

Sygn. akt: KIO 293/14

Sygn. akt: KIO 294/14

WYROK

z dnia 4 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2014 r. przez wykonawcę OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A. z siedzibą w Poznaniu [KIO 293/14 oraz KIO 294/14] w postępowaniu prowadzonym przez Poznański Ośrodek Specjalistycznych Usług w Poznaniu

przy udziale wykonawcy MEDITECH spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach koło Poznania, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 293/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 293/14,**
2. **uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 294/14 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia;**
3. kosztami postępowania obciąża odpowiednio Odwołującego OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zamawiającego Poznański Ośrodek Specjalistycznych Usług w Poznaniu i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr [słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od Odwołującego OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego - Poznańskiego Ośrodka Specjalistycznych Usług w Poznaniu na rzecz kwotę 3 600 zł [słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. KIO 293/14;
- 3.3. zasądza od Zamawiającego Poznańskiego Ośrodka Specjalistycznych Usług w Poznaniu na rzecz Odwołującego OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł [słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. KIO 294/14.

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

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Poznański Ośrodek Specjalistycznych Usług w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż sprzętu medycznego dla POSUM – dwóch ultrasonografów i uniwersalnego cyfrowego aparatu RTG i Systemu PACS”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający, w zakresie części 2 dokonał wyboru oferty Meditech sp. z o.o. w Komornikach, natomiast w zakresie zadania 1 – unieważnił postępowanie.

III. Odwołujący w dniu 17 lutego 2014 r. złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Meditech sp. z o. o.o. w Komornikach, a także unieważnienia postępowania w zakresie części 1.

Odwołujący postawił – w odniesieniu do wyboru oferty Meditech sp. z o.o. w Komornikach zarzuty [KIO 293/14]:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej Wykonawcy Meditech Sp. z o.o., pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 91 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
3. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Meditech Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji które mają wpływ na wynik postępowania gdyż potwierdzają spełnianie parametrów granicznych/wymaganych urządzeń/systemów pomimo iż w rzeczywistości przedmiot oferty ich nie posiada,
4. naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Meditech Sp. z o.o. w związku ze złożeniem na skutek uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3

ustawy, dla spełniania warunku dot. minimum jednej udokumentowanej integracji oferowanego systemu RIS/PACS z systemem KAMSOFT, kopii pisemnego zobowiązania IMS Medica sp. z o.o. w trybie art. 26 ust 2 b ustawy,

5. w zakresie Cz. 2 działania i zaniechania Zamawiającego polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty Meditech Sp. z o.o. z zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy/jego wykluczenia z postępowania, zostały dokonane z naruszeniem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 24 ust. 2 pkt 3, a także 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wniósł o zakresie części 2 o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Meditech Sp. z o.o., dokonania powtórnej czynności oceny ofert i w jej wyniku odrzucenia oferty Meditech Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, z uwagi na podanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania; nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Meditech Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku ze złożeniem na skutek uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dla spełniania warunku doświadczenia dot. minimum jednej udokumentowanej integracji oferowanego systemu RIS/PACS z systemem KAMSOFT, kopii pisemnego zobowiązania IMS Medica Sp z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy, co winno w konsekwencji skutkować uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł:

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku dot. wymaganego doświadczenia, że Zamawiający w dniu 03.02.2014 r. wezwał wykonawcę Meditech sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów w ofercie w trybie art. 26 ust 3 Pzp, m.in. do złożenia minimum jednej udokumentowanej integracji oferowanego systemu RIS/PACS z systemem KAMSOFT. System archiwizacji i dystrybucji obrazów. Serwer systemu RIS/PACS 1 szt. pkt 1 „*System PACS/RIS/dystrybucji obrazów jednego producenta. Integracja systemu PACS/RIS z istniejącym systemem szpitalnym KS-SOMED firmy KAMSOFT za pomocą protokołu HL-7 w zakresie: Minimum jedna udokumentowano integracja oferowanego systemu RIS/PACS z systemem KAMSOFT*” Skutkiem powyższego wezwania, Wykonawca pismem datowanym na dzień 3.02.2014r. uzupełnił dokumenty o zobowiązanie IMS Medica Sp z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy wraz z wykazem potwierdzającym wymagane doświadczenie. Odwołujący podał, że przedmiotem odwołania jest zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Meditech Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy, w związku ze złożeniem na skutek uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3

ustawy spełniania warunku doświadczenia kopii pisemnego zobowiązania [w dokumentacji postępowania widnieje kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę] podczas gdy, jak wskazuje przykładowo opinia prawna UZP zawarta w Informatorze 2/3 z 2012 r., wymaganą w takim przypadku formą zobowiązania jest wyłącznie forma pisemna tj. w oryginale. Wobec wyczerpania przez Zamawiającego jednokrotności procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ponowienie tej czynności nie jest możliwe. Z powyższego wynika zatem że wobec braku możliwości powołania się przez Wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego który był niezbędny dla spełnienia warunku w zakresie wymaganego doświadczenia. Wykonawca zatem nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, czego konsekwencją winno być jego wykluczenie w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

[2] W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz podania nieprawdziwych informacji która mają wpływ na wynik postępowania - wykluczenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, Odwołujący podał, że Zamawiający dokonując wyboru oferty MEDITECH sp. z o.o. zaniechał dokonania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo oczywistej niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. Wady poniższe z uwagi na ich charakter i znaczenie dla oferty nie mogą stanowić podstawy do wyjaśnienia jej w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż musiałyby to skutkować niedozwoloną zgodnie z tym przepisem zmianą jej treści ani też poprawieniem omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zaoferowany przez Meditech aparat nie posiada jednego certyfikatu CE wystawionego dla producenta Control-X Medical Kft. na system Perform-X na zaoferowane elementy [kolumna podłogowa z lampą, stół stacjonarny i kolimator] - Zamawiający dopuścił jedynie detektor innego producenta, ale ze wspólną deklaracją zgodności, świadczącą o ich kompatybilności. Dopuścił również jeden certyfikat CE, deklarację oraz rejestr na stół, statyw, lampę i generator. Według Odwołującego Meditech Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje które miały wpływ na wynik postępowania bowiem dotyczyły parametru wymaganego oferowanego zestawu w sytuacji gdy wykonawca w złożonej ofercie z jednej strony potwierdza wymagania Zamawiającego a jednocześnie oferowane urządzenie wymagania nie spełnia. Dodatkowo z powyższego można wywieść wniosek o wewnętrznej sprzeczności treści oferty Wykonawcy.

[3] Odwołujący postawił następnie zarzuty dotyczące niezgodności oferty Meditech sp. z o.o. z SIWZ w zakresie pkt 2 *dot. rozdziału IX pkt 4 gwarancja i inne wymogi*, a także pkt 3 *stacja lekarska 1 szt.*, które zostały wycofane na rozprawie.

[4] Odwołujący postawił wreszcie zarzut, dotyczący niezgodności oferty Meditech sp.

z o.o. z SIWZ w zakresie Systemu archiwizacji i dystrybucji obrazów, podając, że Zamawiający postawił wymóg: „System PACS/RIS/dystrybucji obrazów jednego producenta...”, a Meditech potwierdził: „Tak. Intra RIS/IntraPACS f-my IMS Medica Sp. z o.o...”. Pismem z dnia 27.11.2013 r. Zamawiający na Pytanie 2 o brzmieniu: „Czy Zamawiający zapis zmieni „System PACS/RIS/dystrybucji obrazów jednego producenta” na „Systemy PACS/RIS/dystrybucji obrazów w pełni zintegrowane”? Dzięki protokołowi HL7 zintegrowane systemy RIS/PACS różnych producentów nie różnią się pod względem funkcjonalności od dostarczanych przez jednego producenta. Ponadto zazwyczaj jeśli RIS/PACS pochodzi od jednego producenta funkcjonalność systemu PACS są mocno ograniczone w porównaniu do samodzielnych systemów PACS renomowanych producentów.” Zamawiający odpowiedział, iż „nie wyraża zgody, ponieważ System PACS/RIS/dystrybucji wytworzony przez jednego producenta jest tańszy i łatwiejszy niż systemy pochodzące od różnych firm”. Meditech Sp. z o.o. zaoferował w swojej ofercie system RIS/PACS firmy IMS Medica Sp. z o.o. wraz z oprogramowaniem stacji diagnostycznej/dystrybucję obrazów E-Film Workstation firmy Merge Healthcare, przy czym IMS i Merge to dwóch różnych producentów. W związku z powyższym, oferta Meditech sp. z o.o. nie spełnia warunku, o którym mowa w pkt 1 na stronie 35 oferty i jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią SIWZ. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, skoro wykonawca potwierdza w ofercie, iż oferowany system spełnia wymagania Zamawiającego a jednocześnie sam podaje już w ofercie informację temu zaprzeczającą to dowodzi to wewnętrznej sprzeczności oferty oraz podaniu przez Wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji która mają wpływ na wynik postępowania co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy w trybie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy.

W zakresie odwołania dotyczącego bezpodstawnego unieważnienia postępowania, [KIO 294], Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania pomimo nie wystąpienia przesłanki dla dokonania tej czynności.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że o ile zakupienie cyfrowego aparatu RTG wraz z systemem PACS pozostaje wciąż w interesie publicznym, o tyle skutek

zaistnienia okoliczności faktycznych, których nie można było przewidzieć przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, zakup urządzeń ultrasonograficznych przestał leżeć w interesie publicznym. Jak wynika z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu, Zamawiający określił parametry techniczne urządzeń ultrasonograficznych na minimalnym poziomie, kierując się aktualnymi potrzebami oraz zdolnością finansową; w roku 2014 r. w trakcie postępowania, po złożeniu ofert oraz rozstrzygnięciu innego postępowania, które związane jest z modernizacją budynków POSUM okazało się, że w pełni aktualna pozostaje potrzeba zamówienia jedynie jednego ultrasonografu o wskazanych w postępowaniu parametrach technicznych i wyposażeniu oraz dwóch innych ultrasonografów posiadających inne wyposażenie oraz parametry techniczne, czego Zamawiający w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz do terminu złożenia ofert nie mógł przewidzieć. Odwołujący wskazał, że Zamawiający argumentuje, iż przedstawione wyżej rozwiązanie w niewątpliwie większym stopniu zabezpieczy interes publiczny, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy identyfikować z ochroną zdrowia, aniżeli miałyby to miejsce w sytuacji, gdyby Zamawiający dopuścił do udzielenia zamówienia w zakresie dostawy urządzeń ultrasonograficznych na zasadach określonych w przedmiotowym postępowaniu, a następnie Zamawiający konstatuje, iż dostawa objęta bieżącym postępowaniem okazuje się bowiem bezcelowa z punktu widzenia perspektywy nabycia urządzeń o innej charakterystyce oraz w większej ilości, które zapewnią szybką, sprawną, bezkolizyjną i długoletnią obsługę, natomiast pacjentom pozwala na dokładniejszą diagnostykę szerszego zakresu schorzeń. Odwołujący podał, że Zamawiający podnosi, iż w sytuacji faktycznej niniejszej sprawy interes publiczny należy również odnieść do faktu, że nie jest celowe wyposażenie palcówki publicznej, za środki publiczne w sprzęt, który z aktualną koncepcją rozwoju nie będzie przydatny do zamierzonego użytku, a jego zakup spowodowałby brak środków po stronie Zamawiającego na realizację zakupu rzeczywiście niezbędnego sprzętu w optymalnej konfiguracji. Odwołujący powołała się na wnioskiem decyzji Zamawiającego, zgodnie z którym, ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy, materializują się w ten sposób, iż:

- wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, iż Zamawiający nie podlega już wcześniejszym ograniczeniom finansowym i może doposażyć zarządzaną przez siebie placówkę w najnowocześniejszy sprzęt - gwarantujący świadczenie usług medycznych na znacznie wyższym poziomie aniżeli dotychczas i aniżeli gwarantowałby to sprzęt nabyty w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania,

■ nie ulega wątpliwości, iż sytuacji tej nie można było przewidzieć wcześniej, nawet przy dołożeniu należytej staranności, natomiast rozwiązanie polegające na unieważnieniu określonej części zabezpiecza w najwyższym stopniu interes publiczny, jakim jest ochrona zdrowia, i w tym zakresie skutkuje ono wymiernymi korzyściami, o których wspominał Trybunał Konstytucyjny w przywołanej uchwale.

Zdaniem Odwołującego, z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż zamawiający w toku prowadzonego postępowania jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w ww. przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego winno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Jak podkreśla się w orzecznictwie, tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. [sygn. akt KIO/UZP 54/07], *„Unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, co nie daje zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji”. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych”*; podobnie wyrok KIO z dnia 27 lutego 2009 r. [sygn. akt KIO/UZP 176/09] Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w uzasadnieniu, że: *„Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła”*. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Jak podkreśla się w orzecznictwie w odniesieniu do przesłanki unieważnienia, na którą powołuje się Zamawiający:

- Wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r. [sygn. akt KIO/UZP 244/09], *„Zamawiający może zastosować przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wówczas, gdy zachodzą łącznie wszystkie przesłanki wskazane w tej normie, do których należą: istotna i niemożliwa wcześniej do przewidzenia zmiana okoliczności, wskazująca, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym i to w/ sposób trwały, interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. [...] Unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków jest dopuszczalne wówczas, gdy "uszczerpienie tych środków" wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego”*.

- Nadużycie instytucji unieważnienie postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.
- Fakt ogłoszenia postępowania i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2008 r. [sygn. akt KIO/UZP 624/08] w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: *„Celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy”*. Jak podkreśla się w orzecznictwie - tak np.: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2008 r. [sygn. akt KIO/UZP 114/07] *„Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym”*. Odwołujący podkreślił, że wymienione w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przesłanki muszą zaistnieć łącznie. Jak podkreśla się w doktrynie, Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym. Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienia się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. W przedmiotowym postępowaniu odnośnie zaistnienia pierwszej z przesłanek, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, należy stwierdzić, iż nie miała ona miejsca a przynajmniej wbrew obowiązкови jaki wynika z

ustawy okoliczność taka nie została Odwołującemu ujawniona i udowodniona.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien dokładnie określić swoje potrzeby i cele, którym ma służyć udzielenie zamówienia. Zasadniczo bowiem celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak podkreślić, iż przesłanki unieważnienia postępowania zostały zawarte w katalogu zamkniętym i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Nie sposób uznać, iż wszczynając *przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający przy dochowaniu należytej staranności nie mógł przewidzieć*. Odwołujący powołał się następnie na tezę wskazującą *na rzekomo ujawnione nowe okoliczności [nie wiadomo konkretnie jakie] w związku z innym przetargiem w roku 2014 r, „w trakcie postępowania, po złożeniu ofert oraz rozstrzygnięciu innego postępowania, które związane jest z modernizacją budynków POSUM” okazało się, że w pełni aktualna pozostaje potrzeba zamówienia jedynie jednego ultrasonografu o wskazanych w postępowaniu parametrach technicznych i wyposażeniu oraz dwóch innych ultrasonografów posiadających inne wyposażenie oraz parametry techniczne, czego Zamawiający w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz do terminu złożenia ofert nie mógł przewidzieć*”. Zamawiający nie wykazał i nie udowodnił, a to na nim spoczywa ciężar wykazania podstawy unieważnienia postępowania, jakie konkretnie nowe okoliczności ujawniły się i w jakim konkretnie czasie i czy istotnie skutkowały koniecznością unieważnienia postępowania. Odwołujący podał, że nie widzi związku pomiędzy postępowaniem na modernizację budynków Zamawiającego z wszczętym w połowie października 2013 r., przedmiotowym przetargiem. Zamawiający powołując się na nowe okoliczności ma obowiązek je udowodnić już w decyzji i uzasadnieniu do decyzji o unieważnieniu postępowania, same twierdzenia zawarte w decyzji o unieważnieniu postępowania w ocenie Odwołującego są niewystarczające do uczynienia zadość wymogom ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest zachowanie należytej a wręcz podwyższonej [z uwagi na fakt wydatkowania środków publicznych] miary staranności w przygotowywaniu postępowań o zamówienie publiczne.

Zdaniem Odwołującego nie można zgodzić się z arbitralnością decyzji Zamawiającego, który unieważnia postępowanie po upływie terminu składania ofert z bliżej niezidentyfikowanych przyczyn, które ma obowiązek wskazać i udowodnić ich faktyczne istnienie już w treści uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wykazał ani też nie udowodnił związku unieważnienia postępowania z nowo ujawnionymi [po terminie składania ofert] okolicznościami. Zamawiający nie przedstawił także dowodu i współzależności pomiędzy obydwoma przetargami, tym bardziej że jako staranny Zamawiający ma obowiązek odpowiednio przygotować i racjonalnie uzasadnić wszczęcie każdego postępowania o zamówienie publiczne. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający poza ogólnikowym stwierdzeniem iż w roku 2014 taka konieczność się ujawniła nie wskazuje czym konkretnie spowodowana i na czym polega nowo ujawniona okoliczność. Teza o zmianie wizji realizacji świadczeń medycznych jest nie do pogodzenia z podlegającą interpretacji zawężającej przesłankę unieważnienia postępowania na którą powołuje się Zamawiający. Twierdzenia Zamawiającego nie może uzasadniać powołany jako podstawa decyzji szeroko rozumiany interes związany z ochroną zdrowia publicznego. Wykazanie powyższego musi być skonkretyzowane dla uniknięcia arbitralności decyzji organizatora przetargu publicznego. To na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością i dokonania rozpoznania rynku na etapie przed wszczęciem postępowania jak również ocena potrzeb związanych z realizacją publicznych świadczeń z zakresu ochrony zdrowia. Odwołujący podał, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 1 grudnia 2003 r., [sygn. akt V Ca 2224/03], *„istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny któremu miało służyć to postępowanie”*. Odnośnie zaistnienia drugiej z przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, Odwołujący podał, iż także nie miała ona miejsca. Ocena, czy coś dzieje się w interesie publicznym, czy nie, dokonywana jest w momencie wszczynania postępowania. Wówczas bowiem podejmowana jest decyzja o wszczęciu postępowania. Odnośnie zaistnienia trzeciej z przesłanek, tj. nieprzewidywalności, Odwołujący wskazał, iż nie zaistniała w niniejszym postępowaniu powyższa przesłanka unieważnienia postępowania. Zamawiający wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania mógł, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, przewidzieć zmianę, na którą się powołuje, gdyż powyższe okoliczności muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego. Jak wskazuje orzecznictwo, tak np. wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r. [sygn. KIO 2047/11], Polski system prawa przewiduje ochronę prawną zobowiązań, zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień

publicznych, której wyrazem jest m.in. niemożność bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający de facto zobowiązuje się do zawarcia z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie oferta najkorzystniejsza, umowy, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego. Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać. Tym samym oczywiste jest, iż zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił - a w zasadzie dopiero być może zmieni w jeszcze nie do końca sformułowany sposób - koncepcję wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że sposób unieważnienia i lakoniczność decyzji o unieważnieniu postępowania powodują, iż Zamawiający powołując się na ogólnie rozumiany interes publiczny jako dobro pacjentów byłby w stanie w każdym postępowaniu w każdym czasie unieważnić każde postępowanie wskazując na zmianę sposobu realizacji zamówienia w związku z innym postępowaniem co skutkuje koniecznością ponownego wszczęcia przetargu z odmiennie zidentyfikowanymi potrzebami Zamawiającego. Odwołujący wskazał końcowo, że nie neguje możliwości Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy w ogólności, jednak nie może zgodzić się z decyzją podjętą w tym postępowaniu bez wykazania elementarnych, koniecznych przesłanek dla tej czynności. Uznaniowość decyzji, niewykazanie konkretnego związku konieczności unieważnienia postępowania z innym przetargiem i niewykazanie niemożliwości przewidzenia tej okoliczności w dacie wszczynania postępowania prowadzi do wniosku o ewidentnym nadużyciu przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne; wydaje się wręcz w okolicznościach sprawy, że decyzja Zamawiającego nosi znamiona czynności dokonanej dla pozorów.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego w zakresie zadania 2 wykonawca MEDITECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach koło Poznania, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie. Przystępujący złożył pismo, w którym podał, w zakresie niespełnienia warunku dot. wymaganego doświadczenia, że w treści odwołania Odwołujący pomija dosyć istotną część treści wezwania: *„Integracja może zostać potwierdzona w treści dowolnego dokumentu w tym w szczególności poprzez wskazania*

miejsca, podmiotu wykonującego, zamawiającego oraz daty dokonanej integracji." Przystępujący podał, że przestawił poświadczony za zgodność z oryginałem dokument, z którego treści wynika, że taka integracja została dokonana. Przystępujący przedłożył też w tejże samej formie inny dokument, który nie był przedmiotem wezwania ze strony Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący, jako podstawę swojego stanowiska prawnego przyjął opinię UZP zawartą w Informatorze 2/3 z 2012r., nie wskazując o jakiej konkretnie opinii zwartej we wskazanym publikatorze myśli, a z kontekstu wypowiedzi i zawartości Informatora 2/3 można wnioskować, że chodzi o formę zobowiązania podmiotu trzeciego [str. 8 tegoż Informatora]. Jednoznacznie, w ocenie Przystępującego należy stwierdzić, że wezwanie Zamawiającego z dnia 03.02.2014r. nie obejmowało swoim zakresem żadnej kwestii dotyczącej zobowiązania podmiotu trzeciego. Dotyczyło wyłącznie przedmiotu zamówienia - wykazania określonych cech oferowanego produktu/usługi, a nie możliwości czy potencjału, które ma Przystępujący w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia. Istotna polegała na tym, że „integracja” miała być wykazana, a nie zdolność określonego podmiotu do jej wykonania. Zatem jakiegokolwiek odniesienia do formy zobowiązania podmiotu trzeciego nie mają w niniejszej sprawie żadnego znaczenia. Samą bowiem „integrację” Przystępujący mógł wykazać za pomocą „dowolnego dokumentu”. W takiej sytuacji wystarczająca jest zatem forma pisemnego dokumentu potwierdzonego za zgodność z oryginałem.

