

Sygn. akt: KIO 2309/21

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 r. przez **wykonawcę TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie na rzecz wykonawcy TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa sprzętu medycznego – ultrasonograf (numer referencyjny: ZP/230-23/2021).” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 czerwca 2021 r., za numerem 2021/BZP 00095694/01.

W dniu 2 sierpnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 255 pkt 6 w związku z art. 457 ust. 1 ustawy pzp, poprzez unieważnienia postępowania w związku z tym, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż okoliczności wskazywane przez Zamawiającego w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania nie stanowią wad postępowania, a tym bardziej nie uniemożliwiają one zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. art. 16 pkt 1 ustawy pzp, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
3. art. 260 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 2 ustawy pzp, poprzez brak należytego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, co uniemożliwia merytoryczne odniesienie się przez Odwołującego do podnoszonych przez Zamawiającego wad postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;
- 2) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zawarcia z Odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie dostawy ultrasonografu jest już drugim postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego. W pierwszym postępowaniu (nr sprawy: ZP/230-14/2021) przedmiot zamówienia został opisany w sposób w zasadzie identyczny jak w obecnie prowadzonym postępowaniu, tj. poprzez wskazanie obligatoryjnych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. W poprzednio prowadzonym postępowaniu wykonawcy zadawali pytania dotyczące parametrów aparatu USG oraz wnioskowali o zmianę niektórych z nich. Zamawiający nie zmienił parametrów zamawianego aparatu USG, a żaden z wykonawców nie wniósł odwołania dotyczącego treści SWZ. W postępowaniu Zamawiający wymagał dodatkowego wyposażenia aparatu, typu: „Fabrycznie montowany dedykowany podgrzewacz żelu, Szafa do przechowywania przezprzełykowej głowicy kardiologicznej, Kuweta do dezynfekcji przezprzełykowej głowicy kardiologicznej, Płyn do dezynfekcji przezprzełykowej głowicy kardiologicznej min 5l... itp.". Wymagania te spełniają jedynie najdroższe aparaty USG. Ofertę w pierwszym postępowaniu złożyła tylko spółka TMS (Odwołujący) – jednak kwota jaka została zaoferowana (497 880 zł) znacznie przekroczyła budżet Zamawiającego, który wynosił 394 000 zł i postępowanie zostało unieważnione.

W obecnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający zrezygnował z części dodatkowego wyposażenia aparatu. Jednocześnie wszyscy wykonawcy znali już kwotę, jaką Zamawiający przeznacza na realizację zamówienia (kwoty w obu postępowaniach były identyczne). Wykonawcy zadali kilkadziesiąt pytań i wniosków o zmianę SWZ; Zamawiający nie zmienił wszystkich parametrów technicznych aparatu, lecz na części pytań odpowiedział twierdząco. W piśmie z dnia 2 lipca 2021r. (odpowiedzi na pytania) Zamawiający wskazał: – pytanie nr 40 (dot. pkt 61 Zestawienia Parametrów Technicznych): Czy zamawiający dopuści do przetargu wysokiej klasy ultrasonograf renomowanego producenta, który posiada możliwość rozbudowy o moduł Stress Echo wraz z modułem EKG? Odpowiedź: Tak zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie. Przed terminem składania ofert żaden wykonawca nie wniósł odwołania dotyczącego zapisów SWZ.

Pismem z dnia 26 lipca 2021r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 265 ust. 6 ustawy pzp – w uzasadnieniu wskazując, iż błędnie udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, bowiem wymagał dostarczenia aparatu posiadającego wbudowany moduł Stress Echo wraz z modułem EKG, a w odpowiedzi „dopuszczono jedynie możliwość rozbudowy sprzętu o w/w moduł. Takie działanie Zamawiającego spowodowało, iż w postępowaniu została złożona oferta, która nie spełnia wymagań jakich oczekiwał

Zamawiający od przedmiotu zamówienia” oraz podał, że „udzielone odpowiedzi na pytania przyczyniły się do ograniczenia konkurencyjności, co spowodowało przystąpienie do postępowania i złożenie oferty tylko przez 1 Wykonawcę”.

W ocenie Odwołującego, dopuszczenie możliwości rozbudowy aparatu o moduł Stress Echo umożliwia większą konkurencję niż bezwzględny wymóg dostarczenia aparatu z wybudowanym już modułem, który u każdego producenta aparatów jest dodatkowo płatny. Nie można uznać, że Zamawiający ograniczył konkurencyjność, lub postawił niektórych wykonawców w sytuacji uprzywilejowanej, ponieważ każdy aparat renomowanego producenta, który jest dedykowany do echokardiografii, posiada moduł Stress Echo w opcjach rozbudowy. Zamawiający, rezygnując z bezwzględnego wymogu posiadania modułu Stress Echo, poszerzył zatem grono wykonawców, a także dał możliwość zaoferowaniu aparatów mieszczących się w zakładanym budżecie. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można założyć, że w przypadku bezwzględnego wymogu posiadania modułu Stress Echo – w postępowaniu w ogóle nie wpłynęłaby żadna oferta. Podkreślić należy także, że Zamawiający w każdej chwili ma możliwości rozbudowy aparatu o moduł Stress Echo. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopiero w przyszłości będzie mógł prowadzić badania z użyciem modułu Stress Echo, ponieważ każde takie badanie wymaga dodatkowego zabezpieczenia gabinetu np. w defibrylator – a zakupu tego typu urządzeń Zamawiający nie przewidział w tym postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że badanie Stress Echo (echokardiografia obciążeniowa) to badanie stosowane w diagnostyce m.in. choroby wieńcowej i wad zastawkowych serca, dzięki niemu można uzyskać informacje np. na temat rozległości niedokrwienia mięśnia sercowego. W zasadzie są dwa rodzaje badania – różniące się sposobem wywołania obciążenia: - pierwszy rodzaj to echokardiografia połączona z wysiłkiem fizycznym w postaci bieżni ruchomej lub cykloergometru rowerowego. Obraz echokardiograficzny rejestruje się przed wysiłkiem, w spoczynku, na szczycie wysiłku oraz 5-10 min po zakończeniu wysiłku; - drugi rodzaj badania to próba dobutaminowa, czyli echokardiograficzna próba obciążeniowa z zastosowaniem dobutaminy - leku przyspieszającego akcję serca przez zwiększenie objętości krwi, jaką serce tłoczy do naczyń krwionośnych w ciągu jednej minuty, a tym samym wywołującego stan podobny do stanu po wysiłku fizycznym. Podczas badania pacjentowi stopniowo, coraz większymi dawkami, podaje się dożylnie lek, a następnie, za pomocą echokardiografu, monitoruje się pracę serca przy zmieniającym się jego obciążeniu. Echokardiografia dobutaminowa trwa ok. 30 minut. Niestety badanie wysiłkowe w skrajnych przypadkach może skończyć się zatrzymaniem akcji

serca, dlatego też gabinet w którym wykonuje się tego typu badanie musi być zabezpieczony pod kątem ratowania życia pacjenta tzn. musi być wyposażony w sprzęt typu defibrylator itp.

Uzasadniając zarzut nieuprawnionego unieważnienia postępowania Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 255 pkt 6 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei przesłanki unieważnienia umowy wynikają z przepisu art. 457 ust. 1 ustawy pzp. W przypadku procedury udzielenia zamówienia publicznego katalog przesłanek jej unieważnienia ma – w przeciwieństwie do przetargów prowadzonych na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, gdzie unieważnienie postępowania jest zazwyczaj decyzją uznaniową zamawiającego – charakter enumeratywny, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek. Powyższe dodatkowo wzmacnia argumentacja dotycząca charakteru wady. Nie może być to jakakolwiek wada, ale wyłącznie wada, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy pzp dotyczą kwestii podstawowych dla stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, tj. braku przesłania lub zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, niezachowania okresu standstill, itd. W literaturze przedmiotu (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Gawrońska-Baran Andrzej i in., WKP 2021) odnośnie zasad stosowania obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wskazano m.in.: „Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w komentowanym przepisie. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej. Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaferowane przez nich warunki realizacji zamówienia. Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ma swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Ponosi on odpowiedzialność za unieważnienie postępowania, a tym samym za bezpodstawną rezygnację z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (zob. art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny

finansów publicznych). (...) Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. (...) Warunkiem skuteczności unieważnienia postępowania jest wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy finalnej. Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na komentowany pkt 6 w zakresie potencjalnego wpływu nieprawidłowości (nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczone. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 p.z.p. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Natura okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 p.z.p. wskazuje na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców). Niektóre z okoliczności, a mianowicie wymienione w art. 457 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p., znajdują szersze wykorzystanie (np. w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie podstawowym), a niektóre gdy zawarto umowę ramową z naruszeniem tzw. okresu standstill (zawieszenia) bądź dopuszczono się pewnych nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów.”

Ponieważ przepis art. 255 pkt 6 ustawy pzp jest co do zasady zbieżny z przepisem art. 93 ust 1 pkt 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP2004) właściwe jest przywołanie stanowiska orzecznictwa, w zakresie interpretacji art. 93 ust 1 w związku z art. 146 ust 1 uchylonej ustawy PZP2004. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 sierpnia 2010 r., IV Ca 831/10, ZPO 2011/8, poz. 125) wskazał, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP2004 może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach, bowiem katalog przesłanek z art. 93 ustawy PZP2004 jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. W wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r. (KIO 2389/16) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że: Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła – jakkolwiek wada postępowania. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 99/20, wyrok KIO z dnia 22 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 532/13, wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1098/19, wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2412/19. Odwołujący podniósł, że przywołana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niezgodna z ustawą, bowiem Zamawiający nie wykazał, aby odpowiedź na pytanie nr 40, którą obecnie Zamawiający uznaje za błędną, miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania, nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów, a żaden wykonawca nie kwestionował tej odpowiedzi przed złożeniem oferty, ani z tego tytułu nie poniósł jakichkolwiek konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Odwołujący stoi na stanowisku, iż przywołana przez Zamawiającego „błędna odpowiedź na pytanie” nie stanowi wady postępowania, a tym bardziej nie stanowi wady istotnej, która dodatkowo powodowałaby niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Uzupełniająco zauważył, iż Zamawiający miał pełne prawo – z uwagi na specyfikę zamówienia – wymagać od wykonawców dostawy aparatu USG o określonych parametrach. Jednocześnie jednak Zamawiający winien dochować należytej staranności, tak przy opisie przedmiotu zamówienia, jak i w trakcie prowadzonego postępowania. Toteż uznać należy, że modyfikując treść SWZ i dopuszczając aparaty USG posiadające możliwość rozbudowy o moduł Stress Echo, Zamawiający podjął przemyślaną i uzasadnioną okolicznościami decyzję. Trudno zatem uznać za uzasadnione stwierdzenie, że „w postępowaniu została

złożona oferta, która nie spełnia wymagań jakich oczekiwał Zamawiający od przedmiotu zamówienia”.

Dodał również, że nie można w takiej sytuacji zasadnie twierdzić, że modyfikacja SWZ poprzez odpowiedź na pytanie nr 40, stanowi istotną wadę postępowania, która musi powodować niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Gdyby bowiem przyjąć, że przedmiotowa modyfikacja mogła stanowić istotną wadę postępowania, uprawniającą Zamawiającego do jego unieważnienia, to w konsekwencji przyjąć należałoby, iż w każdym postępowaniu każda zmiana SWZ (a często kilkusetstronowych załączników) może stanowić podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, co jest poglądem oczywiście chybionym i mogącym prowadzić do nadużywania instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiających, w celach zgoła odmiennych od tych, które przyświecały wprowadzeniu przepisu art. 225 (w tym pkt 6) do ustawy pzp. Nawet jednak, gdyby hipotetycznie stwierdzić, że przedmiotowa modyfikacja była błędem Zamawiającego, to zauważyć należy, że skutkami tej zmiany nie mogą zostać obciążeni wykonawcy, co wynika z zasad zamówień publicznych (art. 16 ustawy pzp).

Podsumowując uzasadnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu 255 pkt 6 ustawy pzp Odwołujący wskazał, iż nie sposób uznać okoliczności podniesionych w informacji o unieważnieniu postępowania za spełniające przesłanki z ww. przepisu prawa. Zamawiający nie wykazał, że w postępowaniu wystąpiła istotna, a zarazem nieusuwalna wada, a ponadto, że wada ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający unieważnił postępowanie dopiero po otwarciu ofert, mimo że otrzymał jedną ważną ofertę (złożoną przez Odwołującego). Nawet gdyby Zamawiający utrzymywał, że popełnił błąd w odpowiedzi na pytanie nr 40 to powszechnie przyjętą w praktyce zamówień publicznych zasadą jest interpretacja wszelkich niejasności, dwuznaczności i niezgodności w dokumentach postępowania na korzyść wykonawcy. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2055/17. Trudno w tej sytuacji nie odnieść wrażenia, iż celem Zamawiającego w istocie jest to, by Odwołujący nie uzyskał przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza mając na uwadze to, jak bardzo chybione i wręcz kuriozalne są twierdzenia Zamawiającego o tym, że prowadzone przez niego postępowanie obarczone jest wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak już wyżej zostało szczegółowo wyjaśnione, Zamawiający modyfikując SWZ poszerzył krąg wykonawców, którzy mogli zrealizować zamówienia – dopuszczenie w postępowaniu oferty z możliwością rozbudowy o moduł Stress Echo, w miejsce wcześniejszego wymogu

posiadania przez aparat USG wbudowanego modułu, oczywiście powoduje zwiększenie konkurencyjności. Powołał się na wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2507/19.

Unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający jednoznacznie wskazał parametr zamawianego aparatu, a dopiero po otwarciu ofert uznał, że parametr ten nie spełnia jego oczekiwań, uznać należy za rażące naruszenie przepisów pzp, w tym zasady uczciwej konkurencji – zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp jest zatem uzasadniony. Niezależnie od powyższego, unieważnienie postępowania przez Zamawiającego bez zaistnienia przesłanek określonych przepisami ustawy pzp, także stanowi o prowadzeniu postępowania z oczywistym naruszeniem zasady wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W literaturze (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Gawrońska-Baran Andrzeła i in., opublikowano: WKP 2021) wskazano: „Zamawiający ma obowiązek podania faktycznego i prawnego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej. Jest ono niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy. Z kolei uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych. Wiąże się bowiem z obowiązkiem wykazania rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy danej normy prawnej. Za naruszenie zasady jawności postępowania należy uznać np. przypadki uchylania się przez zamawiającego od uzasadnienia unieważnienia przetargu ze względu na wadę widoczną wprost przy zapoznawaniu się z dokumentacją postępowania bądź znaną stronom postępowania przetargowego. Podanie w informacji kierowanej do wykonawców precyzyjnego i wyczerpującego uzasadnienia wskazującego na zaistnienie okoliczności obligujących do unieważnienia postępowania przetargowego stanowi bezwzględną konieczność. W przeciwnym razie brak wymaganych informacji może uniemożliwić wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Nie będzie on bowiem w stanie właściwie odnieść się do rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania.”

Z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 26 lipca 2021r. nie wynika w sposób jednoznaczny, czy Zamawiający unieważnia postępowanie z powodu błędnej odpowiedzi na pytanie nr 40, czy z powodu złożenia oferty niespełniającej wymagań Zamawiającego, czy też może z tego powodu, że „udzielone odpowiedzi na pytania przyczyniły się do ograniczenia konkurencyjności, co spowodowało przystąpienie do postępowania i złożenie oferty tylko przez 1 Wykonawcę” (tak Zamawiający w akapicie 3 pisma). Z ostatniego cytowanego zapisu wynikałoby, że więcej niż jedna (a może nawet wszystkie) odpowiedzi na pytania były błędne – a nadto spowodowały skutek w postaci ograniczenia konkurencyjności. Niestety Zamawiający nie podaje żadnych przykładów zapisów SWZ, które w jego ocenie ograniczają konkurencję, ani nie wyjaśnia sposobu ograniczenia tej konkurencyjności. Jedynym konkretnym stwierdzeniem jest podanie, że ofertę w postępowaniu złożył tylko jeden wykonawca. Z praktyki postępowań o udzielenie zamówień publicznych wynika jednak, że tylko jedną ofertę otrzymują zamawiający bardzo często i nie jest to żaden powód do unieważnienia postępowania, ani też do stwierdzenia naruszenia uczciwej konkurencji. Odwołujący zauważył, że od chwili wejścia w życie poprzednio obowiązującej ustawy pzp, a zatem od dnia 2 marca 2004r. przepis art. 93 ust 1 pkt 1 obligował zamawiającego do unieważnienia postępowanie jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; konieczność złożenia co najmniej 2 ofert występowała jedynie w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę oraz w postępowaniu prowadzonym w trybie aukcji elektronicznej (art. 93 ust 1 pkt 2 i 3 PZP2004). A zatem od ponad 15 lat w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dopuszcza się jedną ofertę. Nadto, w nowych przepisach pzp unieważnienie postępowanie o udzielenie zamówienia jest możliwe jeżeli nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo żadnej oferty (art. 255 pkt 1 PZP).

