

**WYROK**

**z dnia 11 września 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2020r. przez **wykonawcę TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. św. Jadwigi z siedzibą w Opolu, ul. Wodociągowa 4**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie w całości,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84 i:**
  - 2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od wykonawcę TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84 na rzecz zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. św. Jadwigi z siedzibą w Opolu, ul. Wodociągowa 4 kwotę 221 zł. 97 gr. (słownie: dwieście dwadzieścia jeden złotych dziewięćdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podniesienie efektywności diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych, w tym nowotworów, poprzez zakup sprzętu medycznego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jadwigi w Opolu zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2020r. za numerem 2020/S 086-204091.

W dniu 29 lipca 2020r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 1 - Aparat USG na podstawie 93 ust 1 pkt 7 w związku z art.146 ust. 6 ustawy

Decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta w wyniku stwierdzenia przez zamawiającego w jego ocenie niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnosząc się do stanu faktycznego będącego podstawą unieważnienia postępowania wskazać należy, że wada sprowadza się do błędnego zapisu zamawiającego. W stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający błędnie zamieścił zapis pod opisem przedmiotu zamówienia w przypadku zadania nr 1A do SIWZ tj. „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”, gdzie zamawiający w wymaganych wartościach granicznych wymagał od wykonawcy odpowiedzi TAK/NIE. Błędnie sformułowane parametry oceny ofert mogły skutkować ograniczeniem liczby wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu co mogłoby mieć znaczący wpływ na wynik końcowy postępowania. Mając na uwadze powyższe, zdaniem zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało obarczone wadą której nie da się usunąć, ponieważ nie da się usunąć błędów dotyczących treści SIWZ po dokonaniu czynności niepowtarzalnych takich jak czynność otwarcia ofert. Jednocześnie zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust.1 ustawy, jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art.146 ust. 6 ustawy tak np.- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2012 r., Sygn. akt. I ACa 582/12 który wskazuje że „Nie było również trafne stanowisko pozwanych prezentowane w toku procesu, według którego zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy w przypadku umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego ustawa przewiduje zamknięty katalog przyczyn jej unieważnienia. Prawidłowo bowiem przyjął Sąd Okręgowy, iż do umów zawartych w tym trybie będą się odnosić wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności w kodeksie cywilnym. Wynika to również z regulacji zawartej w art. 139 ust. 1

ustawy. Zamawiający zwrócił, że art. 146 ust. 1 ustawy przewiduje katalog przyczyn unieważnienia umowy, a nie stwierdzenia jej nieważności.”. Zgodnie z art. 58 par. 1 Kodeksu cywilnego: „1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Zawarcie umowy w sytuacji dopuszczenia się przez zamawiającego wskazanego powyżej uchybienia spowoduje, że czynność prawna zawarcia umowy w świetle przepisu art. 58 par. 1 kodeksu cywilnego okaże się nieważna. W takiej sytuacji zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a gdyby umowa została zawarta, Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przysługuje - zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy prawo wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy.

W dniu 7 sierpnia 2020r. wykonawca TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 lutego 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 7 sierpnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania w części 1 (pismo z dnia 29 lipca 2020r.) nie świadczą o spełnieniu przesłanek do zastosowania tego przepisu,
- 2) Art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 29 lipca 2020r. polegającej na unieważnieniu postępowania w części 1 (Zadanie nr 1 - Aparat USG),
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego,
- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówieni; bowiem złożył ofertę w postępowaniu (tak wyrok KIO z dnia 1 marca 2019r., sygn. akt. KIO 265/19), nadto w Zadaniu nr 1 - Aparat USG jest to jedyna oferta, a odwołujący nie został wykluczony z postępowania, ani też jego oferta nie została odrzucona. Jako dowód powołał kopię informacji z otwarcia ofert z dnia 15 czerwca 2020r.

Odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2020r. (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i unieważnieniu postępowania w części 1, 2,3,9,11, i 13) unieważnił postępowanie w części 1 (Zadanie nr 1 - Aparat USA) powołując się na przepis art. 93 ust 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy; uznając, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie nie pod legającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako dowód odwołujący powołał kopię informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i unieważnieniu postępowania w części 1, 2, 3, 9,11, i 13 z dnia 29 lipca 2020r.

Zamawiający podał, że pod opisem przedmiotu zamówienia w części 1 (Załącznik nr 1A do SIWZ) błędnie umieścił następujący zapis: „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”, mimo że w wymaganych wartościach granicznych wymagał od Wykonawcy odpowiedni TAK/NIE. Zamawiający uznał, że błędnie sformułowane parametry oceny ofert mogły skutkować ograniczeniem liczby wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu, co mogłoby mieć znaczący wpływ na wynik końcowy postępowania.

W ocenie odwołującego unieważnienie postępowania jest nieuzasadnione. Przywołany przez zamawiającego zapis opisu przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1A, dotyczący spełniania parametrów przedmiotu zamówienia nie wprowadził wykonawcy w błąd, ani też nie mógł w żaden sposób spowodować u innych wykonawców przekonania, że w przypadku, w którym zamawiający wskazał w tabeli „TAK/NIE”, to wpisanie NIE spowoduje odrzucenie jego oferty. Oczywiście dla odwołującego, a także z całą pewnością dla pozostałych wykonawców jest, że wprowadzony przez zamawiającego zapis „TAK/NIE” oznacza, że dany parametr nie jest dla zamawiającego niezbędny. Takie zapisy powszechnie stosowane są w przypadku zamówień na dostawę sprzętu medycznego, we wszystkich prawie specyfikacjach zamawiający wskazują na parametry graniczne, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty, oraz na parametry dodatkowe, które mogą być spełnione, ale nie muszą. Zawsze takie parametry dodatkowe oznaczane są w opisie przedmiotu zamówienia w sposób podobny jak w przypadku niniejszego postępowania (ty TAK/NIE) i oczywiście dla wykonawców jest, że zamawiający dopuszcza w ten sposób pewien wybór cech danego produktu, niepowodujący odrzucenia oferty.

Jako dowód powołał SIWZ w postępowaniu Szpital Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie, ul. Gdyńska 1/3, 05-200 Wołomin

Powyższa interpretacja wynika z logicznego rozumienia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - skoro zamawiający wprost dopuszcza wpisanie przez wykonawcę w danej kolumnie tabeli „NIE”, to takie oznaczenie nie może jednocześnie stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Taka interpretacja służy także celowi postępowania, jakim jest zakup urządzenia najbardziej spełniającego wymogi zamawiającego.

Odwołujący zauważył, iż w załączniku nr 1A do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia

znajdują się dwie tabele. Pierwsza z nich to ZESTAWIENIE GRANICZNYCH PARAMETRÓW TECHNICZNO-UŻYTKOWYCH, gdzie w kolumnie nr 2 Zamawiający zawarł opis paramentów, a w kolumnie nr 3 zawarł szczegółowe wymagania dotyczące spełniania parametrów (TAK lub TAK/NIE) lub wartości graniczne parametrów. Natomiast druga tabela, zatytułowana ZESTAWIENIE WARUNKÓW GRANICZNYCH GWARANCJI w kolumnie 3 zawiera oznaczenie warunków granicznych, już bez możliwości wyboru TAK/NIE i to pod tą właśnie tabelą znajduje się zapis: „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2". A zatem zapis dotyczący odrzucenia oferty w przypadku wpisania odpowiedzi NIE można odnosić jedynie do tabeli zawierającej ZESTAWIENIE WARUNKÓW GRANICZNYCH GWARANCJI, bowiem to w odniesieniu do warunków gwarancji zamawiający przewidział obowiązek spełnienia wszystkich opisanych w tabeli parametrów.

Zamawiający w pkt. 7, wymieniając dokumenty, które należy złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotu zamówienia, napisał:

c) w celu potwierdzenia spełnienia warunków technicznych bezwzględnych i podlegających ocenie należy przedstawić (...)

Zdaniem odwołującego widać, w treści tego wymogu, zamawiający rozróżnił warunki techniczne na bezwzględne oraz na te, które podlegają ocenie i nie muszą być bezwzględnie zaoferowane.

Dodatkowo odwołujący wskazał należy na treści odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 22 maja 2020r., gdzie z treści odpowiedzi na pytanie nr 39 wynika, że wykonawca wnosi o zmianę zasady oceny ofert, przez brak przyznawania punktów za parametry nieobowiązkowe - z czego wynika, że zadający pytanie wykonawca miał świadomość, że przedmiot zamówienia nie musi spełniać parametrów opisanych w pkt 106, 107, 111, 112, 113 i 117 Załącznika nr 1A. Zadający pytanie nie wnosił też o skreślenie tych parametrów, ale jedynie o brak przyznawania punktów za parametry nieobowiązkowe. Na marginesie należy wskazać, że zadającym pytanie nie był odwołujący, lecz inny. wykonawca, co stanowi potwierdzenie argumentu odwołującego, że potencjalni wykonawcy podobnie rozumieli zapisy SIWZ.

Zamawiający modyfikując opis przedmiotu zamówienia rzeczywiście usunął punktację za parametry nieobowiązkowe, wskazane w pkt 106,107, 111,112, 113 i 117 Załącznika nr 1A - na tamtym etapie postępowania zamawiający także treść SIWZ rozumiał w ten sposób, że część parametrów nie musi być spełniona przez oferowany aparat USG.

Nawet gdyby zamawiający nadal utrzymywał, że zapis ten nie jest jednoznaczny, należy podnieść, że powszechnie przyjętą w praktyce zamówień publicznych zasadą jest interpretacja wszelkich niejasności, dwuznaczności i niezgodności postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy. Wykluczenie z postępowania lub odrzucenie oferty może nastąpić jedynie na podstawie jasno brzmiących postanowień ogłoszenia i specyfikacji (wyrok KIO z

dnia 6 czerwca 2018r., KIO 985/18). Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 października 2017 r. (KIO 2055/17), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2020 r. (KIO 99/20), wyrok KIO z dnia 22 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 532/13).

Orzecznictwo Izby w tym zakresie należy uznać za jednolite i utrwalone.

Odnosząc się do stanu faktycznego niniejszej sprawy zdaniem odwołującego należy uwzględnić stanowisko przedstawione przez KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. (KIO 1098/19). W tej sprawie zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na braki i błędy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co Izba uznała za niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wywody zamawiającego na temat opisu przedmiotu zamówienia są nieuprawnione skoro żaden wykonawca w tym przystępujący po stronie zamawiającego na etapie przygotowania oferty nie podnosił tych zagadnień, które według zamawiającego stanowiły przeszkodę w przygotowaniu oferty.

To wykonawcy mają niezbywalne prawo podnosić naruszenie art. 29 co do opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób aby przygotować ofertę i jej wycenę. Skoro żaden z wykonawców na etapie przygotowywania oferty nie podnosił kwestii opisu przedmiotu zamówienia to zamawiający nie posiada takiego uprawnienia aby skutecznie żądać z tego tytułu unieważnienia postępowania.

Reasumując - przywołana przez zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, bowiem Zamawiający nie wykazał, że wskazane naruszenia miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów, a żaden wykonawca z tego tytułu nie poniósł jakichkolwiek konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Nadto unieważnienie postępowania po tak długim czasie od otwarcia ofert może wskazywać, że po stronie zamawiającego istnieje brak woli do współpracy z odwołującym, co należałoby uznać za naruszenie art. 7 ust 1 ustawy - odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego i jego oferta powinna zostać wybrana, nawet jeżeli zamawiający do tej pory nie współpracował z odwołującym. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 13 sierpnia 2019 r. (KIO 1482/19): Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na. stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ponadto odwołujący powołał wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r. (KIO 2412/19).

W zadaniu 1 wpłynęła tylko jedna oferta, stąd zamawiający nie poinformował o wniesieniu odwołania innych wykonawców w tym zadaniu, jednak zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania wykonawców, którzy złożyli oferty na inne zadania w tym

postępowaniu, przy czym zamawiający poinformował o wpływie odwołania wykonawców, którzy złożyli oferty na inne zadania.

W dniu 10 września 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o :

- 1 ) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania w części 1 nie świadczą o spełnieniu przesłanek do zastosowania tego przepisu

Zamawiający wskazał, iż:

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy było konieczne i jest uzasadnione wobec tego, że w niniejszym postępowaniu wystąpiły kumulatywnie następujące okoliczności, w postaci istotnej, a przy tym trwałej albowiem niedającej się już usunąć wady postępowania (rozumianej jako naruszenie przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych), istniejącej w momencie podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, której wystąpienie uniemożliwiło zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem potencjalnie mogła wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zdaniem zamawiającego nie należy traktować zapisów art. 146 ust. 1 ustawy jako katalogu zamkniętego. Skoro bowiem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma prawo zwrócić się do sądu o unieważnienie umowy, to zamawiający, działając na zasadzie samokontroli ma obowiązek, samodzielnie dokonać unieważnienia postępowania, które prowadziłyby do zawarcia nieważnej umowy. Nie można uznać przy tym za racjonalną sytuację, w której zamawiający, zdając sobie sprawę z faktu, iż w toku postępowania miały miejsce błędy, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania, ale nie mieszczą się one w zakresie objętym zapisami art. 146 ust. 1 ustawy, byłby zobowiązany do podpisania umowy. Nadto w celu skorzystania z przesłanki zwartej w art. 146 ust. 6 ustawy, nie jest konieczne dowodzenie, że zawarta umowa byłaby na pewno nieważna. Wystarczy samo uprawdopodobnienie takiej nieważności, co zamawiający w swojej ocenie wykazał w treści zawiadomienia z dnia 27.07.2020 r.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego przytoczonych w uzasadnieniu odwołania, że:

a) „Zamawiający podał, że pod opisem przedmiotu zamówienia w części 1 (Załącznik nr IA do SIWZ) błędnie umieścił następujący zapis: „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”, mimo że w wymaganych wartościach granicznych wymagał od Wykonawcy odpowiedzi TAK/NIE. Zamawiający uznał, że błędnie sformułowane parametry oceny ofert mogły skutkować ograniczeniem liczby wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu. co mogłoby mieć znaczący wpływ na wynik końcowy

postępowania.” Zamawiający wyjaśnił:

Zamawiający na każdym etapie postępowania ma ustawowy obowiązek podjąć działania celem wyeliminowania popełnionych przez siebie błędów związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również z opisem przedmiotu zamówienia w celu zapewnienia wykonawcom uczciwej konkurencji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opisał przedmiot zamówienia w sposób mogący z całą pewnością wprowadzać wykonawców w błąd, a przez to w sposób mogący ograniczyć uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, albowiem niewątpliwie dla zamawiającego czytając opis przedmiotu zamówienia istnieją uzasadnione wątpliwości, co do rzeczywistej woli zamawiającego odnośnie przedmiotu oferty.

