

Sygn. akt: KIO 113/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M. M. z siedzibą w Trzebowniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M. M. z siedzibą w Trzebowniku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M. M. z siedzibą w Trzebowniku** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M. M. z siedzibą w Trzebowniku** na rzecz zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Adaptacja pomieszczeń pod dostawę Tomografu Komputerowego - wykonanie instalacji gazów medycznych na terenie Zespołu Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 października 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00459386.

W dniu 9 stycznia 2024 r. wykonawca M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M. M. z siedzibą w Trzebowniku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania, z uwagi na okoliczność, iż w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) Zamawiający prawidłowo określił wymagania dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i wykonawców. W STWiORB Zamawiający wyraźnie wskazał, iż Instalacja gazów medycznych, a właściwie system rurociągowy do gazów medycznych, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG, oraz przepisami krajowymi (ustawa o wyrobach medycznych z dnia 7 kwietnia 2022 r. Dz. U. 2022 poz. 974) są wyrobem medycznym klasy IIb.

Wbrew obecnej zmianie stanowiska Zamawiającego zawartej w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, instalacje gazów medycznych to wyrób klasy II b, a nie II a, nadto klasyfikacja instalacji gazów medycznych jako klasy IIb jest jednolicie traktowana zarówno przez przepisy dyrektywy Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca wyrobów medycznych (Dz.U. L 169 z 12.7.1993, str. 1) oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, a także przepisy krajowe.

2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako

najkorzystniejszej z ofert nieodrzuconych, wszystkie ww. czynności w konsekwencji doprowadziły do naruszenia przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania, a to uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: uchylenia czynności Zamawiającego, tj. czynności unieważnienia postępowania oraz udzielenia zamówienia Odwołującemu, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 31 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, oferty wykonawców, informację o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 1 lutego 2024 r.

Izba nie uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania graficznej reprezentacji reguł klasyfikacyjnych i ich wzajemnych relacji ze str. 5 odpowiedzi na odwołanie, stwierdzając, że art. 506 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim, zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Graficzna reprezentacja reguł klasyfikacyjnych, która została przedstawiona bez tłumaczenia, jest więc wadliwa formalnie i nie ma możliwości oparcia na takim materiale procesowym ustaleń Izby, a jego wada powoduje, że została przez skład orzekający pominięta.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie adaptacji pomieszczeń pod dostawę Tomografu Komputerowego - Wykonanie instalacji gazów medycznych na terenie Zespołu Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) - Załącznik nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”.

Stosownie do pkt 3.8 SWZ Wykonawca do realizacji robót przewidzianych zakresem zamówienia w zakresie instalacji gazów medycznych winien stosować materiały posiadające wymagane certyfikaty zgodności z Polską Normą oraz posiadać wymagane certyfikaty dla wyrobów medycznych klasy IIb, instalacje gazów medycznych należy wykonać w szczególności zgodnie z normą EN ISO 7396-1:2016-07 oraz zgodnie z zapisami zawartymi w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SWZ.

Zgodnie z postanowieniami STWiORB (str.1) *Instalacja gazów medycznych, a właściwie system rurociągowy do gazów medycznych, zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG, oraz przepisami krajowymi (USTAWA O WYROBACH MEDYCZNYCH z dnia 7 kwietnia 2022 r. Dz. U. 2022 poz. 974), są wyrobem medycznym klasy IIb.*

W toku postępowania oferty złożyło 2 wykonawców I. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MED- INSTAL I. R. oraz Odwołujący.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 22 listopada 2023 r.

Odwołujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając czynności Zamawiającego, tj.:

- a) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez I. R. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MED- INSTAL I. R.,
- b) zaniechanie zwrócenie się przez Zamawiającego do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,
- c) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- d) zaniechanie czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowanie odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty, co spowodowało umorzenie postępowania odwoławczego (postanowienie KIO z dnia 8 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3539/23).

W dniu 4 stycznia 2024 r. Zamawiający przesłał do wykonawców pismo informujące o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wskazując, że *po poddaniu dogłębnej analizie zarzutów wniesionych przez Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M. M. z siedzibą 36-001 Trzebowniko 53 A doszedł do wniosku, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Adaptacja pomieszczeń pod dostawę Tomografu Komputerowego - Wykonanie instalacji gazów medycznych na terenie Zespołu Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu” doszło do uchybień.*

Zamawiający w istocie nie zwrócił się do Wykonawcy MED-INSTAL I. R. o wyjaśnienie składników cenowych oferty, pomimo tego, że oferowana cena była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT. Był do tego bezwzględnie zobowiązany na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp.

Ponadto rzeczywiście Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy MED-INSTAL I. R., legitymującego się certyfikatem CE dla wyrobów medycznych klasy ryzyka IIa podczas, gdy w ogłoszonym SWZ wskazano wymóg przedstawienia certyfikatu klasy IIb dla instalacji gazów medycznych. Stąd też oferta ta powinna zostać odrzucona, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, jako niespełniająca warunków zamówienia.

Jednakże odrzucenie oferty Wykonawcy MED-INSTAL I. R. było by działaniem nieprawnym z uwagi na zapisy Rozporządzenia MDR 2017/745 zastępujące Dyrektywę Medyczną 93/42, na podstawie której Wykonawca MED-INSTAL I. R. prowadził działalność jako producent wyrobu medycznego instalacji gazów medycznych dzięki wykonanej certyfikacji wg aktualnie obowiązującego Rozporządzenia MDR 2017/745, spełniając najnowsze i aktualne wymagania w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i skuteczności działania produkowanych wyrobów medycznych.

Na uwagę zasługuje fakt, iż nowe Rozporządzenie 2017/745 zezwala jeszcze na wykonywanie działalności w oparciu o certyfikat wg Dyrektywy 93/42, w ramach wprowadzonych okresów przejściowych. Wg Dyrektywy 93/42 Instalacje gazów medycznych były klasyfikowane jako wyrób medyczny klasy IIb. Jednakże należy zauważyć, że jest to stare podejście do wymagań, które zostało zmodyfikowane Rozporządzeniem MDR 2017/745 wg której instalacje gazów medycznych są klasyfikowane jako wyrób medyczny klasy IIa.

Wobec powyższego Zamawiający powinien dopuścić, zapisami w dokumentacji wykonanie zakresu umowy, zarówno w oparciu o certyfikat wg Dyrektywy 93/42 jak i Rozporządzenie MDR 2017/745.

Nie dokonując wskazanych wyżej czynności Zamawiający doprowadził do zakłócenia zasad uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania Wykonawców. Wobec powyższych okoliczności, Zamawiający zobligowany jest do unieważnienia postępowania z uwagi na jego wadę której nie można usunąć w drodze powtórzenia nieprawidłowej czynności.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, uznając że unieważnienie postępowania było prawidłowe, stosownie do art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił, że unieważnienie postępowania przez Zamawiającego było niezasadne, bowiem wbrew zmianie stanowiska Zamawiającego zawartej w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, instalacje gazów medycznych to wyrób klasy IIb, a nie klasy IIa.

Z powyższym, zdaniem składu orzekającego, nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z art. 51 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG, dalej „rozporządzenie 2017/745”, *Wyroby dzieli się na klasy I, IIa, IIb oraz III, uwzględniając przewidziane zastosowanie*

wyrobów oraz związane z nimi ryzyko. Klasyfikację przeprowadza się zgodnie z załącznikiem VIII.

W myśl art. 52 ust. 1 ww. rozporządzenia *Przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu producenci przeprowadzają ocenę zgodności tego wyrobu, zgodnie z mającymi zastosowanie procedurami oceny zgodności określonymi w załącznikach IX–XI. Stosownie do ust. 2 art. 52 Przed wprowadzeniem do używania wyrobu, który nie jest wprowadzony do obrotu, producenci przeprowadzają ocenę zgodności tego wyrobu, zgodnie z mającymi zastosowanie procedurami oceny zgodności określonymi w załącznikach IX–XI.*

Załącznik IX ww. rozporządzenia obciąża producenta obowiązkiem, wynikającym z art. art. 10 ust. 9 rozporządzenia 2017/745, ustanowienia, dokumentowania i wdrożenia systemu zarządzania jakością produkcji i przeprowadzenia oceny tego systemu przez jednostkę notyfikowaną.

Załącznik VIII ww. rozporządzenia zawiera zaś reguły klasyfikacji. Zgodnie z regułą 3.1 *Zastosowanie reguł klasyfikacji zależy od przewidzianego zastosowania wyrobów. Stosownie do reguły 3.2 Jeżeli dany wyrób przeznaczony jest do używania w połączeniu z innym wyrobem, reguły klasyfikacji stosowane są oddzielnie do każdego z wyrobów. Wyposażenie wyrobu medycznego i produktu wymienionego w załączniku XVI klasyfikuje się oddzielnie, niezależnie od wyrobu, z którym jest używane. Jak stanowi reguła 1 w pkt 4.1 Wszystkie wyroby nieinwazyjne należą do klasy I, chyba że podlegają jednej z poniższych reguł. W myśl reguły 2 z pkt 4.2 Wszystkie wyroby nieinwazyjne przeznaczone do przesyłania lub przechowywania krwi, płynów ustrojowych, komórek lub tkanek, płynów lub gazów do celów ewentualnych infuzji, podawania lub wprowadzania do organizmu należą do klasy IIa:*

— jeżeli mogą zostać połączone z aktywnym wyrobem klasy IIa, klasy IIb lub klasy III, lub

— jeżeli są przeznaczone do przesyłania lub przechowywania krwi lub innych płynów ustrojowych lub do przechowywania organów, części organów lub komórek i tkanek ciała, z wyjątkiem worków na krew; worki na krew należą do klasy IIb.

We wszystkich pozostałych przypadkach wyroby takie należą do klasy I.

Jak stanowi art. 2 ust. 4 rozporządzenia 2017/745 „wyrób aktywny” oznacza wyrób, którego funkcjonowanie zależy od źródła energii innego niż energia generowana przez ciało ludzkie do tego celu lub przez siłę grawitacji i który działa poprzez zmianę gęstości lub przetwarzanie tej energii. Za wyroby aktywne nie uznaje się wyrobów przeznaczonych do przenoszenia między wyrobem aktywnym a pacjentem – bez istotnych zmian – energii, substancji lub innych elementów. Oprogramowanie również uznaje się za wyrób aktywny.

Zgodnie z art. 2 ust. 6 rozporządzenia 2017/745 „wyrób inwazyjny” oznacza wyrób, który w całości lub części wnika do wnętrza ciała przez jeden z jego otworów lub przez powierzchnię ciała.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie instalacji gazów medycznych na terenie Zespołu Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu. Bezspornym między stronami było, że instalacja gazowa jest wyrobem aktywnym. Spór dotyczył ustalenia czy instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy IIa czy klasy IIb.

Izba uznała, że instalacja gazów medycznych należy do klasy IIa, bowiem nie jest wyrobem inwazyjnym. Zaklasyfikowanie do wyrobów inwazyjnych wymaga, stosownie do definicji zawartej w art. 2 ust. 6 rozporządzenia 2017/745, wnikięcia do wnętrza ludzkiego ciała przez jakikolwiek otwór lub powierzchnię ciała. Tymczasem instalacja gazów służy transportowi gazów medycznych do urządzeń końcowych. Ponadto, zgodnie z pkt 4.2 (reguła 2) załącznika VIII rozporządzenia 2017/745 wszystkie wyroby nieinwazyjne przeznaczone do przesyłania lub przechowywania krwi, płynów ustrojowych, komórek lub tkanek, płynów lub gazów do celów ewentualnych infuzji, podawania lub wprowadzania do organizmu należą do klasy IIa jeżeli mogą zostać połączone z aktywnym wyrobem klasy IIa, klasy IIb lub klasy III. Biorąc pod uwagę powyższą regułę nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że jeśli wyrób medyczny może zostać połączony z aktywnym wyrobem klasy IIa, to ten wyrób należy do wyższej klasy wyrobu medycznego – IIb.

Dodatkowo, argumentacja Odwołującego, że instalacja gazowa jest wyrobem klasy IIb z uwagi na to, że łączy się z innymi wyrobami klasy IIb nie znajduje uzasadnienia. Instalacja gazowa jest odrębnym wyrobem medycznym. Tym bardziej, że zgodnie z pkt 3.2 załącznika VIII rozporządzenia 2017/745 jeżeli dany wyrób przeznaczony jest do używania w połączeniu z innym wyrobem, reguły klasyfikacji stosowane są oddzielnie do każdego z wyrobów. Zatem twierdzenie, że całość przedmiotu zamówienia w postaci instalacji gazowej podlega obowiązkowi certyfikacji IIb jest chybione. Nie ma żadnej reguły, która podnosiłaby klasę instalacji gazowej z IIa do IIb przez samo połączenie z wyrobami wyższej klasy. Jak słusznie zauważył Zamawiający jest wręcz przeciwnie, gdyż z reguły 4.2 rozporządzenia 2017/745 wynika, że wyrób nieinwazyjny służący do transportu gazów staje się produktem klasy IIa przez możliwość połączenia z produktem klasy IIb. W przeciwnym wypadku byłby wyrobem klasy I.

Rację należy przyznać też Zamawiającemu, że wobec instalacji gazowej nie znajdzie zastosowania reguła z pkt 6.4 załącznika VIII ww. rozporządzenia (reguła 12), zgodnie z którą *Wszystkie wyroby aktywne przeznaczone do podawania do organizmu lub usuwania z niego produktów leczniczych, płynów ustrojowych lub innych substancji należą do klasy IIa, o*

ile to podawanie lub usuwanie nie odbywa się w sposób potencjalnie niebezpieczny, biorąc pod uwagę rodzaj substancji, daną część ciała oraz sposób stosowania, w którym to przypadku należą do klasy IIb. Jest to zrozumiałe skoro instalacja gazowa nie podaje bezpośrednio do ciała pacjenta gazów medycznych, a jedynie przesyła gaz do punktu poboru.

Równocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący powołuje się na przepisy, które już nie obowiązują. Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. 107 poz. 679) straciła moc zgodnie z art. 147 ustawy o wyrobach medycznych z dnia 7 kwietnia 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 974). Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 30 kwietnia 2004 r. (Dz.U. nr 100, poz. 1027 ze zm.) obowiązywało do dnia 17 września 2010 r.

Reasumując, Zamawiający w sposób nieprawidłowy wymagał w postanowieniach SWZ dla przedmiotu zamówienia - instalacji gazowej – certyfikacji klasy IIb, podczas gdy wymagać mógł jedynie klasy IIa.

Wobec powyższych okoliczności Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo zastosował przesłankę wynikającą z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nakazującą unieważnienie postępowania w przypadku gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że Zamawiający w sposób błędny określił klasę instalacji gazów medycznych, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców, bowiem producenci instalacji gazowych posiadających certyfikację IIa zgodnie z rozporządzeniem 2017/745 byli wyłączeni od udziału w postępowaniu.

Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ, w których doprecyzowane zostanie kryterium klasy instalacji gazowych. Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 705 kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r.,

pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231) enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 705 kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 705 kodeksu cywilnego znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, dokonanie otwarcia ofert przez Zamawiającego, powoduje, że niemożliwe jest zmodyfikowanie specyfikacji warunków zamówienia w zakresie ww. parametru opisu przedmiotu zamówienia, zatem zachodzi konieczność unieważnienia niniejszego postępowania.

W konsekwencji powyższej argumentacji zarzut z odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Skoro więc Zamawiający był uprawniony do unieważnienia niniejszego postępowania, zgodnie z przepisami ustawy, to nie dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad prowadzenia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