W zakresie niezgodności oferty z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, Przystępujący podał, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja nie wskazuje na żadną niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, co implikuje, iż brak jest także niezgodności, którą można uznać za „oczywistą”. Odwołujący spośród zapisów SIWZ oraz odpowiedzi na zadane pytania dokonał wyboru tych elementów, które przedstawił w odwołaniu. Jednak badanie każdej oferty powinno odbywać się w oparciu o SIWZ oraz wszystkie udzielone odpowiedzi, gdyż dopiero całością stanowiska Zamawiającego wyrażony w całym toku postępowania jest miarodajny. Selektywne analizowanie poszczególnych odpowiedzi i pominięcie pozostałych, w prosty sposób może doprowadzić do błędnych wniosków. Czym innym jest kompatybilność zestawu RTG a czym innym certyfikat CE oraz deklaracja zgodności. Przystępujący podkreślił, że Zamawiający wymagał w CZĘŚCI III - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, „DOSTAWA I MONTAŻ SPRZĘTU MEDYCZNEGO DLA POSUM- DWÓCH ULTRASONOGRAFÓW I UNIWERSALNEGO CYFROWEGO APARATU RTG I SYSTEMU PACS” cz. 2 - Dostawa i montaż uniwersalnego cyfrowego aparatu rtg i systemu PACS. I Informacje ogólne. Punkt 1.-zapis 1: *Aparat rtg, stacjonarny w pełni cyfrowy, aparat fabrycznie nowy [rok produkcji 2013, wcześniej nieużywany, nie wystawowy,*

nie demonstracyjny]. Jeden producent najbardziej istotnych elementów jak, kolumna, kolimator, stół. Punkt 2-zapis 2: przewiduje: „Wszystkie elementy aparatu objęte jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych. Zamawiający udzielił odpowiedzi dotyczących tych punktów. Zapis 3 Odpowiedź z dnia 6.11.2013r. Pytanie 17. Pkt. 1 pkt. 1,2 Czy Zamawiający zaakceptują wszystkie najważniejsze elementy aparatu [stół, statyw, lampa, generator] objęte jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych natomiast panel cyfrowy posiadający własne certyfikaty CE, deklaracje zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych ? [...] Odpowiedź: Zamawiający akceptuje w/w rozwiązanie. Zapis 4 Odpowiedź z dnia 27.11.2013r Pytanie 2 I Informacje ogólne pkt 1 Czy Zamawiający dopuści do przetargu aparat RTG z detektorem innego producenta niż aparat RTG, ale objęte są wspólną deklaracją zgodności świadczącą o ich kompatybilności?... Odpowiedź: Tak, Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie. Tymi odpowiedziami, zdaniem Przystępującego, Zamawiający alternatywnie dopuścił do postępowania aparat RTG z detektorem innego producenta niż aparat RTG oraz wspólną deklaracją zgodności świadczącą o ich kompatybilności oraz Zamawiający zaakceptował rozwiązanie, w którym najważniejsze elementy aparatu objęte są jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności oraz wpisem do rejestru urządzeń medycznych z wyjątkiem detektora. Zamawiający w SIWZ oraz odpowiedziach na pytania nie wymagał posiadania jednego certyfikatu CE na zaoferowane elementy tj. kolumna podłogowa z lampą, stół stacjonarny i kolimator, lecz jednego certyfikatu CE na wszystkie elementy systemu - zapis 2 oraz dopuścił aparat RTG z jednym certyfikatem CE na stół, statyw, lampę, generator bez detektora - zapis 3 i aparat RTG z detektorem innego producenta objętych jedną wspólną deklaracją zgodności-zapis 4. Oferowany sprzęt Przystępującego spełnia wymogi Zamawiającego w tym zakresie i potwierdził to w ofercie w CZĘŚCI III - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

W zakresie zarzutów wskazujących na niezgodność oferty z SIWZ w odniesieniu do zaoferowania oprogramowania dwóch producentów, Przystępujący powołał się na odpowiedź na pytanie w dniu 5 grudnia 2013r. - Części III [Opis przedmiotu Zamówienia] - System RIS punkt 68; „*Prosimy o potwierdzenie, iż punkt 68 dotyczy wyłącznie oprogramowania stacji lekarskiej opisanej w „Stacja Lekarska szt 1”* Odpowiedź: „*Zamawiający wymaga oprogramowania stacji lekarskiej w klasie medycznej Ha.*” Zdaniem Przystępującego, Odwołujący powołując się na odpowiedź na pytanie 2 z dnia 27 listopada 2013r przeprowadził interpretację sugerując, iż oprogramowanie e-film firmy Merge jest częścią systemu PACS/RIS/dystrybucji obrazów opisaną w Części III [Opis przedmiotu Zamówienia]. Przystępujący zaoferował system RIS/PACS/dystrybucji firmy IMS Medica Sp. z o.o. oraz oprogramowanie E-film firmy Merge jako oprogramowanie stacji lekarskiej

opisanej w punkcie „Stacja lekarska szt. 1”, przy czym Zamawiający jednoznacznie w odpowiedzi na powyższe pytanie potwierdza, iż punkt 68 dotyczy oprogramowania stacji lekarskiej w klasie medycznej Ha, a nie systemu RIS/PACS/dystrybucji. Przystępujący w punkcie 68 potwierdził w tabeli dostawę - oprogramowania stacji diagnostycznej E-film.

Przystępujący wywiódł, że także w tym przypadku Odwołujący selektywnie dobrał pytania i odpowiedzi

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Nie znalazły potwierdzenia zarzuty, dotyczące części 2 tego postępowania, to jest skierowane wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Meditech spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach koło Poznania [w spr. KIO 293/14]. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1]. W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w kopii potwierdzonej za zgodność a nie w oryginale:

Bezspornym jest, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów złożono w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a nie w oryginale.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem, że, wykonawca, który zamierza wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, polegając na zasobach innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy, musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania.

Podkreślenia jednak wymaga, że w analizowanej sytuacji wykonawca Meditech sp. z o.o. złożył kopię pisemnego zobowiązania nie w celu wykazania postawionego warunku udziału w postępowaniu, ale dla wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu obejmował doświadczenie w zakresie dostawy dwóch aparatów RTG, a nie integracji z systemem. Złożone na wezwanie Zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego, dotyczące integracji z systemem nie odnosi się więc wcale do wymagań wyartykułowanych w treści warunku udziału w postępowaniu. Wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentu z 3 lutego 2014 r. dotyczyło dokumentu „przedmiotowego”, potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w zakresie integracji oferowanego systemu RIS/PACS z systemem KAMSOFT. Wyraźnie wynika to z jego treści oraz postanowień SIWZ, w wykonaniu których należało złożyć sporny dokument:

„Zamawiający w treści SIWZ – Rozdział IX, Dział C ust. 9 pkt 1] SIWZ określił, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymaga posiadania i załączenia do oferty dokumentów wskazanych w OPZ. Opis Przedmiotu Zamówienia – OPZ w części dot. Systemu Archiwizacji i dystrybucji obrazów przewidywał wymaganie dotyczące minimum jednej udokumentowanej integracji oferowanego systemu RIS/PACS z systemem KAMSOFT. Na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa także Państwa do wykazania spełnienia postawionego warunku poprzez przedłożenie dokumentu potwierdzającego dokonanie integracji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”. Zamawiający końcowo podkreślił, że „integracja może zostać potwierdzona w treści dowolnego dokumentu w tym w szczególności poprzez wskazanie miejsca, podmiotu wykonującego, zamawiającego ora daty dokonanej integracji”.

Z treści wymagania, dla którego przedstawiono zobowiązanie podmiotu trzeciego [Rozdział IX, Dział C ust. 9 pkt 1] SIWZ], a także wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu wynika więc wyraźnie, że Zamawiający wymagał złożenia jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego integrację systemów, zaś samo wymaganie nie odnosiło się do warunku udziału w postępowaniu, którego dotyczy regulacja art. 26 ust. 2 b ustawy i wynikający z niego obowiązek złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale. Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu w celu wykazania nie warunku udziału w postępowaniu ale dla potwierdzenia, że oferowany system RIS/PACS został choć raz zintegrowany z systemem KAMSOFT, tym samym wymóg wynikający z art. 26 ust. 2 b ustawy, by sporne zobowiązanie było składane w oryginale, dotyczy wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu a nie innych okoliczności. Dla wykazania, że oferowany system był zintegrowany z systemem KAMSOFT, wystarczające było złożenie jakiegokolwiek dokumentu i takim dokumentem może być złożona kopia zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Potwierdza to wreszcie końcowa część wezwania do uzupełnienia dokumentu, gdzie mówi się, że integracja może zostać potwierdzona w treści dowolnego dokumentu.

