiast w ofercie Siemens odczynnik do oznaczania Metotreksatu wymaga rozpuszczenia i jest gotowy do użycia dopiero po 60 minutach (załącznik nr 4 do odwołania). W ocenie odwołującego również z tego powodu oferta Siemens powinna być odrzucona, jako niespełniająca parametru granicznego.
7. [w odwołaniu omyłkowo ponownie oznaczono nr 6]

Według Odwołującego Zamawiający na etapie oceny ofert zauważył, że oferta Siemens obarczona jest błędem niedoszacowanie w odniesieniu odczynnika pomocniczego Cyklosporyna – poz 4.9 tabeli ofertowej. Zamawiający zwrócił się do Siemens (pismo z dnia 11 lutego 2009 – załącznik nr 5 do odwołania) z prośbą o zgodę na poprawienie omyłki i zmianę ilości zaoferowanego odczynnika – nr kat 4567127 z 6 na 44 opakowania. Odwołujący podał, że zmiana ta skutkuje zmianą wartości brutto oferty z 1.554.768,29 zł na 1.675.483, 30 zł. Zdaniem Odwołującego ponieważ Siemens w piśmie z 14 lutego 2013 r. (załącznik nr 6 do odwołania) wyraziła zgodę na poprawienie omyłki – tym samym potwierdziła niedoszacowanie oferty. Odwołujący zacytował brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp: *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*. W ocenie Odwołującego ocenił, zauważone przez Zamawiającego niedoszacowanie, do którego przyznała się Siemens, w istotny sposób zmienia treść oferty i tym samym stanowi podstawę do jej odrzucenia.
8. [w odwołaniu omyłkowo oznaczono nr 7]

Odwołujący zarzucił że w ofercie Siemens brakuje materiału kontrolnego do oznaczania Cyklosporyny na analizatorze Advia Centaur. Odwołujący podał, że na stronie 6/16 ulotki (załącznik nr 7 do odwołania) Cyklosporine (CsA) można wyczytać: *Do kontroli jakości testu AD VIA centaur Cyklosporine zastosuj środki Bio-Rad Lyphocheck Whole blond Control i Bio-Rad Lyphocheck Elevated Immunosupresant Control, albo równoważne materiały do kontroli jakości testów krwi pełnej.* Zdaniem Odwołującego w ofercie brak jest wymienionych materiałów kontrolnych, a inne oferowane materiały kontrolne nie posiadają wartości dedykowanych dla tego odczynnika, a tym samym uniemożliwiają kontrolę tego parametru. W ocenie Odwołującego oferta Simens powinna być odrzucona ze względu na brak istotnego elementu niezbędnego do wykonania oznaczenia Cyklosporyny.

Zamawiający nie wniósł pisemnej lub ustanie do protokołu odpowiedzi na odwołanie, nie uznał również jego zarzutów.

11 marca 2013 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym

w postępowaniu wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania .

14 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przez Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu i wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Izba na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 2 pzp oddaliła na posiedzeniu opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, gdyż nie uprawdopodobnił on, że Siemens nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego podnoszonym na posiedzeniu, interes ten został wskazany w sposób wystarczający w zgłoszeniu przystąpienia, w którym nawiązano zarówno do zarzutów związanych z unieważnieniem postępowania, jak i zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Siemens. W szczególności Izba zważyła, że interesu Przystępującego w oddaleniu odwołania nie należy utożsamiać z interesem w uzyskaniu zamówienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano również w tym zakresie wniosków odmiennych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu dokonywał szeregu czynności związanych z badaniem ofert, w szczególności wzywał do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. W toku tych czynności, po przeanalizowaniu uzyskanych od wykonawców wyjaśnień, a także opisu przedmiotu zamówienia i udzielanych przez siebie wyjaśnień treści SIWZ, doszedł do wniosku, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami ustawy pzp, w związku z tym nie zakończył badania ofert i nie oceniał ich, lecz unieważnił postępowanie. Zamawiający stwierdził, że po wniesieniu odwołania przyznał się do błędu polegającego na braku odpowiedniego uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji, ponieważ jednak odwołanie dotyczyło również zaniechania odrzucenia oferty Simens, nie mógł uwzględnić zarzutów odwołania w całości. W tych okolicznościach Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia, a następnie ponowił ją, zamieszczając

tym razem uzasadnienie dla tej decyzji. Zdaniem Zamawiającego żaden przepis ustawy nie nakazuje Zamawiającemu, który zdecydował się unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 7 pzp, badania ofert, a w szczególności wykluczenie wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Zdaniem Zamawiającego z tego względu odwołanie w zakresie zarzutów do oferty Siemens jest niezasadne, gdyż Zamawiający nie był zobowiązany do badania tej oferty w związku z unieważnieniem postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, gdyż jest ono niezasadne, co najmniej w zakresie zarzutów zwianych z ofertą Siemens, natomiast w zakresie, w jakim Zamawiający poniekąd przyznał rację Odwołującemu, nie ma to wpływu na wynik postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył jedną z dwóch ofert. Jednocześnie czynności Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania czy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z niższą ceną (stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert) – narażają Odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowód z: pisma Zamawiającego z 28 lutego 2013 r., ogłoszenia

o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, oferty Przystępującego, a także protokołu postępowania.

Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez Przystępującego na rozprawie w postaci strony z instrukcji obsługi analizatora oraz załączonych do odwołania wyciągów z dokumentacji oferty Przystępującego załączonych do odwołania, gdyż dowody te okazały się on zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnienie, gdyż zaniechanie podania przez Zamawiającego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu spowodowało wadliwość tej czynności.

W ocenie Izby odwołanie wniesione od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania jest zasadne, pomimo ogólności zarzutu niewystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającej na tym, że *Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść sporządzanej przez Wykonawcę oferty*. Izba zważyła, że lakoniczność i ogólnikowość zacytowanego uzasadnienia faktycznego, sprowadzającego się do przywołania (z kosmetycznymi zmianami) fragmentu regulacji art. 29 ust. 1 pzp, uniemożliwiła Odwołującemu merytoryczne zakwestionowanie decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie, gdyż poza wskazaniem na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, Zamawiający powołał się na bliżej niesprecyzowaną wadę opisu przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach podniesiony w odwołaniu zarzut zaniechania przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania jest nie tylko oczywiście zasadny, ale i wystarczający dla uwzględnienia odwołania. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 93 ust. 3 pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Z aktualnego brzmienia tego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146 pzp. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6

wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: trybów, braku ogłoszenia bezpodstawnego zastosowania niektórych zamieszczenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill,* określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Z kolei art. 146 pzp zawiera aktualnie w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu

o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia na umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 pzp ma zatem wyłącznie Prezes UZP. Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp, nawet łącznie rozważanych, jest szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Trudno jednak zaakceptować stanowisko, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa UZP do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Prowadziłoby do konieczności zawieranie umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w przeważającej części przyjmuje, że zamawiający unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp – uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art.146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie mogą zapobiec ich zawarciu przez unieważnienie prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W rozstrzyganej sprawie można jedynie ustalić, że Zamawiający stwierdził naruszenie przez siebie art. 29 ust. 1 pzp. Ponieważ Zamawiający nie podał na czym miałoby polegać naruszenie tego przepisu, tym samym nie wskazał żadnej niemożliwej do usunięcia wady prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, która powodowałaby ryzyko zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Jak to już powyżej

wskazano – art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 pzp. Z kolei choć art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty (a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia), a nie unieważnieniem. W konsekwencji jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog *oczywistych* sytuacji opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. O ile można sobie bez trudu wyobrazić opisu przedmiotu zamówienia naruszający art. 29 ust. 1 pzp, o tyle stwierdzenie, czy miało to miejsce w przypadku przedmiotowego postępowania oraz na ile wada ta byłaby istotna dla ważności przyszłej umowy, jest niemożliwe z powodu braku jej skonkretyzowania przez Zamawiającego, choćby w elementarnym zakresie.
W związku z zaniechaniem podania przez Zamawiającego informacji o stwierdzonych nieprawidłowościach opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący przy podejmowaniu decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej nie mógł mieć wiedzy co do faktycznych podstaw unieważnienia postępowania, a w konsekwencji – jak to zaznaczył w odwołaniu – nie miał możliwości podjęcia merytorycznej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Przez brak podania uzasadnienia faktycznego Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości weryfikacji prawidłowości podjętej decyzji, w szczególności przedstawienia odpowiedniej kontrargumentacji, zmierzającej do wykazania braku zaistnienia lub poważnego znaczenia wad opisu przedmiotu zamówienia wykrytych na swój użytek przez Zamawiającego.
W ocenie Izby gdyby Odwołujący miał pełną wiedzę co do tego na czym te uchybienia polegają, mógłby się do nich rzeczowo odnieść, a w zależności od treści uzasadnienia, być

może w ogóle nie zdecydowałby się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, uznając decyzję Zamawiającego za prawidłową lub chociażby trudną do podważenia.
W orzecznictwie Izby podkreślono wagę znaczenia podania pełnego uzasadnienia decyzji podejmowanych przez zamawiających między innymi w wyrokach wydanych: 17 sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt 1658/11, 19 września 2011 r. w sprawie sygn. akt 1934/11 (w uzasadnieniach tych orzeczeń przywołano również inne orzeczenia dotyczące tej kwestii) czy 5 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt 2503/11. W sprawach tych zaniechanie podania przez zamawiających pełnego uzasadnienia edycji o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołań od tych czynności.

Z uwagi na powyższe odwołanie podlegało uwzględnieniu, niezależenie od tego, czy nieujawniona przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 28 lutego 2013 r. wada opisu przedmiotu zamówienia rzeczywiście występuje i ma nieusuwalny charakter, nie pozwalając na zawarcie ważnej umowy. Zamawiający naruszył art. 94 ust. 3 pzp, a w konsekwencji art. 94 ust. 1 pkt 7 pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż nie sposób stwierdzić, czy zaistniała podstawa uprawniająca go do unieważnienia postępowania. Na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania nie stoi dokonane 15 marca 2013 r. przez Zamawiającego unieważnienie unieważnienia postępowania z 28 lutego 2013 r., gdyż powoduje to jedynie zbędność nakazania dokonania tego Zamawiającemu przez Izbę. Jednocześnie zachowanie Zamawiającego po wniesieniu odwołania nie sposób choćby odczytać (Zamawiający na potrzeby postępowania odwoławczego nie złożył w tym zakresie żadnego oświadczenia) za częściowe uwzględnienie zarzutów i uczynienie zadość związanym z tym żądaniom, gdyż następnie 18 marca 2013 r. Zamawiający ponownie unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, tym razem podając uzasadnienie faktyczne. Z oczywistych względów odwołanie nie mogło zawierać zarzutów przeciwko dokonanemu po jego wniesieniu unieważnieniu postępowania. Ponieważ jest to zupełnie nowa czynność Zamawiającego, od której Odwołujący ma prawo się odwołać, nie podlega ona kognicji Izby w tym postępowaniu odwoławczym. Wynika to również z art. 192 ust. 7 pzp, który ogranicza zakres kognicji Izby do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu. Z tego względu brak było podstaw, aby przy rozstrzyganiu odwołania wniesionego 8 marca 2013 r. od unieważnienia postępowania z 28 lutego 2013 r. badać prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanej 18 marca 2013 r. W konsekwencji w rozstrzyganej sprawie Izba nie mogła stwierdzić, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp przy unieważnieniu postępowania 28 lutego 2013 r. nie miało lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia.

Okoliczności rozstrzyganej sprawy, w tym przywołane powyżej, przesądzają również o braku podstaw do rozpoznania zawartych w odwołaniu zarzutów zmierzających do wykazania, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp. W ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie wskazywał na rozprawie, że odwołanie w tej części zostało wniesione od zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na mocy tych przepisów, gdyż nie doszło rozstrzygnięcia postępowania polegającego na wyborze najkorzystniejszej spośród zbadanych i ocenionych ofert. Unieważnienie postępowania jest alternatywnym dla wyboru oferty najkorzystniejszej sposobem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

w szczególności nie zawsze musi się wiązać z dokonywaniem badania i oceny złożonych ofert. Zamawiający niewątpliwie rozpoczął badanie ofert złożonych w postępowaniu, o czym świadczą takie czynności, jak wzywanie do wyjaśnień i dokonanie poprawienia oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, a także wzywanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie zakończył jednak tego badania, a tym bardziej nie dokonał oceny ofert będącej podstawą do wyboru najkorzystniejszej oferty,

skoro zamiast tego unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp i bliżej niesprecyzowaną wadę tkwiącą w opisie przedmiotu zamówienia. Ponieważ opis przedmiotu zamówienia ujawniony został w s.i.w.z., a następnie mógł co najwyżej ulegać zmianom oraz być przedmiotem wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielanych przez Zamawiającego, uchybienia w sposobie dokonania opisu przedmiotu zamówienia obiektywnie musiały zaistnieć przed złożeniem ofert przez wykonawców. Skoro wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, postępowanie z tego powodu mogło być potencjalnie unieważnione bez otwierania składanych ofert. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego dopiero po zapoznaniu się z treścią ofert nie powoduje, że musi być poprzedzone lub dokonane równolegle z oceną złożonych ofert. Natomiast takie spóźnione przyznanie się przez Zamawiającego do popełnienia błędu na etapie kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, powoduje tym bardziej konieczność podania przez niego wyczerpującego i przekonującego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Wykonawcy, którzy działali w zaufaniu do Zamawiającego i w dobrej wierze złożyli oferty muszą mieć możliwość sprawdzenia, że unieważnienie postępowania rzeczywiście nastąpiło z powodu nieusuwalnej wady postępowania tkwiącej w nim przed złożeniem ofert i niezwiązanej z treścią złożonych ofert.

Dla porządku należy odnotować, że Odwołujący cofnął na rozprawie zawarty w pkt 4 uzasadnienia odwołania zarzut zastosowania przez Przystępującego niewłaściwej stawki VAT.

Mając powyższe na uwadze Izba – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz

jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy, ograniczając jego wysokość do kwoty 3600 zł, a więc zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego powyżej rozporządzenia.

Przewodniczący: ……