Zamawiający zamieszczając powyższą klauzulę o odrzuceniu oferty oraz punktację za odpowiedź TAK/NIE z uwagi na tak sformułowane zapisy mógł wprowadzić wykonawców w błąd. W ocenie zamawiającego nieprecyzyjnie sformułowane wartości punktacji oraz błędnie zawarta w/w klauzula mogły doprowadzić do zaburzenia zasady przejrzystości w ocenie ofert, a co za tym idzie mogło to w konsekwencji doprowadzić jak w efekcie do złożenia jednej oferty w zadaniu.

W zakresie argumentacji odwołującego, co do praktyki w innych postępowaniach zamawiający wyjaśnił:

Nie sposób jest stwierdzić z uwagi na sprzeczne zapisy SIWZ, że oferta złożona przez wykonawcę jest zgodna z rzeczywistą wolą zamawiającego co do sprzętu, który zamawiający chciał nabyć. Zdaniem zamawiającego unieważnienie postępowania jest uzasadnione tym, że zarówno wskazane powyżej mogące wprowadzać w błąd wykonawców zapisy SIWZ ("Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2", mimo że w wymaganych wartościach granicznych wymagał od wykonawcy odpowiedź TAK/NIE") jak i brak zachowania ciągłości punktacji w ocenianych pozostałych parametrach mogły uniemożliwić zachowanie zasady uczciwej konkurencji, a tym samym uniemożliwić dostęp do zamówienia. Główną ideą zamówień publicznych jest bowiem zasada zapewnienia dostępu różnym podmiotom udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedstawione powyżej mogące wprowadzać w błąd zapisy mogły tym samym wpłynąć na końcowy wynik postępowania, co z kolei mogło zaburzyć ideę zamówień publicznych w zakresie konkurencyjności. Wskazany zapis pod tabelami oraz sposób wartościujący oferty był mało zrozumiały i doprowadzał do sprzeczności, co mogło doprowadzić do złożenia tylko jednej oferty w postępowaniu.

Zamawiający zauważył swój błąd dopiero po otwarciu ofert, uświadomił sobie, że ograniczył wykonawców konkurencyjnych, ponieważ pozostali wykonawcy być może zrezygnowali ze złożenia oferty, poprzez mogące wprowadzać w błąd zapisy, mając na względzie że nie będzie można ocenić ich oferty, w przypadku jej złożenia. Przykładem jest tu podmiot



zadający pytania do postępowania, który wykazał zainteresowanie postępowaniem, a który w efekcie końcowym nie złożył oferty.

Nadto zamawiający wskazał, że w zapisach SIWZ nie używał słów — „parametry dodatkowe”. na co powołuje się odwołujący. tylko parametry i wartości graniczną.

Odnosząc się natomiast do załączonej do odwołania SIWZ Szpitala Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie, ul. Gdyńska 1/3, 05-200 WOŁOMIN i załącznika stanowiącego opis aparatu USG, to w ocenie zamawiającego nie można stwierdzić że zapis pod opisem przedmiotu zamówienia tj.:, 1. Niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty. Parametry muszą być potwierdzone folderami lub karatami katalogowymi oferowanego wyrobu. 2. Brak odpowiedniego wpisu przez wykonawcę w kolumnie parametr oferowany będzie traktowany jako brak danego parametru/warunku w oferowanej konfiguracji urządzenia i będzie podstawą odrzucenia oferty.” odnosi się do tej samej wymagalności przedmiotowych parametrów dający dowolność odpowiedzi wykonawcy, gdzie zapis zamawiającego w niniejszym postępowaniu wyraźnie zazaczył że odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty („Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”). Dla Szpitala w Wołominie być może nie był istotny parametr w pkt. 87,91 i 92, gdzie Wykonawca miał wybór w postawieniu odpowiedzi „TAK/NIE” i dlatego było możliwe odpowiedzenie NIE w tym postępowaniu. Dodatkowo Szpital w Wołominie zazaczył w pkt. 2 pod tabelami: „Brak odpowiedniego wpisu przez wykonawcę w kolumnie parametr oferowany będzie traktowany jako brak danego parametru/warunku w oferowanej konfiguracji urządzenia (.. więc jednoznacznie można uznać że Szpital w Wołominie wymagał wpisu, który nie obligował jednoznacznie do odpowiedzi TAK. Z zapisu zamawiającego pod tabelami wyraźnie wynika że odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty, czego nie można stwierdzić pod opisem aparatu USG Szpitala w Wołominie.

Zamawiający wyjaśnił nadto, że wykonawca nie wykazał, że jego złożona oferta jest zgodna z SIWZ. Z zapisów SIWZ bowiem nie wynika, że wolą zamawiającego w niniejszym zadaniu nr 1 było zamówienie sprzętu, który oferuje wykonawca, a to z uwagi na przedstawione powyżej, mogące wprowadzać w błąd zapisy SIWZ. Zapisy te nie świadczą z całą pewnością, że wolą zamawiającego było zamówienie sprzętu oferowanego przez wykonawcę, a z całą pewnością wykonawca nie mógł tego wykazać.

Co do znaczenia umiejscowienia uwagi pod tabelą ZESTAWIENIE WARUNKÓW GRANICZNYCH GWARANCJI, to zamawiający wyjaśnił:

Zamawiający nie może zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego. Bezsprzecznie zamawiający w niniejszym zadaniu opisał przedmiot zamówienia w sposób mogący wprowadzać wykonawców w błąd, a przez to w sposób mogący również ograniczyć uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, albowiem niewątpliwie czytając opis przedmiotu zamówienia zadania nr 1 istnieją uzasadnione wątpliwości, co do rzeczywistej woli zamawiającego

odnośnie przedmiotu oferty. Opatrznie zrozumiane zapisy pod tabelą dotyczące odrzucenia oferty i parametry ocenianie za odpowiedź TAK/NIE mogły z całą pewnością wpłynąć na ilość ofert złożonych w postępowaniu. Klauzula dotycząca odrzucenia oferty dotyczy bowiem parametrów technicznych, tj. tabeli nr 1 i zestawienia warunków granicznych gwarancji tj. tabeli nr 2. Świadczą o tym zapisy dotyczące parametrów technicznych. Zapis: „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2” nie wskazuje na to, aby zapis dotyczył tylko parametrów granicznych gwarancji, lecz użyte zostały słowa „parametry techniczne”, gdzie w nagłówku załącznika dotyczącego opisu Aparatu USG (zadanie nr 1) Zamawiający zapisał „zestawienie granicznych parametrów techniczno-użytkowych.

Natomiast zestawienie warunków granicznych gwarancji dotyczy kolejno:

- okresu gwarancji
- czasu reakcji serwisu na zgłoszoną awarię
- czasu naprawy przedmiotu
- urządzenia zastępczego dostarczonego na czas naprawy
- okresu zagwarantowania dostępności części/elementów zamiennych oraz materiałów zużywalnych
- przedłużenia okresu gwarancji o czas wyłączenia urządzenia z eksploatacji
- kosztów dojazdu serwisu do i z miejsca użytkowania lub przewóz uszkodzonego sprzętu
- przeglądów gwarancyjnych sprzętu wraz z ewentualną wymianą elementów zużytych lub uszkodzonych - szkolenia
- instalacji dostarczonego urządzenia
- nazwy i adresu serwisu autoryzowanego

Tabela nr. 1 zawiera opis parametrów technicznych sprzętu, która posiada cechy oraz wartości techniczne urządzenia, więc z całą pewnością zamawiający stwierdził, że zapis na końcu tabeli nr. 2 również odnosił się do jej zapisów

Co do rozróżnienia warunków technicznych bezwzględnych i podlegających ocenie, to zamawiający nie zgadza się z zaprezentowanym stanowiskiem przez odwołującego. Zamawiający zawarł w SIWZ, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków technicznych bezwzględnych i podlegających ocenie mając na uwadze, że warunki techniczne są bezwzględne oraz że te bezwzględne podlegają ocenie, co mogło wprowadzić wykonawców w błąd, co do rzeczywistej woli zamawiającego.

Zapis „w celu potwierdzenia spełnienia warunków technicznych bezwzględnych i podlegających ocenie należy przedstawić C..)” zamawiający użył spójnika „i”, który łączy słowa „bezwzględne i podlegające ocenie” co świadczy o połączeniu słów w złożonym zdaniu. Zamawiający wymienił parametry bezwzględne (dotyczące odpowiedzi tylko „TAK”, opis oraz parametry podlegające ocenie (TAK/NIE/Opis oferowanych parametrów) co może wskazywać na zamiar zamawiającego, aby wykonawca oferent złożył kompletną

dokumentację niezbędną do oceny oferty.

Odnosnie wyjaśnień treści siwz w odpowiedzi na pytanie 39, to podmiot zadający pytania oraz inni uczestnicy w postępowaniu wbrew temu na co wskazuje odwołujący, mogli błędnie zinterpretować intencję zamawiającego, ponieważ zamawiający rezygnując z punktacji m.in. w pkt 117 pozostawił wymóg posiadania przez urządzenie parametru.

Ponadto m.in. wykonawca zadający pytanie do m.in. pkt 117 nie wniósł o wykreślenie parametru, a jedynie o zniesienie punktacji, co przy istniejącym zapisie dotyczącym odrzucenia oferty mogło nie pozwolić mu na złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty. Mogący wprowadzać w błąd zapis odnośnie rzeczywistej woli zamawiającego o treści „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2” niewątpliwie mógł przyczynić się do ograniczenia konkurencyjności, a tym samym złożenia tylko jednej oferty. Potencjalni Wykonawcy mając na uwadze treść zapisu pod tabelą nr 2 przygotowując ofertę, mogli zrozumieć zamieszczony zapis w ten sposób, że odnosi się on do całości opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający po otwarciu ofert zauważył powstałą wadę i chcąc ją naprawić unieważnił postępowanie.

W zakresie usunięcia punktacji za parametry nieobowiązkowe, wskazane w pkt 106, 107, 111, 112, 113 i 117 Załącznika nr IA, to odwołujący jak i potencjalni wykonawcy mogli błędnie zrozumieć odpowiedź zamawiającego na zadane pytanie z uwagi na treść zawartą w klauzuli zamieszczonej pod tabelami: „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”. Ze sposobu odpowiedzi Zamawiającego nie wynika, że część parametrów nie musi być spełniona przez oferowany aparat USG. Zamawiający na prośbę wykonawcy wykreślił punktację w w/w punktach lecz z uwagi na treść w/w klauzuli nie można stwierdzić, że wymóg nie pozostał.

Dlatego też zamawiający chcąc naprawić powstałą wadę w treści przedmiotu zamówienia, która jak już wskazano mogła mieć wpływ na zachowanie zasady uczciwej konkurencji unieważnił postępowanie dotyczące tego zadania.

Co do kwestii unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, to zamawiający przytoczył fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25.10.2019 r., sygn. akt KIO 2041/19, gdzie wskazano, że zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym wada postępowania, która była przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność

unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak — jak wskazuje Izba — ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 ustawy, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, 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 w art. 146 ustawy nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Uprawnienie Prezesa do wystąpienia z wnioskiem wynika z art. 146 ust. 6 ustawy.

Powołał także wyrok z dnia 5 marca 2012 r. (KIO 356/12), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.01.2011 r., sygn. akt KIO 34 /11, wyrok z dnia 22 grudnia 2011 r. (KIO 2660/11), wyroku z dnia 6 maja 2011 r. (KIO 849/11). Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający, co do zasady, opisuje kryteria oceny ofert wraz z podaniem ich wag i sposobem oceny ofert. To przejaw zasad przejrzystości i jawności, a także równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Na podstawie opisu, umieszczonego już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy dowiadują się według jakich reguł postępować będzie zamawiający podczas oceny ofert, a kalkulując swoją ofertę biorą pod uwagę podane przez zamawiającego wzorce.

W doktrynie i orzecznictwie unijnym wskazuje się, że "(...) kryteria oceny ofert muszą być stosowane zgodnie z wymogami procedury udzielania zamówienia określonej w dyrektywie. Znaczy to w szczególności, że powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom - w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, tak żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowywania swoich ofert" - wyrok ETS z 18.10.2001 r., C-19/00.

Ponadto, w wyroku tym wskazano, że przyjmowane kryteria wyboru nie mogą zamawiającym pozostawiać nieograniczonej swobody w ocenie ofert. Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z 18.03.2004 r., V Ca 264/04 orzekł natomiast, że kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jeśli zamawiający popełnił błąd w opisie oceny ofert, skutkujący tym, że w rzeczywistości, gdyby ocenił oferty przy użyciu opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to wybrana zostałaby oferta, która nie jest najkorzystniejsza, to zamawiający nie może dalej prowadzić takiego postępowania, gdyż wybór taki przeczy wykładni celowościowej przepisów

ustawy. Jeśli zamawiający zorientuje się, że popełnił błąd opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób oceny ofert, według przyjętych kryteriów oceny, może dokonać modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 ustawy. Jednakże po upływie terminu do złożenia ofert zamawiający nie ma możliwości zmienić zasad postępowania bez narażenia się na zarzut naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający powołał także wyrok z 23.04.2015 r. sygn. akt KIO 712/15, postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4.11.2005 r., II Ca 941/05.

Stanowisko o konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w przypadku błędnego opisu sposobu dokonywania oceny ofert prezentuje także Urząd Zamówień Publicznych (zob. Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2015, Kontrola udzielania zamówień publicznych, Przykładowe naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie przyjętego kryterium oceny ofert stwierdzone w kontrolach prezesa UZP przeprowadzonych w latach 2014-2015, Przykład nr 3 (KD/6/14/DKUE), s. 38). Nadto zamawiający wskazał, że w orzecznictwie można spotkać się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej (tu: wyrok z 27.05.2014 r., sygn. akt KIO 914/14), w którym czytamy, iż: „(...) Niewątpliwie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 29 ust. 2 i 3 ustawy, uznać należy za takie naruszenie przepisów ustawy, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym mogłoby stanowić przyczynę wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania obarczonego taką wadą (...)” Rozstrzygając zatem o ewentualnym naruszeniu przepisu art. 29 ust. 2 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję, należy zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z 11.12.2017 r., sygn. akt KIO 2502/17 - wziąć pod uwagę:

- 1) krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia,
- 2) po drugie, tzw. uzasadnione potrzeby zamawiającego, które w sposób istotny kształtują ocenę pierwszej przesłanki (krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia) w związku z potrzebami zamawiającego.

W analizowanym przypadku część wykonawców mogła w ogóle zrezygnować z udziału w postępowaniu sugerując się zapisami zamawiającego „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedz NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”. Przy czym w art. 146 ust. 6 ustawy stanowi o działaniach lub zaniechaniach mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Wystarczy więc samo uprawdopodobnienie tego zdarzenia, co zdaniem zamawiającego zostało wykazane. Warto przy tym zwrócić uwagę, że nawet sytuacja, w której więcej niż jeden wykonawca jest w stanie zaoferować świadczenie zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, nie przesądza jeszcze o tym, iż nie mamy w danym przypadku do czynienia z postanowieniami utrudniającymi uczciwą konkurencję. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której, mimo że kilku wykonawców posiada możliwość zrealizowania

zamówienia, w istocie dochodzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli znacznej liczbie innych wykonawców uniemożliwia się wzięcie udziału w postępowaniu, co też nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego. Zdaniem zamawiającego sytuacja taka występuje w niniejszym przypadku z uwagi na mogący wprowadzać wykonawców w błąd przez zamawiającego zapis w treści opisu przedmiotu zamówienia „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”, który mógł mieć wpływ na wynik postępowania. Wielce prawdopodobnym jest bowiem, że gdyby nie ww. mogące wprowadzać w błąd zapisy, których dokonał zamawiający w postępowaniu ofertę złożyliby jeszcze inni wykonawcy.

Odnosnie zarzucanego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym unieważnienia postępowania po tak długim czasie od otwarcia ofert i potencjalnego braku woli współpracy z odwołującym, to zamawiający wskazał, że w postępowaniu ogłosił 13 zadań, które też wymagały uwagi zamawiającego i spotkań komisji przetargowej. Zarzut dotyczący braku współpracy z Wykonawcą TMS Sp. z o.o. jest nieuzasadniony, ponieważ zamawiający wykazał wolę sprawdzenia jego oferty poprzez wezwanie do uzupełniania. Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy, ponieważ uznał, że to z przyczyn leżących po stronie zamawiającego zaistniała przyczyna, która mogła wprowadzać wykonawców w błąd i nie chciał za to obarczać winą wykonawcy.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez długi zdaniem odwołującego czas jaki upłynął od momentu otwarcia ofert do przekazania przez zamawiającego informacji o unieważnieniu, to zamawiający wyjaśnił przede wszystkim, że przepisy nie określają konkretnego (t.j. liczonego za pomocą np. ilości dni czy tygodni) terminu w jakim czynność tego rodzaju winna zostać dokonana lecz w myśl art. 92 ust. 1 nakazują dokonać tego niezwłocznie.

Użytego terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, gdyż oznacza on termin realny do dokonania określonej czynności, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. W wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r., II CSK 293/06, LEX nr 453147, Sąd Najwyższy stwierdził, że „użytego w art. 455 k.c. terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu od których zależy prawidłowe wykonanie zobowiązania, związanych z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i realizację świadczenia bez nieuzasadnionej zwłoki.”. (podobnie w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2001 r., V CKN 769/00 i z dnia 28 kwietnia 2004 r., V CK 461/03).

Wbrew temu, co sugeruje odwołujący, to zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie w niniejszym przypadku postąpił w sposób zgodny z art. 92 ustawy, przystępując bezpośrednio po otwarciu ofert do ich analizy celem sporządzenia i przekazania wykonawcom rzeczowej

informacji działał bez zbędnej zwłoki. Przy czym dokonanie analizy złożonych w ramach prowadzonego postępowania ofert pod kątem spełnienia wymagań stawianych przez zamawiającego jak również przygotowanie pisemnego uzasadnienia wymagały do informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania unieważnieniu postępowania w zakresie określonym pismem z dnia 27.07.2020 r. wiązało się z koniecznością przeanalizowania obszernej dokumentacji dla 13 zadań z przedmiotowego postępowania. Zamawiający działając bez zbędnej zwłoki potrzebował na to 42 dni od otwarcia ofert. Trudno jednak w takim przypadku uznać postawiony przez odwołującego zarzut za uzasadniony, albowiem czas ten okazał się konieczny na gruntowną analizę ofert złożonych dla 13 zadań w ramach prowadzonego postępowania. Przez to również konieczny także i na realizację zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy oraz — wbrew twierdzeniom odwołującego — zapewnienia uczciwej konkurencji poprzez umożliwienie wykonawcom uzyskania jak najpełniejszych informacji o przyczynach poszczególnych swoich decyzji czego wyrazem jest rzeczona informacja z dnia 27.07.2020 r. Nadto w kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu żaden sposób nie uprzywilejowywał oraz nie okazywał niechęci jakiegokolwiek wykonawcy biorącemu udział w przedmiotowym postępowaniu, a wszelkie działania podejmował w oparciu o stosowne podstawy prawne.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, informacji z otwarcia ofert, informacji o unieważnieniu postępowania i dowodów dołączonych do odwołania w postaci opisu parametrów, specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sprawie nr ZAM/15/2020.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje.

W kryterium jakość techniczna zamawiający podał:

„W celu obliczenia punktów w niniejszym kryterium, zamawiający na podstawie podanych przez wykonawcę w załączniku nr 1A parametrów technicznych oferowanego aparatu USG dokona wypunktowania ocenianych pozycji wg szczegółowej punktacji podanej w załączniku nr 1A, a następnie wartość tak uzyskanych punktów podstawia do wzoru. Maksymalna możliwa ilość punktów do uzyskania wg załącznika nr 1A wynosi 160 pkt. Maksymalna ocena w kryterium „jakość techniczna” – (30pkt.%)

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego załącznika nr 1A w zakresie zadania nr 1. W załączniku tym zamawiający przedstawił następujące wymagania:

#### **ZESTAWIENIE GRANICZNYCH PARAMETRÓW TECHNICZNO-UŻYTKOWYCH**

Zadanie nr 1- Aparat USG

Aparat USG – 1 szt.

Oświadczamy, że poniższy sprzęt medyczny spełnia wymagane poniżej parametry techniczne zaproponowane przez naszą firmę

Producent: .....

Typ urządzenia: .....

Nr katalogowy: .....

Kraj pochodzenia: .....

Rok produkcji:.....

Aparat fabrycznie nowy:.....

W tabeli pierwszej zamawiający podał opis parametrów, wymaganą wartość graniczną, oraz parametry oceniane, wykonawca miał wypełnić kolumnę oferowane parametry

5. Technologia cyfrowa – system równoległego przetwarzania z cyfrową obróbką i cyfrowym kształtowaniem wiązki min. 30 wiązek jednocześnie TAK/NIE Tak – 10 pkt Nie – 0 pkt

62. Możliwość jednoczesnego (w czasie rzeczywistym) uzyskania dwóch spektrum przepływu z dwóch niezależnych bramek dopplerowskich. Możliwe kombinacje: PW/PW, TDI/TDI, PW/TDI TAK/NIE Tak – 5 pkt Nie – 0 pkt

70. Specjalistyczne oprogramowanie poprawiające wykrywanie mikrozwapnień w tkankach miękkich tj. sutki, piersi, jądra, ścięgna itp – podać nazwę własną – inne niż opisane w pkt. 39-45 TAK/NIE Tak- 20 pkt. Nie – 0 pkt.

83. Możliwość pracy z oprogramowaniem do elastografii typu strain TAK/NIE Tak- 5 pkt. Nie – 0 pkt.

106. Możliwość rozbudowy o elastografia akustyczna dostępna na głowicy liniowej  $\geq 14$  MHz TAK/NIE Tak – 5 pkt

107. Możliwość rozbudowy o elastografię akustyczna, moduł określający sztywność tkanek na podstawie analizy prędkości fali poprzecznej – SW Shear Wave dostępne na głowicy endocavity. Możliwość uzyskania wyników pomiarowych wyrażonych w kPa lub m/sek. TAK/NIE Tak – 5 pkt

111. Możliwość rozbudowy o automatyczny pomiar zwłóknienia w czasie rzeczywistym przy pomocy elastografii akustycznej w kPa lub m/sek TAK/NIE Tak- 10 pkt. Nie – 0 pkt.

112. Możliwość rozbudowy o elastografię akustyczna, moduł określający sztywność tkanek na podstawie analizy prędkości fali poprzecznej – SW Shear Wave dostępne na głowicy convex wysokiej częstotliwości min. 9 MHz. Możliwość uzyskania wyników pomiarowych wyrażonych w kPa lub m/sek. TAK/NIE Tak- 5 pkt. Nie – 0 pkt.

113. Możliwość rozbudowy o głowicę z kanałem biopsyjnym przez czoło sondy z możliwością wyboru min. 3 kątów wejścia w tym jednym zbliżonym do 90 stopni. TAK/NIE Tak- 5 pkt. Nie – 0 pkt.

117. Możliwość rozbudowy systemu o objętościową głowicę liniową 3D/4D (skanującą automatycznie), min. 4,0-13,0 MHz, min. 190 elementów, obrazowanie harmoniczne min. 4 pasma częstotliwości TAK/NIE Tak – 5 pkt Nie – 0 pkt

Pod tabelą zamawiający zawarł następujące pouczenie:

Dla umożliwienia zamawiającemu weryfikacji udzielonych odpowiedzi odnośnie spełnienia warunków granicznych i/lub ich wartości należy na żądanie zamawiającego dostarczyć



materiały opisowe pochodzące od producenta: oryginalne ulotki, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną oferowanego sprzętu/ przedmiotu zamówienia, product date, instrukcje obsługi itp. Stosowne materiały opisowe pochodzące od producenta należy załączyć w oryginale lub jako kserokopie poświadczone za zgodność z oryginałem.

Wszystkie dane/parametry z tabeli technicznej muszą znajdować swoje potwierdzenie w danych produktowych producenta.

Poniżej zamieściła tabelę zatytułowaną:

ZESTAWIENIE WARUNKÓW GRANICZNYCH GWARANCJI, gdzie w punktach zawarł następujące wymagania:

4 Na czas naprawy przekraczającej 5 dni roboczych Wykonawca zobowiązuje się do przekazania urządzenia lub jego części/elementy, które uległy uszkodzeniu , o parametrach równoważnych lub wyższych. Wymiana nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku naprawienia sprzętu i jego zwrotu do Zamawiającego, ma jedynie na celu zabezpieczenie potrzeb Użytkownika w zakresie użytkowania zakupionego sprzętu. TAK TAK/NIE

5 Okres zagwarantowania dostępności części/elementów zamiennych oraz materiałów zużywalnych do zaoferowanego sprzętu medycznego licząc od daty upływu terminu gwarancji (w latach) 10 lat TAK/NIE

6 Okres gwarancji sprzętu medycznego zgłoszonego do naprawy zostanie każdorazowo przedłużony o czas jego wyłączenia z eksploatacji TAK TAK/NIE

7 Koszty dojazdu serwisu do i z miejsca użytkowania lub przewóz uszkodzonego sprzętu medycznego do i po naprawie w okresie gwarancyjnym obciążają Wykonawcę TAK TAK/NIE

9 Dwukrotne szkolenie w siedzibie Zamawiającego TAK TAK/NIE

10 Instalacja dostarczonego urządzenia wykonana przez Wykonawcę w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego TAK TAK/NIE

Pod tabelą zamawiający zamieścił pouczenie:

Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2.

W wyjaśnieniach z dnia 22 maja 2020r. zamawiający udzielił następujących informacji:

Na pytanie nr 39 dot. załącznika nr 1A do formularza ofertowego opis przedmioty zamówienia, pytanie dot. pkt. 106, 107, 111, 112, 113, 117 Prosimy o zniesienie punktacji w wyżej wymienionych punktach. Punkty te dotycząc możliwości rozbudowy, a ponadto charakteryzują tylko jednego producenta na rynku usg. Punktowane parametry nie są obowiązkowe, a pomimo tego przyznaje się za nie punkty, które mają wpływ na końcowy wybór oferty. Zniesienie punktów w tym zakresie pozwoli na złożenie atrakcyjnej oferty zgodnej z zasadami uczciwej konkurencji i nie będzie ograniczać innych producentów. Zamawiający wyraził zgodę na zniesienie punktacji w punktach 106, 107, 111, 112, 113, 117. Zamawiający poinformował, że w związku z tym maksymalna możliwa ilość punktów do uzyskania to 125 pkt., a maksymalna ocena w kryterium „jakość techniczna” wynosi 30%.

W wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2020r. zamawiający udzielił następujących informacji:

Na pytanie nr 1 dot. pkt 5, 53, 69, 70, 100 Prosimy o zniesienie punktacji w wyżej wymienionych punktach. Punktacja w tych punktach faworyzuje tylko jednego producenta na rynku USG. Punktowne parametry nie wpływają na jakość diagnostyczną oraz techniczną opisywanego urządzenia. Zniesienie punktów w tym zakresie pozwoli na złożenia atrakcyjnej oferty zgodnej z zasadami uczciwej konkurencji i nie będzie ograniczać innych producentów. Zamawiający nie wyraził zgody na tak sformułowane żądania.

Na pytanie 2 dotyczące pkt. 34

W związku z dopuszczeniem przez zamawiającego w dniu 22 maja 2020r. aparatu ultrasonograficznego o wadze ok. 134kg prosimy również o zniesienie punktacji w tym punkcie. W aktualnej sytuacji punktacja w tym miejscu nie ma logicznego uzasadnienia. Zamawiający odpowiedział „Nie”.

Zamawiający nie korygował treści załącznika nr 1A po udzieleniu wyjaśnień.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że w zadaniu 1 wpłynęła jedynie oferta odwołującego.

Na podstawie SIWZ nr ZAM/15/2020 Izba ustaliła, że Szpital Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie prowadził postępowanie na zakup sprzętu specjalistycznego w podziale na zadania

Szczegółowy opis zamówienia w załączniku stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.

## ROZDZIAŁ XII.. OPIIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT..

1. Ofertę stanowi druk “FORMULARZ OFERTY” wraz z załącznikami i wymaganymi dokumentami.

1] OFERTA powinna zostać sporządzona według wzoru FORMULARZA OFERTOWEGO załącznik nr 1 do SIWZ

2] ZAŁĄCZNIK „Zestawienie parametrów i warunków wymagalnych załącznik nr 2 do SIWZ dla właściwego ZADANIA

3] OŚWIADCZENIA załącznik nr 4 do SIWZ

4] PEŁNOMOCTWA dla osoby składającej ofertę w przypadku działania Wykonawcy przez pełnomocnika.

5] PEŁNOMOCTWA dla pełnomocnika ustanowionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

6] Pozostałe dokumenty i oświadczenia wymagane w rozdziale VI SIWZ w tym foldery na wezwanie Zamawiającego.

Załącznik dla zadanie nr 5

USG z dwiema głowicami, zamawiający oczekiwał podania następujących informacji:

typ:

model:

oraz wskazał wymagana oferowane

Opis parametrów, podał przez określenie minimalnych wymagań lub wskazanie słowa TAK, nie ma parametrów dla których możliwy był wybór między odpowiedzią TAK/NIE i oczekiwał zadeklarowania parametrów przez wykonawców. Przykładowo można wskazać na sposób sporządzenia załącznika przez zamawiającego:

Aparat o nowoczesnej konstrukcji i ergonomii pracy. Aparat nowy, nieużywany. Wyklucza się aparaty demo. Rok produkcji min. 2020. Wprowadzenie aparatu (platformy sprzętowej) do produkcji nie wcześniej niż 2018 r.

Wybierane częstotliwości pracy dla trybu 2D [MHz] min 2-18 MHz

Dynamika systemu w dB > 260 dB

Technologia cyfrowa – min. ośmiokrotny system przetwarzania z cyfrową obróbką i cyfrowym przetwarzaniem wiązki. Tak

W drugiej tabeli zamawiający opisał pozostałe wymagania i oczekiwał parametr oferowany – podać

W uwagach wskazał, że :

1. Niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty. Parametry muszą być potwierdzone folderami lub karatami katalogowymi oferowanego wyrobu.
2. Brak odpowiedniego wpisu przez wykonawcę w kolumnie parametr oferowany będzie traktowany jako brak danego parametru/warunku w oferowanej konfiguracji urządzenia i będzie podstawą odrzucenia oferty.
3. Oświadczam, że oferowane urządzenie (sprzęt) spełnia wymagania techniczne zawarte w SIWZ, jest kompletne i będzie gotowe do użytku bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji (poza materiałami eksploatacyjnymi) oraz gwarantuje bezpieczeństwo pacjentów i personelu medycznego i zapewnia wymagany poziom usług medycznych.

Z SIWZ dla zakupu sprzętu i wyposażenia medycznego :aparatu USG i ramienia C na potrzeby SOR dla Szpitali Pomorskich w Gdyni zamawiający przewidział kryterium parametry oceniane o oceniał je na formularzu parametrów technicznych (załącznik nr 4), który powinien był wykonawca wypełnić w zakresie parametrów ocenianych. Z załączniku nr 4 zamawiający wymienił parametry wymagane i parametry oceniane, jest opis parametru jako TAK/NIE z wyraźnie przypisaną punktacją zarówno dla odpowiedzi TAK jak i odpowiedzi NIE, jest opis TAK lub TAK podać. Pod tabelą znajduje się pouczenie wpisanie NIE w parametrach technicznych wymaganych spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z wymogami zamawiającego. Z informacji o wyniku postępowania wynika, że zostało złożonych 5 ofert.

Z siwz na dostawę ultrasonografu dla Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego im. prof. K. Gibińskiego w Katowicach wynika, że zamawiający przewidział kryterium jakość (ocena techniczna), którego ocena polegać będzie na ocenie dokonanej zgodnie z załącznikiem nr 5. W sytuacji, gdy wykonawca nie dołączy wykazu do oceny parametrów jakościowych zamawiający przyzna 0 pkt. W tym postępowaniu zamawiający opracował dwa załączniki

załącznik nr 4 zestawienie parametrów technicznych, gdzie dopuścił odpowiedź TAK/NIE z pouczeniem, że zaznaczenie odpowiedzi NIE oznacza niespełnienie wymaganych przez zamawiającego parametrów z wyłączeniem pozycji, gdzie zamawiający dopuścił odpowiedź NIE i załącznik nr 5 wykaz do oceny parametrów jakościowych (ocena techniczna), gdzie dopuściła odpowiedź TAK/NIE, ale nie pouczył o jakichkolwiek skutkach odpowiedzi NIE, natomiast określił punktację odpowiedzi NIE. W tym postępowaniu złożono 2 oferty i obie podlegały ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert.

Z zaproszenia do złożenia oferty w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Przeworsku wynika, że zamawiający oceniał parametry techniczno-użytkowe. Z załącznika nr 3 do siwz wynika, że zamawiający oceniał spełnianie parametru o wartości wymaganej i wyższej niż wymagana. W pouczeniu pod tabelą zamawiający poinformował, że parametry, których wartość liczbową określona jest w rubryce „parametr”, „wartość wymagana” lub których spełnienie jest konieczne (zaznaczone TAK) stanowią wymagania, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty. W postępowaniu złożono 2 oferty i obie podlegały ocenie w kryteriach oceny ofert.

Z siwz na dostawę wraz z instalacją rezonansu magnetycznego wraz z finansowaniem na okres 60 miesięcy dla Wielospecjalistycznego Szpitala SP ZOZ w Zgorzelcu, wynika, że zamawiający przewidział kryterium oceny ofert – parametry techniczne. Dla oceny oferty wymagane było załączenie katalogu, prospektu lub folderu w języku polskim oraz parametry potwierdzające wymagania postawione przez zamawiającego w załączniku nr 3 do siwz. W przypadku gdy wykonawca nie złoży ww dokumentów lub złożone dokumenty nie potwierdzą zaoferowanych parametrów, a wykonawca wskaże i oświadczy w załączniku nr 3, że oferuje dany parametr, zamawiający nie odrzuci oferty, ale uzna, że oferowany asortyment posiada minimalny oceniany parametr i przyzna w tym zakresie 0 pkt. W załączniku nr 3 zamawiający dopuścił podanie odpowiedzi TAK/NIE przy czym podał, jak będzie punktował odpowiedź TAK, a jak odpowiedź NIE, przy czym występują też pozycje, w których możliwa jest odpowiedź TAK/NIE, a zamawiający opisał je jako „bez punktacji”. Zamawiający pouczył, że niespełnienie któregokolwiek z podanych warunków lub niewypełnienie kolumny „Parametry oferty/podać zakresy lub opisać lub potwierdzić spełnienie parametru” będzie skutkowało odrzuceniem oferty. W tym postępowaniu wpłynęła i podlegała ocenie tylko jedna oferta.

Z siwz na dostawę aparatu ultrasonograficznego dla Specjalistycznego Szpitala im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu zamawiający opisał kryteria oceny ofert podając m. in. konkretne parametry techniczne, w tym ich zaoferowanie (odpowiedź TAK) i brak tego zaoferowania (odpowiedź NIE) przypisując obu odpowiedziom konkretne wartości liczbowe. Parametry określone jako TAK są parametrami granicznymi. Udzielenie odpowiedzi NIE lub innej nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełniania warunku będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

#### Ocena materiału dowodowego dokonana przez Izbę

Izba oceniła, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania istotna jest treść siwz w

bieżącym postępowania. Przedstawione przez odwołującego dokumenty postępowań prowadzonych przez innych zamawiającego mogą jedynie służyć wykazaniu okoliczności, że zamawiający w załącznikach opisują parametry wymagane i parametry punktowane i w różny sposób – jednoznaczny lub nie, przedstawiają skutki, jakie będą wiązały się z udzieleniem odpowiedzi NIE w sytuacji dopuszczania odpowiedzi TAK lub NIE. Izba na podstawie tych dowodów ze specyfikacji w innych postępowaniach ustaliła ponadto, że zdarzają się sytuacje złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty i jej wyboru, a także jedynie dwóch ofert, a w jednym przypadku 5 ofert.

Izba analizując podstawy unieważnienia postępowania musi odnieść się do zakreślonego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia:

„W stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający błędnie zamieścił zapis pod opisem przedmiotu zamówienia w przypadku zadania nr 1A do SIWZ tj. „Uwaga: Brak spełnienia jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2”, gdzie zamawiający w wymaganych wartościach granicznych wymagał od wykonawcy odpowiedzi TAK/NIE. Błędnie sformułowane parametry oceny ofert mogły skutkować ograniczeniem liczby wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu co mogłoby mieć znaczący wpływ na wynik końcowy postępowania.” W uzasadnieniu zamawiający wyraźnie powiązał pouczenie z uwagi w załączniku nr 1A z tabelą pierwszą, gdyż wprost odwołał się do kolumny „Wymagana wartość graniczna” i do wymagania od wykonawcy złożenia odpowiedzi TAK lub NIE. Przed udzieleniem wyjaśnień z dnia 22 maja 2020r. Wymagana wartość graniczna TAK/NIE dotyczyła wyłącznie parametrów ocenianych o czym świadczą opisy w kolumnie parametry oceniane TAK – 20, 10 lub 5 pkt. i NIE- 0 pkt. lub w dwóch pozycjach jest tylko ocena TAK- 5pkt. Natomiast po wyjaśnieniach wartość graniczna wymagana w odniesieniu do pozycji 106, 107, 111, 112, 113 i 117 pozostała TAK/NIE natomiast usunięta została punktacja.

Analizując uwagę Izba ustaliła, że zamawiający wskazał, że brak jakiegokolwiek parametru technicznego (w postaci liczbowej lub opisu) lub odpowiedź NIE spowoduje odrzucenie oferty. Takie wskazanie Izba oceniła jako odnoszące się także do tabeli pierwszej z tego względu, że tylko w tej tabeli występuje opis parametru.

Izba ustaliła także, że z zestawienia rozdziału XIII pkt. 1 Jakość techniczna wynika, że nie stanowiło niejednoznaczności siwz brak wskazania dla parametru 106 i 107 punktacji dla odpowiedzi NIE, bo zamawiający wyraźnie podał, że jest to element podlegający punktacji, a zatem jego niepodanie czy oświadczenie o brak zaoferowania danego parametru wywołuje skutki wyłącznie w sferze oceny oferty, a więc punktacji. Rację w tym zakresie należy przyznać odwołującemu, że gdyby odpowiedź NIE w parametrach ocenianych skutkowałaby odrzuceniem oferty, to kryterium byłoby nieprzydatne dla wyłonienia oferty najkorzystniejszej, bo kryterium stawałoby się parametrem wymaganym. Z tego względu Izba nie uznała za wiarygodną argumentacji zamawiającego na rozprawie, że opis TAK-5 pkt bez wskazanie

punktacji dla odpowiedzi NIE mógł wprowadzać w błąd wykonawców. Jednakże Izba ustaliła, że rację należy przyznać zamawiającemu, że treść jego siwz jest nieprecyzyjna i może rodzić wątpliwości, co do skutku dla wykonawcy w sytuacji, gdy wymagane parametry graniczne TAK/NIE w punktach 106, 107, 111, 112, 113, 117 przestały być w wyniku odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 39 z dnia 22 maja 2020r. punktowane. Bowiem udzielając odpowiedzi na to pytanie zamawiający uchylił jedynie punktację, jednak nie określając skutku dla odpowiedzi NIE i nie wyłączając tego skutku spod działania uwagi zamieszczonej pod tabelą drugą. W konsekwencji Izba oceniła, że zamawiający wskazał rzeczywistą okoliczność faktyczną związaną z potrzebą unieważnienia postępowania, bowiem z treści załącznika nr 1 A i udzielonej odpowiedzi wykonawcy w ocenie Izby mogli wywieść dwa skutki:

Pierwszy- tak jak odwołujący, skoro parametr był pierwotnie oceniany, to nie był parametrem wymaganym i zamawiający nie odrzucił za odpowiedź NIE oferty

Drugi – skoro parametr przestał być parametrem ocenianym, to stał się parametrem wymaganym do którego ma zastosowanie uwaga pod tabelą drugą i oferta zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Tym samym rozbieżność oceny sytuacji zaistniałej po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 39 mogła mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem.

Tym samym Izba doszła do przekonania, że należy dać wiarę zamawiającemu, że sporządzona przez niego dokumentacja postępowania mogła ograniczyć krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający nie dostrzegł wady postępowania w terminie umożliwiającym mu korektę treści siwz.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że niezaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania w części 1 (pismo z dnia 29 lipca 2020r.) nie świadczą o spełnieniu przesłanek do zastosowania tego przepisu

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający podał rzeczywistą okoliczność faktyczną powodującą wystąpienie błędu w dokumentacji postępowania tj. możliwa była różna ocena odpowiedzi NIE w pozycjach, w których zamawiający odstąpił od ich oceny. Zamawiający taką odpowiedź mógł ocenić albo jako irrelevantną dla oceny oferty, albo

uznać, że jest to parametr który stał się wymagany i odrzucić ofertę na podstawie uwagi pod tabelą nr 2. Tym samym wykonawcy mogli różnie ocenić dotyczącą ich treść dokumentacji zamówienia, co mogło mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych postępowaniem. Izba podziela stanowiska tak doktryny jak i Izby i sądów powszechnych przytoczone przez zamawiającego, co do możliwości zastosowania art. 146 ust. 6 ustawy jako miernika oceny wady postępowania na tle istotnej, że mogącej doprowadzić do nieważnej umowy, jak również odnośnie konieczności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zaistniała wada ujawniła się na takim etapie postępowania, który uniemożliwia jej eliminację. Przedmiotowa wada w ocenie Izby godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w zasadę przejrzystości postępowania, co w ocenie Izby kwalifikuje ją do wady istotnej, której nieusunięcie mogłoby prowadzić do zawarcia nieważnej umowy. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. Postępowanie wedle ustaleń Izby było obarczone wadą, która mogła doprowadzić do ograniczenia konkurencyjności postępowania, tym samym w ocenie Izby prowadzenie postępowania w dalszym ciągu i doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej w ocenie Izby byłoby niezgodne z przepisami ustawy, a w szczególności z art. 7 ust. 3 ustawy, który zezwala na wybór wykonawcy tylko w sposób zgodny z ustawą.

Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że informacja o unieważnieniu postępowania była wynikiem przewlekłości postępowania. Zamawiający wyjaśnił, że prowadził procedurę uzupełnienia dokumentów, a następnie analizował całe postępowanie kompleksowo podejmując decyzje co do wszystkich 13 części zamówienia. W ocenie Izby termin w jakim zamawiający dokonał czynności nie był nadmierny, a nadto słusznie zamawiający podniósł, że ustawa nie określa terminów maksymalnych, a termin związania ofertą w tym postępowaniu wynosił 60 dni.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu, oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu kwoty 221, 97zł. tytułem zwrotu kosztów dojazdu na podstawie rozliczenia kilometrażowego.

**Przewodniczący:.....**