Stąd zarzut stawiany w powyższym zakresie nie znalazł potwierdzenia.

[2]. W zakresie zarzutów wskazujących na niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ oraz podanie nieprawdziwych informacji w zakresie niezłożenia jednej deklaracji zgodności na wszystkie elementy oferowanego urządzenia:

Sporną jest interpretacja wymagań stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu, w szczególności dotyczących obowiązku złożenia deklaracji zgodności na

oferowane urządzenie. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z wyjaśnieniami SIWZ dokonany przez Zamawiającego, całe urządzenie powinno być objęte jednym certyfikatem, deklaracją zgodności i wpisem do rejestru urządzeń medycznych, a Zamawiający dopuścił jedynie odstępstwo dla panelu cyfrowego. Kluczowe dla rozstrzygnięcia są wyjaśnienia SIWZ, dokonywane przez Zamawiającego. W SIWZ Zamawiający postawił wymaganie, że wszystkie elementy aparatu objęte jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności, wpisem do rejestru urządzeń medycznych. W CZĘŚCI III - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, „DOSTAWA I MONTAŻ SPRZĘTU MEDYCZNEGO DLA POSUM- DWÓCH ULTRASONOGRAFÓW I UNIWERSALNEGO CYFROWEGO APARATU RTG I SYSTEMU PACS" cz. 2 - Dostawa i montaż uniwersalnego cyfrowego aparatu rtg i systemu PACS. I Informacje ogólne. Punkt 1.-zapis 1 Zamawiający podał także: „*Aparat rtg, stacjonarny w pełni cyfrowy, aparat fabrycznie nowy [rok produkcji 2013, wcześniej nieużywany, nie wystawowy, nie demonstracyjny]. Jeden producent najbardziej istotnych elementów jak, kolumna, kolimator, stół.*”

Dodatkowo, Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na pytania: Pytanie nr 17 z dnia 06.11.2013.r. „*Czy Zamawiający zaakceptuje wszystkie najważniejsze elementy aparatu [stół, statyw, lampa, generator] objęte jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych natomiast panel cyfrowy posiadający własny certyfikat CE, deklaracje zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych? Pragniemy wyjaśnić, że detektory wyjmowane są niezależnym elementem aparatu cyfrowego i mogą być zastosowane w aparatach RTG różnych producentów*” Odpowiedź: „*Zamawiający akceptuje w/w rozwiązanie*”. Na pytanie nr 5 z dnia 27.11.2013 r. „*...wnioskujemy o wyjaśnienie i dopuszczenie dołączenia do oferty deklaracji zgodności CE producenta na kompletny zestaw [aparat] rtg i dostarczenia powiadomienia prezesa Urzędu Rejestracji po instalacji zestawu rtg*”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „*Zamawiający nie wyraża zgody*”. Na pytanie nr 2 „*Czy Zamawiający dopuści do przetargu aparat RTG z detektorem innego producenta niż aparat RTG, ale objęte są wspólną deklaracją zgodności świadczącą o ich kompatybilności?...*” Odpowiedź: „*Tak, Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie*”. Na pytanie Nr 16 „*...czy Zamawiający dopuści zaoferowanie aparatu RTG dopuszczanego do wprowadzenia do obrotu i użytkowania oraz spełniającego wszystkie wymogi ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych [Dz. U. Nr 107, poz. 679] a posiadającego deklaracje zgodności CE na poszczególne elementy przeznaczone do używania w zestawach...*”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „*Zamawiający nie dopuszcza aparatu z oddzielnymi deklaracjami CE dla poszczególnych elementów aparatu*”

Z wyjaśnień do SIWZ, które stanowią integralną część SIWZ i jej dopełnienie, wynika, że Zamawiający alternatywnie dopuścił do postępowania aparat RTG z detektorem innego producenta niż aparat RTG oraz wspólną deklaracją zgodności świadczącą o ich kompatybilności oraz zaakceptował rozwiązanie, w którym najważniejsze elementy aparatu objęte są jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności oraz wpisem do rejestru urządzeń medycznych z wyjątkiem detektora. Z odpowiedzi na pytanie nr 17 z dnia 06.11.2013 wynika, że Zamawiający zaakceptował opisane w pytaniu rozwiązanie - najważniejsze elementy aparatu [stół, statyw, lampa, generator] objęte jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych natomiast panel cyfrowy posiadający własny certyfikat CE, deklaracje zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych. Zamawiający dopuścił też aparat RTG z detektorem innego producenta niż aparat RTG, jeśli objęte są wspólną deklaracją zgodności świadczącą o ich kompatybilności. Udzielane przez Zamawiającego wyjaśnienia SIWZ wskazują na relatywnie elastyczną postawę w zakresie postawionego w SIWZ wymagania odnoszącego się do złożenia wobec aparatu - wszystkich jego elementów jednego certyfikatu CE, deklaracji zgodności, wpisu do rejestru urządzeń medycznych. Z pierwotnie kategorycznego wymagania, Zamawiający stopniowo odstępował. Na pytanie – wniosek o dopuszczenie jednego certyfikatu CE, deklaracji zgodności, wpisu do rejestru urządzeń medycznych, w zakresie wszystkich najważniejszych elementów aparatu, Zamawiający wyraził zgodę. Z udzielonych wyjaśnień do SIWZ wynika wyraźnie dopuszczenie najważniejszych elementów aparatu [stół, statyw, lampa, generator] jeśli będą objęte jednym certyfikatem CE, deklaracją zgodności, wpis do rejestru urządzeń medycznych. Ze złożonego przez Meditech sp. z o.o. dokumentów wynika, że oferowany przedmiot posiada, wbrew twierdzeniu Odwołującego, certyfikat CE wystawiony dla producenta Control-X Medical Kft. na system Perform-X obejmujący zaoferowane elementy [generatory rentgenowskie, stoły radiograficzne, ścianki, kolumny, moduł interfejsu pobierania danych i generatora]. Złożono także deklarację zgodności dla oferowanego aparatu – system do radiografii Perform –X, dotyczącą elementów aparatu, takich jak generator rentgenowski, stół rtg, kolumny, stojak ścienny, lampa rtg, płaski panel.

Powyższe czyniło podniesiony zarzut, wskazujący nie niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, niewykazany, co tym samym determinowało niepotwierdzenie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji.

Na rozprawie Odwołujący podnosił dodatkowo, że Przystępujący posłużył się certyfikatem z 18 czerwca 2013r., który utracił ważność, co ma potwierdzać złożenie nieprawdziwych informacji przez Przystępującego. Podkreślenia jednak wymaga, że zarzut tej treści, oparty na wskazanych okolicznościach nie został podniesiony w odwołaniu,

w związku z czym nie podlegał on rozpatrzeniu, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

[2]. W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ w części odnoszącej się do wymagań, wynikających z pkt 2 rozdziału IX pkt 4 gwarancja i inne wymogi, a także pkt 3 stacja lekarska 1 szt. [zarzuty ze str. 8 i 9 odwołania]:

Odwołujący na rozprawie wycofał powyższe zarzuty, co czyniło zbędnym ich rozstrzygnięcie.

[3]. W zakresie zarzutów wskazujących na niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ w odniesieniu do systemu archiwizacji i dystrybucji obrazów [pkt 5 odwołania], a także złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji:

Bezpornie Zamawiający postawił wymaganie, by systemy RIS/PACS/dystrybucji pochodziły od jednego producenta – wynika to z wyjaśnienia do SIWZ z dnia 27.11.2013 r. na pytanie 2: *„Czy Zamawiający zapis zmieni „System PACS/RIS/dystrybucji obrazów jednego producenta” na „Systemy PACS/RIS/dystrybucji obrazów w pełni zintegrowane”? Dzięki protokołowi HL7 zintegrowane systemy RIS/PACS różnych producentów nie różnią się pod względem funkcjonalności od dostarczanych przez jednego producenta. Ponadto zazwyczaj jeśli RIS/PACS pochodzi od jednego producenta funkcjonalność systemu PACS są mocno ograniczone w porównaniu do samodzielnych systemów PACS renomowanych producentów.”* Zamawiający odpowiedział, iż *„nie wyraża zgody, ponieważ System PACS/RIS/dystrybucji wytworzony przez jednego producenta jest tańszy i łatwiejszy niż systemy pochodzące od różnych firm”.*

Zamawiający wykazał, że nie stawiał wymogu, by oprogramowanie stacji diagnostycznej było tego samego producenta, oraz że wymóg dotyczył wyłącznie systemu PACS/RIS/dystrybucji, a także że oprogramowanie E-FILM firmy Merge dotyczy stacji lekarskiej, a nie systemu RIS/PACS/dystrybucji, a następnie, że zaoferowane przez Przystępującego oprogramowanie firmy Merge nie służy do dystrybucji obrazów, ale do podglądu obrazów. To oprogramowanie nie jest zatem tożsame z oprogramowaniem

RIS/PACS/dystrybucji. Wniosek potwierdzający zarzut – wbrew twierdzeniu Odwołującego – nie wynika też z pisma Przystępującego. To, że podano w nim, że Przystępujący zaoferował system RIS/PACS/dystrybucji firmy IMS Medica oraz oprogramowanie E-film firmy Merge jako oprogramowanie stacji lekarskiej, nie oznacza, że zaoferowany został system PACS/RIS/dystrybucji innych producentów. Przystępujący nie zaprzeczył, że systemy są innych firm, a wykazał zamiast tego, że oprogramowanie stacji lekarskiej nie mieści się w stawianym wymaganiu, dotyczącym jednego producenta. Wniosku przeciwnego nie wykazał natomiast Odwołujący.

Tym samym, nie znalazły potwierdzenia zarzuty kierowane wobec oferty Przystępującego, wskazujące na podstawę do wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ, jak również – pochodny od tych zarzutów – zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie parametrów granicznych/wymaganych urządzeń/systemów. Powyższe skutkowało oddaleniem odwołania w sprawie KIO 293/14.

II. Podlega uwzględnieniu odwołanie, dotyczące niewłaściwego unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w zakresie części 1 postępowania [KIO 294/14].

[1] Zamawiający, jako podstawę tego unieważnienia podał przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, wskazując w uzasadnieniu, że wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 16.10.2014 r., zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 203-351186. Poprzez realizację przedmiotowego zamówienia Zamawiający planował zakupić 2 urządzenia ultrasonograficzne oraz cyfrowy aparat rtg i system pacs - zgodnie ze szczegółowymi wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający podał, że o ile jednak potrzeba zakupu cyfrowego aparatu rtg wraz z systemem pacs pozostaje wciąż w interesie publicznym, o tyle wskutek zaistnienia okoliczności faktycznych, których nie można było przewidzieć przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, zakup urządzeń ultrasonograficznych przestał leżeć w interesie publicznym. Zamawiający określił parametry techniczne urządzeń ultrasonograficznych na minimalnym poziomie, kierując się aktualnymi potrzebami oraz zdolnością finansową. Zamawiający podał, że w roku 2014 r, w trakcie postępowania, po złożeniu ofert oraz rozstrzygnięciu innego postępowania, które związane jest z modernizacją budynków POSUM okazało się, że w pełni aktualna pozostaje potrzeba zamówienia jedynie jednego ultrasonografu o wskazanych w postępowaniu parametrach technicznych i wyposażeniu oraz dwóch innych ultrasonografów posiadających inne wyposażenie oraz parametry techniczne, czego Zamawiający w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz do terminu złożenia ofert nie mógł przewidzieć. Przedstawione wyżej rozwiązanie w niewątpliwie większym stopniu zabezpieczy interes

publiczny, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy identyfikować z ochroną zdrowia, aniżeli miałyby to miejsce w sytuacji, gdyby Zamawiający dopuścił do udzielenia zamówienia w zakresie dostawy urządzeń ultrasonograficznych na zasadach określonych w przedmiotowym postępowaniu. Dostawa objęta bieżącym postępowaniem okazuje się bowiem bezcelowa z punktu widzenia perspektywy nabycia urządzeń o innej charakterystyce oraz w większej ilości, które zapewnią szybką, sprawną, bezkolizyjną i długoletnią obsługę, natomiast pacjentom pozwolą na dokładniejszą diagnostykę szerszego zakresu schorzeń. Zamawiający podkreślił, że podjętych rozstrzygnięć potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w jednym ze swoich wyroków z dnia 20 marca 2013 r. [sygn. akt: 304/13] w treści uzasadnienia stwierdziła: *„przesłanką unieważnienia postępowania jest to, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a w konsekwencji także prowadzenie postępowania o udzielenie tego zamówienia jest bezcelowe”*. Zamawiający przywołał następnie uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.03.1997 r. [sygn. akt W 8/96], która przybliżyła pojęcia „interesu publicznego”. Zgodnie z powyższą uchwałą za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Natomiast w uzasadnieniu do wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt K 13/07, Trybunał wskazał, iż *„interes publiczny” jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego o możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniesłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych*. W sytuacji faktycznej niniejszej sprawy, zdaniem Zamawiającego, interes publiczny należy również odnieść do faktu, że nie jest celowe wyposażanie placówki publicznej, za środki publiczne w sprzęt, który z aktualną koncepcją rozwoju nie będzie przydatny do zamierzonego użytku, a jego zakup spowodowałby brak środków po stronie Zamawiającego na realizację zakupu rzeczywiście niezbędnego sprzętu w optymalnej konfiguracji. Zamawiający podał następnie, że w świetle powyższych wywodów nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały wszelkie przewidziane prawem przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, uzasadniające konieczność unieważnienia postępowania w zakresie części 1 dotyczącej zakupu urządzeń ultrasonograficznych. Po pierwsze, wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, iż Zamawiający nie podlega już wcześniejszym ograniczeniom finansowym i może doposażyć zarządzaną przez siebie placówkę w najnowocześniejszy sprzęt - gwarantujący świadczenie usług medycznych na znacznie wyższym poziomie aniżeli dotychczas i aniżeli gwarantowałby to sprzęt nabyty w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. A jak wskazuje KIO wyroku z dnia

6.02.2012 r. [sygn. akt: KIO 156/12] - „*Powyższa przesłanka unieważnienia postępowania [zmiana okoliczności - przyp. własny] rozumiana jest jako przejaw ochrony interesu publicznego, utożsamianego z celowym, gospodarnym i efektywnym wydatkowaniem środków publicznych. Zmiana okoliczności może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa[...]*”. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, zdaniem Zamawiającego, iż sytuacji tej nie można było przewidzieć wcześniej, nawet przy dołożeniu należytej staranności, natomiast rozwiązanie polegające na unieważnieniu określonej części zabezpiecza w najwyższym stopniu interes publiczny, jakim jest ochrona zdrowia, i w tym zakresie skutkuje ono wymiernymi korzyściami, o których wspominał Trybunał Konstytucyjny w przywołanej uchwale. Zamawiający podkreślił, że w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych przesłanek, podjął właściwe i jedynie słuszne rozstrzygnięcie w przedmiocie unieważnienia części postępowania. O prawidłowości takiego postępowania przesądza fragment wyroku KIO z dnia 24.05.2012 r. [sygn. akt: KIO 964/12] - „*art. 93 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych [t.j, Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.] stanowi, iż zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości*”.

[2] Biorąc pod uwagę tak zaprezentowane i w całości wyżej przytoczone uzasadnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, uznano, że odwołanie na tę czynność zasługuje uwzględnienie, choć podniesione zarzuty jedynie częściowo okazały się trafnymi. Odwołujący kwestionował samą zasadę unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, powołując się na niezastnienie przesłanek, które uzasadniałyby w świetle art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy unieważnienie postępowania. Odwołujący wskazywał między innymi, że postępowanie o zamówienie publiczne jest przyrzeczeniem publicznym, a zatem Zamawiający powinien je kontynuować i zawrzeć z wykonawcą umowę. W ocenie Odwołującego, nie nastąpiła także istotna zmiana okoliczności, która powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Biorąc pod uwagę postawione zarzuty oraz uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania, a następnie argumentację prezentowaną przez Zamawiającego na rozprawie, podkreślenia wymaga, że określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy podstawa unieważnienia postępowania odnosi się do sfery, o której wiedza leży w wyłącznej gestii Zamawiającego. Następnie, katalog podstaw do unieważnienia postępowania ma charakter zamkniętego, pozostającego poza sferą uznania Zamawiającego. Oznacza to, że dla unieważnienia postępowania, konieczne jest nie tylko

wystąpienie opisanych w tym przepisie okoliczności, dających podstawy do unieważnienia postępowania, ale także kompletne i czytelne zaprezentowane ich w postępowaniu. Pełne, klarowne i rzeczywiste uzasadnienie tej decyzji jest obowiązkiem Zamawiającego, tylko wtedy bowiem wykonawcy mają szansę poznać motyw, którymi kierował się Zamawiający, gdy zostaną one w sposób pełny i czytelny zaprezentowane. Tylko wtedy decyzja Zamawiającego może zostać poddana rzeczywistej kontroli.

W analizowanej sprawie, Odwołujący trafnie dostrzegł, że Zamawiający powołał się ogólnie na jakieś postępowanie, które zostało rozstrzygnięte i którego zakres rzutuje na potrzeby w zakresie urządzeń ultrasonograficznych, a także że nie sposób związku między tym postępowaniem a postępowaniem dotyczącym urządzeń ultrasonograficznych. Decyzja o unieważnieniu postępowania, opatrzona bogatym, acz uniwersalnym i nie odnoszącym się bezpośrednio do realiów tej konkretnej sprawy orzecznictwem, w niewielkim zakresie tłumaczy rzeczywiste powody, jakie stały się przyczyną uznania, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dopiero na rozprawie, Zamawiający, zobowiązany do wypowiedzenia się co do powodów unieważnienia postępowania, podał, że istotne w tej mierze są postępowania z 2013r., w tym rozstrzygnięte w 2014r. postępowanie dotyczące robót budowlanych, to jest dotyczące modernizacji budynków POSUM. Zamawiający szczegółowo wyjaśniał, że to postępowanie rozstrzygnięte zostało 29 stycznia 2014r. a termin składania ofert w postępowaniu dotyczącym ultrasonografów był wyznaczony na 12 grudnia 2013 r., a następnie, że w pierwszej połowie grudnia, tuż przed terminem składania ofert, rezygnację ze stanowiska złożyła ówczesna dyrektor ośrodka, a na stanowisko p.o. dyrektora została powołana inna osoba. Przyczyną tej rezygnacji było to, że postępowanie dotyczące modernizacji ośrodka toczyło się ponad 2,5 roku, a środki z NFOŚ powinny być wydatkowane do końca kwietnia 2014 r. Zamawiający, zapytany na rozprawie, podał, że z tego 2,5 letniego okresu pierwszy etap sprowadzał się do pozyskania środków finansowych, postępowanie dotyczące modernizacji POSUM toczyło się z unieważnieniem tego postępowania; finalnie postępowanie prowadzone przez rok zakończyło się zawarciem 29 stycznia 2014 r. umowy. Ta modernizacja przewiduje zmianę specyfikacji POSUM, co jest pomysłem nowego dyrektora i zmiany koncepcji. Zamawiający wyjaśnił, że aktualnie zakup dwóch sztuk aparatów USG jest niecelowy. Przedmiotem postępowania miał być zakup dwóch aparatów, z czego jeden był najnowocześniejszy, przeznaczony dla położnictwa, ginekologii i badań prenatalnych. Drugi aparat USG nie miał być tak nowoczesny, nie obejmował wszystkich przystawek, oprogramowania, miał być gorzej wyposażony - ten aparat miał być przeznaczony dla pozostałych poradni, takich jak kardiologia, ortopedia czy urologia. Ten aparat nie musiał posiadać przystawki biopsyjnej, czy też do badań ginekologicznych. Podpisanie umowy na modernizację POSUM pozwoliło Zamawiającemu

na uzyskanie w konkursie nowych kontraktów np. z zakresu geriatry oraz nocnej i wieczorowej pomocy doraźnej. To powoduje, że będzie teraz potrzebny jeszcze trzeci aparat USG bez przystawki biopsyjnej i przeznaczonej do badań ginekologicznych, który ma służyć nowym poradniom. Ma on także mieć oprogramowanie do badań kardiologicznych np. do badania echa serca, których nie posiadał aparat opisany w postępowaniu. Zamawiający, zapytany, czy roboty budowlane objęte postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego przez okres minionego roku wpływają na zakres niezbędnych urządzeń, podał, że tak, a także, że postępowanie na dostawę urządzeń ultrasonograficznych wszczęto 16 października 2013 r., a 12 grudnia 2013 r. wypadał termin składania ofert. Zamawiający, zapytany, czy w zakresie postępowania, którego przedmiotem była modernizacja POSUM miało miejsce kształtowanie treści SIWZ po wszczęciu postępowania dotyczącego urządzeń USG podał, że jeszcze w styczniu 2014r. miała miejsce modyfikacja SIWZ w zakresie zmian w PFU w postępowaniu dotyczącym modernizacji budynków POSUM.

Nie ulega wątpliwości, że to uzasadnienie, dokonane na rozprawie tłumaczy okoliczności, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego, jednak nie zostało wyartykułowane w piśmie o unieważnieniu postępowania, a tym samym, nie było znane wykonawcom zainteresowanym przebiegiem postępowania.

Znamienne jest przy tym, że o sytuacji Zamawiającego, prowadzonym postępowaniu pozostającym w związku z postępowaniem, mającym za przedmiot urządzenia ultrasonograficzne, zmianach sytuacji czy zamierzeniach Zamawiającego więcej dowiadujemy się z wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 21 lutego 2014 r. [postępowanie KIO/W 8/14], gdzie Zamawiający powołał się na trwającą właśnie w siedzibie Zamawiającego przebudowę i termomodernizację budynku, mającą na celu między innymi stworzenie lepszych warunków adaptacyjnych dla funkcjonowania poszczególnych poradni POSUM. Ta dokumentacja nie stanowi jednak dokumentacji tego postępowania odwoławczego i wykonawcom nie muszą, czy wręcz nie mogą być znane okoliczności z niej wynikające. Zamawiający nie złożył także odpowiedzi na odwołanie, która dopełniałaby uzasadnienie wynikające z pisma o unieważnieniu, a tym samym dawałaby Odwołującemu możliwość poznania i oceny motywów, jakimi kierował się Zamawiający przy tej decyzji i być może przekonania Odwołującego o jej zasadności, które – gdyby ten znał, być może by się nie odwoływał.

Samo uzasadnienie decyzji Zamawiającego, ogólne w swej treści, odwołujące się enigmatycznie do jakiegoś innego postępowania nie pozwala na odczytanie rzeczywistych powodów, które miały przemawiać za unieważnieniem postępowania. Zarysowana w piśmie o unieważnieniu postępowania zmiana potrzeb ilości i rodzaju urządzeń ultrasonograficznych

także nie została w sposób wystarczający wyartykułowana. Zgodzić się trzeba – wbrew stanowisku Odwołującego – że mająca źródło w obiektywnych podstawach zmiana koncepcji, tak jak w tym wypadku, częściowa zmiana profilu świadczonych usług medycznych mająca źródło w ciągu przyczynowo – skutkowym, poczynając od podjęcia prac modernizacyjnych w budynku, czego następstwem były inne możliwości świadczenia usług, co skutkowało uzyskaniem kontraktu na świadczenie usług medycznych w zakresie geriatry i pomocy nocnej, po zmienione potrzeby w zakresie urządzeń ultrasonograficznych, może stanowić o zaistnieniu nadzwyczajnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Jej wystąpienie Zamawiający powinien jednak starannie zaprezentować w ramach decyzji o unieważnieniu postępowania. Nie zastępuje tego obowiązku odniesienia się do okoliczności konkretnej sprawy i powodów, które przyświecały Zamawiającemu w zakresie uznania, że wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania, przytoczenie obszernych, uniwersalnych tez z orzecznictwa, które jednak nie wnoszą rzeczowego elementu dla uzasadnienia decyzji Zamawiającego. Sama decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, pozbawiona fragmentów orzeczeń, daje skromny obraz przyczyn, które uzasadniały unieważnienie. Znamienne są tezy zawarte w odwołaniu, które wskazują, że Odwołujący oparł swoje zarzuty na domniemanych powodach czynności unieważnienia postępowania, a w istocie – odgadując przyczyny, które determinowały decyzję Zamawiającego. Stąd zasadnym jest wniosek, że uzasadnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu pozostawia znaczny niedosyt informacyjny, co – abstrahując od okoliczności faktycznych, powodujących ocenę Zamawiającego – stanowi powód dla uwzględnienia odwołania.

Podanie spójnego i rzeczowego uzasadnienia jest szczególnie istotne, gdy podstawa unieważnienia odnosi się do okoliczności nie mających charakteru dających się wyczytać z przebiegu postępowania [jak np. brak nie podlegających odrzuceniu ofert], ale dotyka sfery, o której wyłączną wiedzę ma Zamawiający, jak to, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

[3] Reasumując, okoliczności sprawy, w tym treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania, prowadzą do wniosku, że uzasadnienie nie oddaje w sposób pełny i pozwalający na poznanie motywów, jakie kierowały Zamawiającym w ramach tej decyzji. Dopiero motywy podane na rozprawie pozwały poznać powody unieważnienia postępowania. To determinowało uwzględnienie odwołania.

W ramach wykonania nakazu wynikającego w tej mierze z wyroku, Zamawiający winien poddać stan faktyczny postępowania dotyczącego części 1 analizie i – jeśli uzna za uzasadnione unieważnienie postępowania na tej samej podstawie, jaka

dotyczyła wcześniejszego unieważnienia postępowania – podać czytelnie powody tej czynności, tak, jak czynił to przykładowo na rozprawie.

Izba nie przesądzała przy tym definitywnie o samej zasadności lub jej braku unieważnienia postępowania – niedosyt uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego czynności czynił powyższe zbędnym. Niemniej jednak dostrzeżenia wymaga, w zakresie przyszłej – ewentualnie ponowionej czynności unieważnienia postępowania z czytelnym i pełnym jej uzasadnieniem, że:

- interes publiczny, o którym traktuje art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, może wyrażać się konieczności świadczenia usług za pomocą optymalnego zestawu urządzeń, dostosowanego do koszyka usług świadczonych w danym momencie [stosownie do podpisanych kontaktów] przez daną jednostkę. Nie jest więc właściwą próbą wykazania, że w warunkach gdy Zamawiający próbuje dostosować zamawiane urządzenia do zmienionej potrzeby i zakresu świadczonych usług, mamy do czynienia z interesem niejako osobistym Zamawiającego. Jeśli dany zakup – zamówienie publiczne nie jest adekwatny do potrzeb, które uległy w toku postępowania modyfikacji, to trudno sytuację rezygnacji z zamówienia traktować inaczej, niż jako mieszczącą w ramach interesu publicznego. Szczególnie, że mamy w sposób ewidentny do czynienia z usługą publiczną, rozumianą jako wykonywanie zadań statutowych dla potrzeb ludności [leczenie pacjentów] a nie przykładowo, zakupem na potrzeby funkcjonowania i administrowania jednostką;
- może zdarzyć się w konkretnej sytuacji, że wystąpienie przesłanki do unieważnienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, jest wynikiem określonego kształtu innego postępowania i ustalonych w jego ramach warunków. Ustawa nie definiuje pojęcia istotnej zmiany okoliczności, jak również interesu publicznego, w rozumieniu przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6. W doktrynie wskazuje się, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03: *„Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”*. Tak mamy w tej sprawie, potrzeba zakupu nie dwóch ale już trzech urządzeń

ultrasonograficznych, o innych niż wcześniej parametrach jest następstwem uzyskania kontraktu na inny niż zakładany uprzednio zakres usług medycznych, to zaś jest wynikiem faktu, że podjęto określone prace modernizacyjne w budynku, przy czym w dacie wszczęcia postępowania na urządzenia ultrasonograficzne [październik 2013 r.] ta okoliczność nie była znana, skoro jeszcze w styczniu 2014 r. miała miejsce modyfikacja SIWZ w zakresie zmian w PFU w postępowaniu dotyczącym modernizacji budynków POSUM a pod koniec stycznia 2014 r. rozstrzygnięto postępowanie. Tym samym, jeśli zmienione okoliczności rzutują na celowość prowadzenia postępowania, z tego względu, że determinują inny zakres rzeczowy lub ilościowy zamówienia, możemy mieć do czynienia z istotną zmianą okoliczności;

- Nie sposób zgodzić się, że w warunkach, gdy przesłanka do unieważnienia postępowania wynika ze zmienionych możliwości technicznych i lokalowych Zamawiającego, które finalnie zostały przesądzone w styczniu 2014 r. co z kolei pozwoliło na uzyskanie kontraktu na leczenie w innym zakresie niż wcześniej zakładano, to mamy do czynienia z sytuacją z którą Zamawiający powinien był się liczyć, i którą mógł wcześniej przewidzieć. Jak ustalono na rozprawie, postępowanie na zakup urządzeń ultrasonograficznych wszczęte zostało w październiku 2013 r. W tym czasie nie było jeszcze rozstrzygnięte postępowanie dotyczące modernizacji budynku, którego kształt jeszcze w styczniu 2014 r. podlegał modyfikacji. Podkreślenia wymaga, że zamawiający wszczyna i prowadzi postępowanie w pewnych znanych mu w danym momencie uwarunkowaniach i z założoną koncepcją realizacji zadań. Zdarzenia, które powodują zmianę sposobu lub zakresu wykonywanych zadań mogą stanowić o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Reasumując, z uwagi na brak pełnego, czytelnego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 – odwołanie kwestionujące tę czynność [KIO 294/14] podlegało uwzględnieniu.

Z powyższych względów, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono w odniesieniu do każdego z odwołań, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów*

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. W ramach odwołania w sprawie KIO 293/14 uwzględniono uzasadnione koszty Zamawiającego, na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości zgodnej z przedłożonym rachunkiem, to jest 3 600 zł [§ 3 pkt 2 ppkt b] rozporządzenia]. W zakresie odwołania w sprawie KIO 294/14, uwzględniono uzasadnione koszty Odwołującego, który wygrał to postępowanie, obejmujące uiszczony wpis w wysokości 15 000 zł oraz 3 600 zł – zgodnie ze złożoną fakturą z tytułu zastępstwa na posiedzeniu i rozprawie.

Skład orzekający: