

Sygn. akt: KIO 616/14

**WYROK**  
**z dnia 10 kwietnia 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2014 r. przez wykonawcę **T..... L..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Diapamed T..... L..... z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 65, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T..... L..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Diapamed T..... L..... z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 65, 43-190 Mikołów i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T..... L..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Diapamed T..... L..... z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 65, 43-190 Mikołów tytułem wpisu od odwołania**

- 2.2. zasądza od wykonawcy T..... L..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Diapamed T..... L..... z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 65, 43-190 Mikołów na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiego Centrum Medycznego im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę jednorazowego sprzętu medycznego”. Postępowanie podzielono na 68 zadań.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 września 2013 r., nr 2013/S 181-311998.

W dniu 18 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę T..... L..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Diapamed T..... L..... z siedzibą w Mikołowie, zwaną dalej „odwołującym”, o wyborze dla zadania nr 53 oferty wykonawcy Agencja Naukowo – Techniczna SYMICO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwaną dalej „wykonawcą SYMICO”, jako najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający, pismem tym, poinformował wykonawcę o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 50 i nr 52 w związku z zaistnieniem okoliczności określonych w art. 93 ust. 7 ustawy Pzp, podając iż „zamawiający w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń opisał przedmiot zamówienia, używając w zadaniu nr 50 poz. 2 i zadaniu nr 53 poz. 3 zwrotu „około”, naruszając tym samym art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto dodał, iż w związku z powyższym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powyższe skutkuje unieważnieniem postępowania w odniesieniu do zadania nr 50 i nr 52 ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 27 marca 2014 r. (pismem z dnia 24 marca 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 marca 2014 r.) od czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 53, a także unieważnienia postępowania w ramach zadania nr 50 i 52, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę jednorazowego sprzętu medycznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewykonanie, mimo uwzględnienia we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 252/14,

zarzutów odwołującego, czynności, o których wykonanie wnioskował odwołujący w odwołaniu z dnia 7 lutego 2014 i uzupełnieniu odwołania z dnia 13 lutego 2014 r.

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w zakresie zadań nr 50, 52 i 53 w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
3. art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że opis przedmiotu zamówienia w zadaniach nr 50 i 52 został dokonany przy użyciu niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń
4. art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 146 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie dotyczącym zadań nr 50 i 52 wskutek nieuzasadnionego uznania, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. w zakresie zadania nr 50 i 52 nakazanie zamawiającemu uchylenie czynności unieważnienia zadania nr 50 i 52, dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie wykonawcy SYMICO z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy SYMICO, ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty
2. w zakresie zadania nr 53 nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie wykonawcy SYMICO z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy SYMICO, ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż przetarg dotyczący zadań nr 50, 52 i 53 został już raz rozstrzygnięty przez zamawiającego w dniu 4 lutego 2014 roku. W postępowaniu tym za najkorzystniejszą ofertę uznane zostały oferty złożone przez wykonawcę SYMICO. Od rozstrzygnięcia tego odwołujący złożył odwołanie, uzupełnione następnie pismem z dnia 13 lutego 2014 roku, zarzucając zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 179, art. 26, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że wykonawca SYMICO, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przedłożył niepełne informacje, sprzeczne częściowo z wymogami wynikającymi z SIWZ. Postępowanie odwoławcze prowadzone było pod sygnaturą akt KIO 252/14. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał zarzuty odwołującego, w wyniku czego postępowanie zostało umorzone. Jednak mimo uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, zamawiający w wyniku ponownego przeprowadzenia postępowania przetargowego nie wykonał czynności, o przeprowadzenie których wnioskował odwołujący, tj. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy SYMICO, wykluczenia wykonawcy SYMICO wobec niespełnienia wymagań SIWZ.

Zamawiający przeprowadził ponowną ocenę ofert w zakresie zadania nr 52, nie uwzględniając jednak zastrzeżeń odwołującego co do prawidłowości i kompletności oferty

wykonawcy SYMICO i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, mimo że do oferty nie dołączono prospektu opisującego i potwierdzającego typ i parametry oferowanego rodzaju elektrody. Również w zakresie zadań nr 50 i 53 zamawiający nie przeprowadził czynności wnioskowanych przez odwołującego, albowiem unieważnił on jedynie postępowanie przetargowe w tym zakresie powołując się na przesłanki, wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tymczasem, jak wynika z treści art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów wykonawcy, zawartych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany był do dokonania czynności, w taki sposób, aby uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu. Naruszenie przez zamawiającego wymogów wynikających z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp uzasadnia ponowne wniesienie odwołania. Zawarte w przesłanej informacji o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 50 i 52 uzasadnienie nie pozwala na merytoryczną polemikę ze stanowiskiem zamawiającego. Brak jest bowiem wskazania jakie okoliczności legły u podstaw przyjęcia, że opis przedmiotu zamówienia nie jest wystarczająco dokładny i jednoznaczny. Pamiętać przy tym należy, iż powołanie się na przesłanki unieważnienia postępowania wynikające z art. 7 i 29 ustawy Pzp wymagają uprawdopodobnienia w odniesieniu do okoliczności konkretnego postępowania przetargowego. Nie jest wystarczające, jak uczynił to zamawiający, powołanie się wyłącznie na brzmienie przepisu ustawy Pzp. Analiza złożonych ofert wskazuje, że wykonawcy nie mieli problemu z opisaniem przedmiotu zamówienia, zwłaszcza że opis ten był przedmiotem dodatkowych wyjaśnień do SIWZ, opublikowanych przez zamawiającego w dniu 25 października 2013 r.. Użyte w SIWZ określenia zostały dodatkowo wyjaśnione przez zamawiającego, co podważa zawarte w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania twierdzenia o sprzeczności zapisów SIWZ z przepisami ustawy.

Odwołujący podniósł, iż kwestionuje stanowisko zamawiającego, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przesłana informacja o unieważnieniu postępowania nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego, co stanowi niewykonanie przez zamawiającego ciążących na nim wymogów ustawowych. To zamawiający powinien wykazać, że wada postępowania, na którą się powołuje, jest niemożliwa do usunięcia, a ewentualna umowa, zawarta w wyniku przeprowadzenia takiego postępowania, będzie nieważna. Jeżeli wada postępowania jest usuwalna, konieczne i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnianie całego postępowania. Treść art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi być obarczone stwierdzoną przez zamawiającego wadą, która na danym etapie postępowania, na którym została stwierdzona, nie może być usunięta. Tym samym na tym etapie postępowania, na

jakim się ono znajduje, zamawiający nie może zastosować żadnej z procedur sanacyjnych przewidzianych ustawą Pzp w celu usunięcia stwierdzonej wady.

Odwołujący zakwestionował zasadność stanowiska zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia w zadaniach nr 50 i 52 był niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Stanowisko to znajduje potwierdzenie także we wcześniejszym postępowaniu zamawiającego, który prowadząc postępowanie o zamówienie publiczne nr DZ/3321/124/12, w zakresie zadań 20-23 odrzucił ofertę spółki Samico z uwagi na wskazaną w ofercie długość kabla 5 m, w sytuacji gdy z SIWZ wynikała długość ok. 2,5m. W specyfikacji zamawiający posługiwał się wówczas określeniem ok. 2,5 i ok.15-17 cm. Wskazane wyżej działania zamawiającego, pozostające w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, doprowadziły do naruszenia art. 7 tej ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i traktowania wykonawców.

Unieważnienie postępowania przetargowego w zakresie zadań nr 50 i 52 wyłączyło możliwość weryfikacji podniesionych przez odwołującego zarzutów dotyczących zgodności z wymogami SIWZ, prawidłowości i kompletności ofert złożonych wykonawcą SYMICO i w konsekwencji podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy oraz odrzuceniu jego oferty w zakresie wszystkich pakietów zamówienia.

Reasumując odwołujący podtrzymał swoje zarzuty, zawarte w odwołaniu z dnia 7 lutego 2014 roku i jego uzupełnieniu z dnia 13 lutego 2014 roku, wskazując przede wszystkim na kwestię sprzeczności oferty wykonawcy SYMICO w zakresie zadania nr 52 z wymogami specyfikacji poprzez zaoferowanie kabla o długości 5 m, podczas gdy zapisy SIWZ wskazywały, że powinien on mieć długość 2,5-3 m. Uchybienie to winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie zadania nr 50, wykonawca SYMICO przedłożył dokument niezgodny z katalogiem firmy Fiab SpA, dostępnym na stronie internetowej oraz przyjętym przez producentów elektrod nazewnictwem. Przedłożone przez wykonawcę informacje są niezgodne z SIWZ, co uzasadniało jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rozpoznanie tych zarzutów w zakresie zadań nr 50 i 52 rzutowałoby także na wyniki postępowania w ramach zadania nr 53, gdzie obecnie jako najkorzystniejsza wskazana została oferta wykonawcy SYMICO.

W dniu 27 marca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (wykonawca SYMICO) otrzymało przedmiotowe pismo w tej samej dacie).

W dniu 1 kwietnia 2014 r. (pismem z dnia 31 marca 2014 r.) wykonawca SYMICO przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba ustaliła, iż w dniu 1 kwietnia 2014 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo będące oświadczeniem wykonawcy Agencja Naukowo – Techniczna SYMICO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Pismo to nie zostało podpisane, ja również wpłynęło po terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, iż wykonawca ten nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis **art. 186 ust. 3 ustawy Pzp** uznać należy za przepis o charakterze proceduralnym, a nie prawa materialnego. Stanowi on *quasi*-substytut rozstrzygnięcia o zasadności żądań przez Izbę. Izba bowiem zgodnie przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do tego postępowania po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym, wobec umorzenia postępowania odwoławczego, Izba nie jest władna rozstrzygnąć o zasadności zarzutów, a tym samym o żądaniach odwołującego. Niemniej jednak zamawiający jeżeli uzna w całości zarzuty podniesione przez odwołującego powinien dokonać odpowiednich czynności zgodnie z żądaniem zawartym odwołaniu. Czynność uwzględnienia w całości zarzutów odwołania dokonywana przez zamawiającego jest bowiem elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś postępowania o udzielenie zamówienia. Tak więc zamawiający, który uwzględnił w całości zarzuty odwołania powinien - zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp - uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego.

Niemniej jednak zamawiający, dokonując czynności, których wykonanie ma stanowić spełnienie żądania uznanego w całości odwołania, musi mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do wniesienia odwołania, gdyż stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia nie stanowi podstawy dla decyzji o uwzględnieniu odwołania, ale rodzi po jej stronie obowiązek merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia, czy nowe, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne z przepisami ustawy Pzp. W ocenie Izby, w kwestionowanym stanie faktycznym, zamawiający nie naruszył art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający unieważnił bowiem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 50, 52 i 53 i dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert. I dopiero w jej następstwie podjął kwestionowane obecnie przez odwołującego czynności.

**Zarzut dotyczący nieprawidłowego wyboru w ramach zadania nr 53 oferty wykonawcy SYMICO jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.**

Przede wszystkim stwierdzić należy, iż w ramach tego zadania odwołujący sformułował pod adresem wykonawcy SYMICO jedynie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, żądając nakazania zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia tego wykonawcy a tym samym odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Zarówno w poprzednim odwołaniu (sygn. akt KIO 252/14), jak i w obecnym odwołujący pod adresem wykonawcy SYMICO nie sformułował żadnego samodzielnego zarzutu i dopiero na rozprawie – odpowiadając na pytanie przewodniczącej – wyjaśnił, iż podnosił i nadal podnosi zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, kwestionując ofertę wykonawcy SYMICO na skutek złożenia przez niego w innym zadaniu (nr 50) nieprawdziwych informacji, a co miałyby skutkować wykluczeniem tego wykonawcy w ramach tego zadania (nr 53). Zamawiający, co jest niewątpliwe, w całości uwzględnił poprzednio wniesione odwołanie, a więc także w zakresie zadania nr 53. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego powinno być czynnością przemyślaną i racjonalną jednakże nie zawsze tak jest. Niemniej jednak nie może to prowadzić do konieczności sankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem, a w tym stanie faktycznym niewątpliwie by tak było. Odwołujący oczekiwał bowiem i oczekuje wykluczenia wykonawcy w ramach zadania nr 53, ale na skutek zarzutów, które zostały postawione temu wykonawcy w ramach innego zadania, tj. zadania nr 50. Ze stanowiskiem



odwołującego nie sposób się zgodzić. Nie można bowiem wykluczyć wykonawcy z postępowania w ramach zadanie nr 53 z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w ramach zadania nr 50. Przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Informacje takie mogą być zawarte w oświadczeniach i dokumentach złożonych przez wykonawcę, np. w treści oferty. Jeżeli takie informacje (informacje nieprawdziwe) mają wpływ na wynik postępowania, a tym samym dotyczą warunków podmiotowych i przedmiotowych, zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Skoro zaś dane zamówienie podzielone jest na szereg zadań to przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania muszą wystąpić w ramach konkretnego zadania. A ponieważ w ramach zadania nr 53 zarzut taki (złożenia nieprawdziwych informacji) nie został postawiony brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy na tej właśnie podstawie. Tym samym zamawiający prawidłowo uczynił, dokonując wyboru oferty wykonawcy SYMICO w ramach zadania nr 53 jako najkorzystniejszej.

**Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp** dotyczący dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zadaniach nr 50 i 52 przy użyciu niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (zarzut 3 odwołania) **podlega odrzuceniu z uwagi na treść art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp**, zgodnie z treścią którego „odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (...)”. Zarzut ten został bowiem podniesiony po terminie przewidzianym w ustawie na zaskarżanie treści ogłoszenia o zamówieniu i treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w „Formularzu cenowym” dotyczącym Zadania nr 50 (załącznik nr 2b do SIWZ) – „Elektroda do diatermii czynne – Blok Operacyjny Oddziału Kardiochirurgii”, opisując przedmiot zamówienia podał w poz. 2 „Nożyk długi ok. 15–17 cm wysokoizolowany pokryty teflonem w części mającej kontakt z pacjentem, kompatybilny z uchwytem o średnicy 2,4 mm”.

Zamawiający w „Formularzu cenowym” dotyczącym Zadania nr 52 (załącznik nr 2b do SIWZ) – „Elektrody neutralne i czynne do koagulacji do diatermii CONMED – Pozostałe

Jednostki Szpitala”, opisując przedmiot zamówienia podał w poz. 3 „Przewody wielorazowe do elektrody neutralnej ok. 2,5 metra długości”.

Nadto zamawiający, odpowiadając na pytanie dotyczące zadania nr 52, „czy zamawiający dopuści Przewody wielorazowe do elektrody neutralnej o dł. 3 m?” podał „zamawiający dopuszcza również”.

W dniu 18 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującą o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 50 i nr 52 w związku z zaistnieniem okoliczności określonych w art. 93 ust. 7 ustawy Pzp, podając iż „zamawiający w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń opisał przedmiot zamówienia, używając w zadaniu nr 50 poz. 2 i zadaniu nr 53 poz. 3 zwrotu „około”, naruszając tym samym art. 29 ust. 1 ustawy Pzp”. Dodał także, iż w związku z powyższym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powyższe skutkuje unieważnieniem postępowania w odniesieniu do zadania nr 50 i nr 52 ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 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. Powyższe może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W takim przypadku musi więc wystąpić naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, tj. musi zaistnieć wada postępowania i dopiero ta wada ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Chodzi przy tym o to, aby nie była to jakakolwiek wada, ale wada na tyle istotna, iż niemożliwym staje się zawarcie ważnej umowy. Wada ta musi być także niemożliwa do usunięcia. A ponadto musi wystąpić związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający w piśmie z dnia 18 marca 2014 r., uzasadniając unieważnienie postępowania na kwestionowanej podstawie wskazał, iż przedmiot zamówienia opisał w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz za pomocą

niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, używając w zadaniu nr 50, poz. 2. i w zadaniu nr 52, poz. 3 zwrotu „około”, naruszając tym samym art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe – jak podniósł na rozprawie – dostrzegł dopiero w trakcie kolejnej oceny ofert i to na skutek zarzutów dotyczących długości kabla i nożyka, a więc zadań nr 50 i 52. Zamawiający uznał, iż w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia, używając nieostrego terminu dotyczącego długości kabla i nożyka, tj. zwrotu „około”. Opis dotyczący długości kabla i nożyka jest faktycznie nieprecyzyjny. Zamawiający nie określił bowiem w sposób jednoznaczny przedziałów długości kabla. Natomiast w przypadku nożyka mimo, iż zamieścił przedział jego długości to przez użycie zwrotu „około”, spowodował, iż i ten wymóg nie jest precyzyjny. Dlatego też przy takim sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, jakiego dokonał w tym postępowaniu zamawiający, brak jest zarówno pewności co do wymaganych przez niego parametrów dotyczących długości kabla i nożyka, jak i parametrów tych produktów zaoferowanych przez wykonawców. Do doprecyzowania zakresu długości kabla i nożyka nie doszło także na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców. Natomiast w odniesieniu do kabla rozszerzono jeszcze parametr jego długości, jednak nadal dokładnie tej długości nie określając. Przy ocenie ofert funkcjonował więc nieostry termin „około” i powyższe mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający, prawidłowo opisując przedmiot zamówienia, powinien był więc określić przedział długości kabla i nożyka. Ustawodawca wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie wymienił naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca, tym niemniej podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Skoro więc istnieją wątpliwości co do tego, jakiej długości kabla i jakiej długości nożyka zamawiający wymagał, prowadziłoby to do możliwości zakupu kabla i nożyka nieodpowiadającego potrzebom zamawiającego. Powyższe (z uwagi na wadliwy opis) można więc uznać za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Opis przedmiotu zamówienia powinien być bowiem dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego. Precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia ma zapobiec w przyszłości ewentualnej różnicy zdań między stronami umowy, tj. zamawiającym a wykonawcą w toku realizacji przedmiotu zamówienia, chociażby co do tego produkt o jakich parametrach jest przedmiotem świadczenia wykonawcy, a na taką okoliczność zamawiający się także w toku rozprawy powoływał. Tym samym Izba uznała, iż zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....