Uzasadnienie informacji o unieważnieniu postępowania jest tak lakoniczne, że nie umożliwia merytorycznej polemiki w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego o naruszeniu uczciwej konkurencji – brak bowiem wyjaśnienia stanu faktycznego i stan prawnego oraz wyczerpującego wskazania powołanych jedynie z nazwy przesłanek.

W dniu 12 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie przekazał kopii odwołania, ponieważ Odwołujący jest jedynym Wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 4 pkt 1 i 2 SWZ: „1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego dla potrzeb Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie – Aparat ultrasonograficzny – szt. 1. 2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zestawienie parametrów technicznych zawiera Załącznik nr 1 do niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia.”

W poz. 61 załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał wbudowany moduł Stress Echo wraz z modułem EKG.

Pismem z dnia 2 lipca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na 49 pytań, które wpłynęły w postępowaniu. Część wniosków o zmianę treści SWZ została uwzględniona, natomiast w większości Zamawiający podtrzymał wymagania w zakresie parametrów technicznych sprzętu. W odpowiedzi na pytanie nr 40 dotyczące pkt 61 załącznika nr 1 do SWZ: „Czy Zamawiający dopuści do przetargu wysokiej klasy ultrasonograf renomowanego producenta,

*który posiada możliwość rozbudowy o moduł Stress Echo wraz z modułem EKG?”
Zamawiający odpowiedział: „Tak, Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie.”*

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 7 lipca 2021 r. w postępowaniu wpłynęła jedna oferta Odwołującego na kwotę 393 120,00 zł.

Pismem z dnia 26 lipca 2021 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy pzp podając następujące uzasadnienie prawne i faktyczne: *„Zgodnie z treścią art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w dniu 25.06.2021 r. opublikował postępowanie na zakup i dostawę ultrasonografu. W dniu 07.07.2021 r. nastąpiło otwarcie ofert. Złożona została 1 oferta. W trakcie badania złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ oraz udzielonymi odpowiedziami na pytania Zamawiający zauważył, iż błędnie udzielił odpowiedzi na pytania Wykonawców. Zamawiający wymagał, aby sprzęt posiadał wbudowany moduł Stress Echo wraz z modułem EKG, do wykonywania pogłębionych badań diagnostycznych u pacjentów z zaburzeniami kardiologicznymi. Błędnie udzielonymi odpowiedziami na pytania dopuszczono jedynie możliwość rozbudowy sprzętu o w/w moduł. Takie działanie Zamawiającego spowodowało, iż w postępowaniu została złożona oferta, która nie spełnia wymagań jakich oczekiwał Zamawiający od przedmiotu zamówienia. W wyniku dalszej analizy dokumentacji Zamawiający stwierdził, iż udzielone odpowiedzi na pytania przyczyniły się do ograniczenia konkurencyjności, co spowodowało przystąpienie do postępowania i złożenie oferty tylko przez 1 Wykonawcę. Opis przedmiotu zamówienia oraz modyfikacje wprowadzone w wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania stanowią znaczący element, który warunkuje złożenie prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych Wykonawców. Nie jest możliwe w toku badania i oceny ofert ani dokonanie zmiany wymagań określonych w SWZ, ani poprawienie błędów popełnionych przez Zamawiającego podczas udzielania odpowiedzi na pytania. Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania zgodnie z podstawowymi zasadami zapewniającymi zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Swoim działaniem Zamawiający nie może doprowadzać do sytuacji, w której dany produkt będzie postawiony na pozycji uprzywilejowanej, nie powinien doprowadzać do ograniczenia kręgu potencjalnych Wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu i złożeniem swojej oferty oraz pozbawiać ich uzyskania zamówienia, z uwagi na ryzyko unieważnienia umowy, wynikającego z błędu popełnionego przez Zamawiającego na etapie prowadzenia*

postępowania, który nie jest możliwy do usunięcia w ramach wykonanych przez niego czynności. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał, iż dalsza kontynuacja postępowania odbywała by się z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co przyniosłoby negatywne skutki nie tylko dla Zamawiającego, ale również dla Wykonawców, dlatego też unieważnia niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.”

Artykuł 16 pkt 1 – 2 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.”

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

W myśl art. 457 ust. 1 ustawy pzp: „Art. 457. 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.”

Zgodnie z art. 459 ust. 1 ustawy pzp: „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie: 1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455; 2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1.”

Artykuł 260 ust. 1 ustawy pzp stanowi: „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

Rozstrzygnięcie sporu w niniejszej sprawie sprowadzało się przede wszystkim do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy pzp. W ocenie Izby, podstawy faktyczne i prawne przywołane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie uprawniały Zamawiającego do dokonania tej czynności, gdyż nie wypełniły się przesłanki zawarte w art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 255 pkt 6 ustawy pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w postępowaniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaistnienia wady postępowania to zaznaczenia wymaga, że Zamawiający upatrywał wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady w dokonaniu modyfikacji SWZ niezgodnie z własnymi potrzebami oraz w udzieleniu błędnych odpowiedzi na pytania wykonawców, tym samym w opisanu przedmiotu zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Ponadto, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie oraz argumentacji zaprezentowanej na rozprawie Zamawiający dostrzega również wadę postępowania w sposobie odpowiedzi na pytania wykonawców i niewyrażeniu zgody na modyfikację parametrów technicznych sprzętu, co w jego ocenie spowodowało ograniczenie konkurencji i złożenie oferty w postępowaniu przez jednego Wykonawcę. Izba zauważa, że Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania jako podstawę faktyczną unieważnienia wskazał wadę polegającą na modyfikacji SWZ i dopuszczeniu zaoferowania aparatu USG z możliwością wbudowania modułu Stress Echo zamiast z obligatoryjnym posiadaniem przez aparat ww. modułu, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji i złożenia oferty wyłącznie przez Odwołującego. Co do pozostałych odpowiedzi na pytania Zamawiający nie odniósł się w zawiadomieniu w sposób konkretny, a jedynie stwierdził, że w jego ocenie spowodowały ograniczenie konkurencji. Próba uszczegółowienia powyższych okoliczności, które w ocenie Zamawiającego stanowiły wadę postępowania nastąpiła dopiero w postępowaniu odwoławczym, tym samym argumentację tą należy uznać za spóźnioną. Co więcej, Zamawiający nawet na rozprawie nie skonkretyzował jakie elementy opisu przedmiotu zamówienia spowodowały ograniczenie konkurencji, a w odniesieniu do modyfikacji dotyczącej modułu Stress Echo również nie przedstawił przełożenia tej modyfikacji na decyzje wykonawców co do niezłożenia oferty, przyznając że nie posiada wiedzy w tym zakresie. Dowody złożone przez Zamawiającego a dotyczące wyliczenia odpowiedzi na pytania przez dwóch z czterech potencjalnych wykonawców zadających pytania w postępowaniu nie przedstawiają skali ewentualnego ograniczenia konkurencji, szczególnie że sam Zamawiający nie wyartykułował ani w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, ani w postępowaniu odwoławczym w jaki sposób opis przedmiotu zamówienia zablokował dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom.

Abstrahując od powyższego, w ocenie Izby przywoływane przez Zamawiającego okoliczności nie stanowiły wady postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy pzp, a jedynie świadczyły o tym, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi oczekiwaniami. Podkreślić należy, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania i po jego stronie leży dochowanie należytej staranności w przygotowaniu postępowania, w tym opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami, jak i dokonanie analizy, czy wymagane parametry techniczne aparatu nie ograniczają

konkurencji. Obowiązek ten nie ustaje również na etapie prowadzonego postępowania, kiedy Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców podejmuje decyzje co do ewentualnej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć należy, że skutki wynikające z błędów czy przeoczeń Zamawiającego w tym zakresie w żadnym wypadku nie mogą obciążać wykonawców składających oferty w postępowaniu zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie stanowi instytucji pozwalającej Zamawiającemu na korygowanie każdej błędnej decyzji w postępowaniu, a jedynie takiej wady, która jako niemożliwa do usunięcia jednocześnie powoduje, że zawarta w postępowaniu umowa mogłaby podlegać unieważnieniu na jednej z podstaw określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp.

W niniejszej sprawie Zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia, a Odwołujący złożył ofertę w odniesieniu do tak ukształtowanego opisu. W postępowaniu nie występuje żadna nieścisłość czy niejednoznaczność, która uniemożliwiłaby Zamawiającemu badanie i ocenę złożonej przez Odwołującego oferty. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców aby składali oferty zgodne z jego oczekiwaniami, które to oczekiwania jednak nie zostały odzwierciedlone w treści SWZ.

Co więcej, Zamawiający w ogóle nie przeprowadził analizy jak dokonana modyfikacja opisu ma przełożenie na zawarcie umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Żadna z przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp w postępowaniu nie wystąpiła.

Odnosząc się do argumentów dotyczących ograniczenia konkurencji i złożenia oferty wyłącznie przez Odwołującego, to podkreślić należy, że również ta okoliczność, której jak już wskazano, Zamawiający sam nie jest pewny, nie stanowi podstawy unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 255 pkt 6 ustawy pzp. Dlatego też, dowody złożone przez Odwołującego - specyfikacje techniczne aparatów USG: ACUSON Redwood – producent Siemens, Aloka Arietta 750VE – producent Hitachi, Aloka Arietta 850 – producent Hitachi Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w żadnym wypadku złożenie w postępowaniu oferty przez jednego wykonawcę, nie oznacza, że w postępowaniu doszło do ograniczenia konkurencji, a tym bardziej okoliczność ta nie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Argumentację Zamawiającego należało uznać za niezasadną i nielogiczną, również w kontekście złożonych przez Odwołującego dowodów – informacji o wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty w różnych postępowaniach, w których wpłynęła jedna oferta.

Skoro Zamawiający otrzymał ofertę na realizację zamówienia, którą może zbadać i ocenić w oparciu o postanowienia SWZ, dokonać wyboru, a następnie zawrzeć ważną umowę na realizację zamówienia publicznego to stwierdzić należało, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie zaistniała. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp zasługiwał więc na uwzględnienie.

W ocenie Izby, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 ustawy pzp, gdyż Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie przedstawił powiązania wystąpienia w jego domniemaniu wady postępowania z wystąpieniem przesłanki unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Ponadto, Zamawiający w sposób lakoniczny stwierdził, że udzielenie odpowiedzi na pytania wykonawców ograniczyły konkurencję. Zamawiający poza modyfikacją modułu Stress Echo nie wskazał na żadne konkretne podstawy faktyczne, elementy opisu przedmiotu zamówienia, które spowodowały ograniczenie konkurencji. Jak pokazało postępowanie odwoławcze, Zamawiający uznawał bliżej nieokreślone odpowiedzi na pytania i niedopuszczenie do zmiany opisu przedmiotu zamówienia za wadę postępowania. Podkreślić należy, że szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności zamawiającego ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego sformułowania i uzasadnienia zarzutów odwołania przez wykonawcę podważającego czynności zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający dopiero na rozprawie złożył dowody, które miały określać, które odpowiedzi na pytania uniemożliwiły dwóm potencjalnym wykonawcom złożenie ofert.

W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 ustawy pzp, gdyż Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Zamawiający po otwarciu ofert niezasadnie uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia, a decyzja o unieważnieniu postępowania zawierała braki zarówno w zakresie uzasadnienia prawnego jak i faktycznego, co naruszało zasadę przejrzystości postępowania.

Na zakończenie podkreślić należy, że przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana. Z całą stanowczością stwierdzić należy, że nie służy ona konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: