

Sygn. akt: KIO 1241/21

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez odwołującego K&P Medical Group Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Specjalistyczny Wojewódzki Szpital w Ciechanowie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przetargu oraz kontynuację badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie i:
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego K&P Medical Group Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie na rzecz odwołującego K&P Medical Group Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

## **Uzasadnienie**

### **wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1241/21**

Zamawiający – Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie ul. Powstańców Wielkopolskich 2, 06-400 Ciechanów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tomografu komputerowego, w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Utworzenie Ośrodka Udarowego w Specjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Ciechanowie”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 247-610974, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 26 kwietnia 2021 r. odwołanie wobec unieważnienia postępowania wniósł wykonawca K&P Medical Group Sp. z o.o. ul. Belgijska 11 lok. 12, 02-511 Warszawa (dalej zwany „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 p.z.p., poprzez unieważnienie postępowania pomimo, że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania, czy też wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, jak też postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego odwołujący żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, co w konsekwencji spowodować powinno wybór oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający pierwotnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ w jego ocenie nie spełniono wymaganej wartości współczynnika pitch, poniżej jedności dla pola obrazowania powyżej 41,5 cm, co zaskarżono. Izba w całości uwzględniła odwołanie w sprawie KIO 538/21 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego. Izba potwierdziła zgodność treści oferty odwołującego z SIWZ wskazując, że zamawiający nie ograniczył oczekiwanego związane z wartością współczynnika pitch do określonej wielkości pola obrazowania, czy też do całego przedziału lub wszystkich dostępnych wartości pola obrazowania oferowanego aparatu. Spełnienie przez tomograf odwołującego zakresu pitch na poziomie 0,15-1,5 w polu widzenia 41,5 cm spełnia wymagania dokumentacji, zgodnie z którą pole widzenia dla zakresu pitch

pozostawiono nieuregulowane. Dodatkowo Izba w orzeczeniu wskazała, że kwestionowany parametr został przez zamawiającego określony w sposób nieprzypadkowy, albowiem - „kiedy jednostka zamawiająca wymagała, by poszczególne pozycje były ze sobą powiązane, to wtedy wyraźnie to zaznaczano w SIWZ. Analiza stopnia szczegółowości SIWZ w innych pozycjach pozwala na wyciągnięcie wniosku, że zamawiający - tam, gdzie uważa to za konieczne, jest zdolny do dostatecznie precyzyjnego ujęcia swoich wymagań, więc braku powiązania ze sobą omawianych elementów nie można było nazwać luka w dokumentacji”. Podkreślono także, odnosząc się do argumentacji dotyczącej postępowań historycznych zamawiającego na tożsamy przedmiot zamówienia: „można dodać, że w innym przetargu (postępowanie nr ZP/2501/120/20) także na dostawę tomografu, zamawiający określił wymaganie zakresu współczynnika pitch odnoszące się do określonego pola obrazowania, zaś w postępowaniu, którego dotyczy spór takiego doprecyzowania nie wskazano, więc gdy zamawiający wymaga, żeby zakres współczynnika pitch był potwierdzony w określonej wielkości obrazowania, to w SIWZ jednoznacznie to zastrzega”. KIO ustaliła zatem również, że zamawiający był w swoich czynnościach konsekwentny i dokonywał świadomych czynności w zakresie sposobu opisanie przedmiotu zamówienia, podkreślając profesjonalny charakter zamawiającego i konsekwencje z tym związane, wskazując: „Zamawiający jest także profesjonalnym uczestnikiem systemu zamówień publicznych i jako gospodarz postępowania może swobodnie określić wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia, jednak absolutną granicą na takie określenie jest upływ terminu na składanie ofert. Obecna treść SIWZ wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą”. Dodatkowo KIO w uzasadnieniu zaznaczyła również, że: skoro nie można rozdzielać parametru współczynnika skoku od pola obrazowania, to powstaje pytanie, dlaczego nie określono wprost wielkości pola dla zakresu współczynnika pitch w SIWZ. Nie tylko wykonawcy są profesjonalistami, także zamawiający w sposób zawodowy opisuje wymagania przedmiotu umowy. Jak również według odwołującego szczególnie istotne dla aktualnego odwołania jest ustalenie KIO, związane z jednoznacznie zgodną oceną zaoferowanego aparatu pod kątem obowiązujących przepisów tj. z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (t.j. Dz.U. 2017 poz. 884), że Izba podzieliła argumentację odwołującego, iż nie ma podstaw, aby uznać, że jego oferta jest niezgodna z § 18 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia ws. warunków bezpiecznego stosowania promieniowania, ponieważ wymagania rozporządzenia nie normują, ani nie ograniczają wielkości pola widzenia, dla którego tomograf miałby osiągnąć wartość współczynnika skoku. Normy rozporządzenia nie wskazują na ograniczenia odnoszące się do współczynnika pitch w konkretnej wielkości pola obrazowania (np. min. 50 cm), czy każdej wielkości pola obrazowania aparatu, czy nawet warstwowości. Dodatkowo zgodność z rozporządzeniem potwierdzają niepodważane przez

zamawiającego oświadczenie producenta (ze zgłoszeniem do rejestracji w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych) i badania parametrów fizycznych rentgenowskiego zestawu diagnostycznego odwołującego, gdzie potwierdzono wynik objętościowego tomograficznego indeksu dawki CTDIvol jako zgodny z wymaganiami ww. rozporządzenia, a także dwa oświadczenia szpitali, które użytkują przedmiotowy sprzęt. Podsumowując, zdaniem odwołującego Izba ustaliła jednoznacznie, że: zaoferowany przez odwołującego tomograf jest zgodny z SIWZ, SIWZ nie zawiera wymagania będącego uprzednio podstawą odrzucenia oferty odwołującego, OPZ został sporządzony w przedmiotowym zakresie wystarczająco klarownie, zamawiający jako profesjonalista sporządził opis wymagań wobec zamawianych aparatów, zamawiający wyspecyfikował w SIWZ swoje oczekiwania względem zamawianego tomografu i od upływu terminu składania ofert opis taki wiąże zarówno zamawiającego, jak i uczestników postępowania. Izba stwierdziła, że zaoferowany tomograf spełnia wymagania powołanego rozporządzenia, co wynika wprost z brzmienia samych przepisów i jest potwierdzone przez producenta wyrobu medycznego oraz wynika ze złożonych w trakcie rozprawy oświadczeń aktualnych użytkowników zaoferowanego aparatu – szpitali, a także zostało dodatkowo dowiedzione za pomocą przedłożonych wyników pomiarów.

Zamawiający wykonując orzeczenie Izby dokonał unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu. Jak wynika z treści czynności z dnia 16.04.2021 r. zamawiający przyznając punkty zgodnie z treścią ofert w postępowaniu potwierdził jednoznacznie, że oferta odwołującego uzyskuje najwyższą ilość punktów zgodnie z kryteriami oceny i nie podlega odrzuceniu będąc w pełni zgodna z SIWZ. Tym niemniej, zamiast wyboru oferty odwołującego, zgodnie z przyznaną punktacją, dokonano unieważnienia postępowania, powołując się na art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 p.z.p., z taką decyzją nie sposób się zgodzić.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu przetargu, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie niezgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. Odwołujący zaś potwierdza, co uwzględniła w orzeczeniu także Izba, że opis był wystarczająco jednoznaczny. Zarówno odwołujący, jak i pozostali uczestnicy postępowania potrafili zidentyfikować treść wymagań SIWZ i zaoferować aparaty zgodne ze wszystkimi oczekiwaniami zamawiającego. W sprawie nie może być mowy o wadzie opisu, bowiem był on dokonany w sposób - konkretny, jednoznaczny, niebudzący wątpliwości oraz umożliwiający wycenę przez wszystkich wykonawców. Argumentacja na jaką powołuje się zamawiający w ocenie odwołującego dowodzi w istocie prób poszukiwania pretekstu do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zamówienia - jak można podejrzewać - nie można udzielić preferowanemu wykonawcy,

względnie, gdy wybór zgodnie z przyjętymi wymaganiami i kryteriami wskazuje na ofertę, która - być może - nie jest w kręgu zainteresowania zamawiającego. Rzekoma wada opisu przedmiotu zamówienia, na którą powołuje się obecnie zamawiający, i która ma być wadą samego opisu przedmiotu zamówienia, nie pojawiła się na etapie odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający wyłącznie odrzucił wtedy ofertę odwołującego i nie dopatrywał się w postępowaniu żadnej wady, w tym w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wada, na którą powołuje się aktualnie i rzekomy brak precyzji w opisie zamówienia ma być cechą stałą opisu zamówienia, istniejącą od upływu terminu składania ofert i ma mieć charakter obiektywny, realny i uniwersalny w stosunku do każdego wykonawcy. Tymczasem uzasadnienie unieważnienia potwierdza, że ta rzekoma wada odnosić się ma wyłącznie w stosunku do oferty odwołującego.

Zamawiający wskazuje, że źródłem tego ustalenia jest okoliczność, że w pkt 26 załącznika nr 2a (maksymalny zakres współczynnika pitch nie mniejszy niż 0,56-1,45) miało rzekomo zabraknąć wskazania, że musi być on uzyskiwany w polu widzenia min. 50 cm. Jak ustaliła Izba w przedmiotowym postępowaniu, o ile zamawiający widział potrzebę łączenia ze sobą parametrów, czynił to jednoznacznie, a z kolei analiza historycznych postępowań na tomografy zamawiającego potwierdza, że w przypadku, gdy wymagał od wykonawców, aby parametr współczynnika pitch miał być dostępny w określonym reżimie wielkości pola obrazowania, dawał temu jednoznaczny wyraz w treści SIWZ. Dodatkowo KIO, a w ślad za nią odwołujący, potwierdzają profesjonalny charakter, zarówno zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający identyfikuje swoje wymagania odnośnie do przedmiotu zamówienia w sposób definitywny na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu i oczekuje, że wykonawcy do tego właśnie opisu dostosują oferowany asortyment. W ocenie odwołującego nie jest tak, jak twierdzi dziś zamawiający, że rzekomo zabrakło wymogu zakresu współczynnika pitch w odniesieniu do pola skanowania. Zdaniem odwołującego opis jest kompletny i spójny. Wymaganie, na jakie powołuje się aktualnie zamawiający, jako pominięte, miałyby - jak już wcześniej sygnalizowano - wyłącznie za cel eliminację uczciwej konkurencyjności, a nie służyć faktycznej i słusznej ochronie uzasadnionego interesu zamawiającego.

Odwołujący potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia w kształcie, jak w aktualnej SIWZ, nie jest wyjątkowy na rynku, a ilość dostarczonych już przez producenta Siemens aparatów tego samego modelu i tej samej konfiguracji, jak w przypadku zamawiającego (wyłącznie w odniesieniu do krajowych użytkowników) liczona w kilkadziesiąt sztuk w okresie ostatnich kilku lat potwierdza, że wymagania dotyczące współczynnika w aktualnym brzmieniu nie są wadliwe. Co więcej, gdyby faktycznie tak miało być, to te kilkadziesiąt użytkowanych aktualnie aparatów pochodziłoby z postępowań przetargowych obarczonych

wadami na jakie powołuje się zamawiający. Zaznaczyć przy tym należy, że odbiorcy oferowanego aktualnie tomografu to podmioty lecznicze o analogicznym bądź wyższym poziomie referencyjności.

Zamawiający prezentuje „w celu uwiarygodnienia tych potrzeb” w uzasadnieniu unieważnienia wykres sporządzony - jak podaje - w oparciu o dane statystyczne ilości badań tomografii komputerowej, wykonanych przez personel medyczny zamawiającego w okresie od 10.03.2021 r. do 09.04.2021 r. z wykorzystaniem urządzenia tomograf LightSpeed 16, Typ 2378661-11, prod. GE oraz przy zapewnieniu wielkości PITCH powyżej jedności (1,35). W ocenie odwołującego prezentowane wartości są niewiarygodne, są niewiadomego pochodzenia (brak dokumentacji na tę okoliczność) i mają wyłącznie za cel stworzyć mylne wrażenie, jakoby zamawiający prowadził diagnostykę w polowie w zakresie dotyczącym spornego parametru, co jest zdaniem odwołującego próbą manipulowania danymi statystycznymi i całkowicie nieprawdopodobne klinicznie. W tej sytuacji, gdyby faktycznie zamawiający miałby prowadzić badania tylko we wskazanym obszarze, bez wątplenia o tak dla niego kluczowym wymogu, by nie zapomniał albo promował/wymagał urządzeń nawet o większym polu obrazowania np. 70 cm, które odwołujący także posiada. Aktualnie, wyłącznie na potrzeby poszukiwania pretekstu unieważnienia postępowania, zamawiający próbuje znaleźć merytoryczne uzasadnienie wymagania i z niego uczynić podstawę unieważnienia. Zadziwiające przy tym jest, że zamawiający w ten sposób sytuuje się w roli szczególnego użytkownika z tak nadzwyczajnymi i wąskimi potrzebami przy uwzględnieniu aktualnych użytkowników zaoferowanych aparatów o tożsamej specjalizacji i przeznaczeniu.

Zamawiający podnosi dalej, że w tej sytuacji „z wykresu jasno wynika, że w polu obrazowania od 42 cm do 50 cm, wykonanych zostało ok 40% badań, co byłoby niemożliwe do uzyskania przy wykorzystaniu urządzenia zaproponowanego w ofercie najwyższej ocenionej.” Wbrew twierdzeniom zamawiającego zaoferowany aparat posiada pole skanowania pozwalające na przeprowadzanie badań w polu obrazowania także w przedziale od 42 do 50 cm. Potwierdza to wprost złożona wraz z ofertą dokumentacją producenta Siemens. W tej sytuacji należy całkowicie odrzucić i zanegować twierdzenie powołane powyżej. Zaoferowany aparat zarówno: - ma techniczną możliwość wykonywania badań w podanych polu obrazowania, jak również - protokoły kliniczne na wykonywanie takich badań pozwalają, a dodatkowo - powołane Rozporządzenie zakazu wykonywania takich badań nie kreuje.

Innymi słowy, zamawiający prezentuje bezpodstawną retorykę, która ma przekonać, że zakup byłby bezużyteczny diagnostycznie, a wykonywanie badań w podanym zakresie pola obrazowania rzekomo zabronione, co nie jest prawdą i nie zostało w żaden sposób wykazane. Wręcz przeciwnie, to KIO w wydanym w sprawie orzeczeniu, potwierdziła wprost, że nie ma podstaw, aby uznać, że oferta odwołującego jest niezgodna z § 18 ust. 2 pkt

1 i 2 Rozporządzenia ws. warunków bezpiecznego stosowania promieniowania, ponieważ wymagania Rozporządzenia w ogóle nie normują, ani nie ograniczają wielkości pola widzenia, dla którego tomograf miałby osiągnąć wartość współczynnika skoku. Normy rozporządzenia nie wskazują na ograniczenia odnoszące się do współczynnika pitch w konkretnej wielkości pola obrazowania (np. min. 50 cm), czy każdej wielkości pola obrazowania aparatu, czy nawet warstwowości. Gdzie zatem, skoro nie w powołanym rozporządzeniu, upatrywać ograniczenia i rzekomego zakazu wykonywania badań z użyciem zaoferowanego aparatu w pełnym dostępnym polu obrazowania. W ocenie odwołującego ograniczenia takie po prostu nie występują. Zatem zamawiający z jednej strony powołuje się na rzekomy brak możliwości wykonywania badań z użyciem zaoferowanego aparatu z uwagi na rzekome ograniczenia mające wynikać z przepisów powołanego rozporządzenia, a tymczasem rozporządzenie to, jak słusznie ustaliła Izba, w ogóle kwestii tej nie normuje i nie ogranicza.

W tej sytuacji uzasadnienie merytoryczne unieważnienia, zasadzające się na potrzebach zamawiającego wykonywania także badań właśnie w podanym polu skanowania (pacjentów otyłych i wykorzystanie urządzenia do diagnostyki dużych narządów (w szczególności płuc w celu wykluczenia zatorowości płucnej mającej również wpływ na powstawanie udarów oraz COVID 19) nie ma żadnego znaczenia, skoro aparat Siemens pozwala na ich wykonywanie, a przepisy prawa takiego ograniczenia nie zawierają. Co więcej, potwierdzeniem powyższego jest w szczególności fakt, że znacząca ilość zaoferowanego modelu tomografu Siemens to właśnie zakupy zrealizowane w ostatnim roku na potrzeby diagnostyki COVID 19, co dowodzi zarówno ich przydatności w diagnostyce większych obszarów anatomicznych jak i wysokiej jakości i pełnej zgodności z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający wskazuje, że „zgodnie z §18 punkt 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1015) podczas wykonywania diagnostycznych badań w technice spiralnej należy zapewnić, aby stosunek skoku spirali do szerokości wiązki (pitch) był nie mniejszy od jedności. Z uwagi na niezamierzony błąd w SIWZ Zamawiający nie jest w stanie spełnić ww. wymagań dla zdecydowanej większości badań, które będą realizowane przedmiotowym urządzeniem. Wykonując badania aparatem, który nie zapewnia osiągnięcia powyższych wartości naraża się jednocześnie na brak finansowania NFZ.” Zamawiający całkowicie pomija, że kluczowym argumentem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego miała być właśnie rzekoma niezgodność z przepisami powołanego rozporządzenia, co wynika z odrzucenia oferty odwołującego z 10.02.2021 r., co jednoznacznie rozstrzygnęła Izba (s. 10/11 orzeczenia), a dodatkowo potwierdza protokół (s. 4), co więcej także pełnomocnik przystępującego po



stronie zamawiającego GE potwierdził, że nie kwestionuje zgodności aparatu Siemens z rozporządzeniem (s. 5).

Odwołujący potwierdza, że zaoferowany tomograf spełnia wymagania zawarte w powołanym rozporządzeniu, w szczególności w §18 ust. 2 pkt 2. Wymaganie zawarte w powołanym przepisie rozporządzenia nie wskazuje, ani też nie ogranicza wielkości pola widzenia, dla którego tomograf ma osiągnąć podaną wartość. Rozporządzenie wskazuje wyłącznie: „2. Podczas dokonywania diagnostycznych badań za pomocą rentgenowskiego tomografu komputerowego, poza wymaganiami określonymi w ust. 1, należy: 2) w technice spiralnej zapewnić, aby stosunek skoku spirali do szerokości wiązki był nie mniejszy od jedności;” Tym samym rozporządzenie w żadnym zapisie nie odnosi się, ani nie definiuje, pola widzenia. Tym samym, powoływanie się na wymóg wielkości pola skanowania w rozporządzeniu jest nieuzasadnione i nie ma żadnych podstaw prawnych.

Nie ma wątpliwości, i nie jest to kwestionowane przez zamawiającego, że zaoferowany przez odwołującego aparat umożliwia uzyskanie min. 128 warstw w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor w skanie spiralnym w polu widzenia min. 50 cm. Zaoferowany aparat pozwala na wykonywanie badań w skanie spiralnym w polu widzenia 50 cm i badania te są dozwolone.

W zakresie argumentacji zamawiającego o rzekomym narażeniu się w przypadku zakupu aparatu Siemens na brak finansowania NFZ wykonując badania aparatem, który nie zapewnia osiągnięcia powyższych wartości - zarzut jest całkowicie pozbawiony uzasadnienia i nieprawdziwy. Wszystkie procedury diagnostyczne realizowane z użyciem zaoferowanego aparatu są zgodne z obowiązującymi procedurami, a w konsekwencji podlegają finansowaniu z NFZ. Powyższe twierdzenie dowodzi wyłącznie pozorności podstawy unieważnienia, przy czym odwołujący nawet nie podejrzewa, że profesjonalny podmiot ochrony zdrowia jakim jest zamawiający, mógłby faktycznie nie posiadać tak podstawowej wiedzy z zakresu rozliczania świadczeń zdrowotnych. Odwołujący potwierdza, że zaoferowany aparat gwarantuje pełną rozliczalność świadczeń z NFZ.

Odnosząc się do podstawy unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 6 p.z.p., odwołujący podniósł, że to nie KIO ustaliła brzmienie SIWZ, ale sam zamawiający dokonał tego na właściwym etapie postępowania. Obarczanie rzekomą odpowiedzialnością za opis przedmiotu zamówienia Izbę jest całkowicie niezrozumiałe i nie zasługujące na uwzględnienie. To zamawiający jako gospodarz postępowania i organizator przetargu publicznego identyfikuje swoje potrzeby zakupowe i daje im wyraz w treści opisu przedmiotu zamówienia. Izba powołanym orzeczeniem wyłącznie potwierdziła, że zaoferowany tomograf jest w pełni zgodny z wymogami zamawiającego. Izba nie zastąpiła w zakresie sformułowania OPZ, a jedynie potwierdziła, że aparat spełnia wymagania dokumentacji postępowania. Nie może być zatem w tej sytuacji mowa o tym, aby jako istotną zmianę

okoliczności, w dodatku nieprzewidywalną obiektywnie uprzednio, miało być ustalenie brzmienia SIWZ zgodnie z jej treścią przez KIO. Jak wskazuje orzecznictwo Izby w odniesieniu do przesłanki unieważnienia z art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp (KIO 3078/20, wyrok z dnia 14 grudnia 2020 r.) w powołanej normie jest mowa o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych nowych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dojść zatem musi do wystąpienia obiektywnej i trwałej zmiany stanu faktycznego - czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania - w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu.

KIO podkreśla także, że przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł Pzp. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych - takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią. W przedmiotowej sprawie okoliczności takie nie wystąpiły, a zamawiający w żaden sposób ich nie wykazał ani nie udowodnił. Wręcz przeciwnie, uzasadnienie unieważnienia postępowania dowodzi, że zamawiający usiłuje przerzucić całą odpowiedzialność za opis przedmiotu zamówienia na Izbę, co oczywiście nie miało miejsca.

Podkreśla się także w orzecznictwie, że aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową, której zastosowanie możliwe jest w ściśle określonych przypadkach, a ustawodawca w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wymaga dla unieważnienia postępowania wykazania przez zamawiającego, że zostały spełnione następujące wymagania: doszło do istotnej zmiany okoliczności; zmiany takiej, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć; kontynuowanie postępowanie i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym. Jak wynika z ustaleń faktycznych w sprawie żadna z powyższych okoliczności

nie wystąpiła, w szczególności nie doszło w postępowaniu do żadnej zmiany okoliczności, trudno za taką uznać ustalenia przez KIO, że oferta jest w pełni zgodna z treścią SIWZ i nie można uznać takiej okoliczności za zaskakującą, (powyższe automatycznie wyklucza kwestię braku możliwości jej przewidzenia). Interes publiczny przemawia za kontynuacją postępowania, udzieleniem zamówienia, zakupem nowoczesnego i zgodnego z wymaganiami SIWZ tomografu, który pozwala na pełną diagnostykę pacjentów, zgodną z obowiązującymi przepisami, w pełnym dostępnym polu obrazowania. Zakup jest celowy, racjonalny, oszczędny a oferta odwołującego najkorzystniejsza. Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie już leżało w interesie publicznym. Takiej okoliczności zamawiający nie wykazuje ponieważ w sprawie w ogóle nie doszło do jakiegokolwiek zmiany okoliczności, co wyklucza podstawę unieważnienia. Jak wskazuje orzecznictwo - (tak przykładowo KIO 2744/17, wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.) w przypadku przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., należy zbadać czy udzielenie danego zamówienia w dalszym ciągu leży w interesie publicznym. Przy czym nie chodzi tu o udzielenie zamówienia danemu wykonawcy, ale generalnie o udzielenie tego zamówienia jakiemukolwiek wykonawcy. Tymczasem uzasadnienie unieważnienia wskazuje wprost, że chodzi wyłącznie o odwołującego. Zgodnie z uzasadnieniem: wybór tej oferty jako najkorzystniejszej i zawarcie w wyniku tej czynności umowy, nie leży, jednakże w interesie publicznym, a w takiej sytuacji, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6, zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania.

Istotna zmiana okoliczności w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w przepisie, musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego, a tymczasem okolicznością tą ma być własny opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego. Istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron - w tym przypadku rzekomo przez zamawiającego.

Ponadto, do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nieodzowne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może

dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Zatem dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Zamawiający uzasadniając unieważnienie wskazuje ponadto, że: zamawiający pragnie w tym miejscu powtórzyć, że interes publiczny, będący przesłanką unieważnienia postępowania, należy utożsamiać z koniecznością wykonywania badań obrazowych zgodnie z najwyższymi standardami określonymi dla tych procedur, wynikającymi z potrzeby zapewnienia najlepszych efektów diagnostycznych i z wykorzystaniem sprzętu o najwyższym dostępnym w danym czasie poziomie technologicznym i bezpieczeństwa, w szczególności w odniesieniu do ilości dawki promieniowania przyjmowanej przez pacjentów. Zaś w opinii odwołującego dokładnie takimi cechami charakteryzuje się zaoferowany tomograf producenta Siemens. Zapewnia poza najwyższą jakością diagnostyczną, pełne bezpieczeństwo pacjentów i obsługi oraz zgodność z obowiązującymi przepisami, w tym dotyczącymi dawek promieniowania.

W zakresie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 p.z.p., odwołujący podniósł, że pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, kryje się takie uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć następujące okoliczności: musi wystąpić wada postępowania, wada musi być niemożliwa do usunięcia, niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 p.z.p. Jednocześnie musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem - w świetle art. 146 ust. 1 p.z.p. - podlegałaby unieważnieniu, zaś pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, musi istnieć bezpośredni związek przyczynowy.

Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu został dokonany w sposób konkretny i jednoznaczny, co potwierdziła Izba orzeczeniowa w przedmiotowej sprawie (KIO 538/21). Nie ma mowy o nieporównywalności ofert w świetle jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Takie samo brzmienie wymagań stanowiło podstawę ofertowania dla każdego wykonawcy. To aktualnie zamawiający, na potrzeby znalezienia pretekstu unieważnienia postępowania, usiłuje odnaleźć w nim rzekome wady. Wadą taką ma być opis zamówienia, który rzekomo powodował, że wykonawcy nie wiedzieli co w istocie jest przedmiotem

zamówienia i w jaki sposób przedmiot ten wycenić, a ponadto, że doszło do zaoferowania rzekomo nieporównywalnych produktów. Prosta analiza tabeli parametrów technicznych zaoferowanych tomografów potwierdza pełną porównywalność ofert a punktacja dla poszczególnych ofert dowodzi, że różnice te mają marginalny charakter. W tej sytuacji nie może być mowy o nieporównywalności ofert. Jak również podkreśla się w orzecznictwie - tak wyrok KIO z 04.10.2012 r. (KIO 2024/12, LEX nr 1225206): „należy podkreślić, iż przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego lub opisanie warunków udziału w tym postępowaniu. Pzp, jednoznacznie określa, że tylko niemożność zawarcia prawnie skutecznej (niepodlegającej unieważnieniu) umowy może stanowić podstawę do unieważnienia umowy". Ponadto w przypadku przesłanki określonej w art. 146 ust. 6 Pzp (o której zamawiający w uzasadnieniu nawet nie wspomina) konieczne jest wykazanie, że gdyby nie określone naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, postępowanie zakończyłoby się wyborem innej oferty bądź koniecznością unieważnienia postępowania (wyrok KIO z 06.03.2014 r., KIO 264/14, KIO 344/14).

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym, a także zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum

sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, osiã sporu była ocena czy decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania, której odwołujący zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 p.z.p. była prawidłowa – czy w ustalonym stanie faktycznym zaistniały uzasadnione podstawy do skorzystania przez zamawiającego z tego instrumentu.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. W ocenie składu rozpoznającego spór zamawiający w sposób bezprawny unieważnił przetarg, więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, co skutkowało nakazaniem jednostce zamawiającej anulowania czynności unieważnienia postępowania oraz kontynuowania czynności badania i oceny złożonych ofert.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (art. 2 pkt 7a p.z.p.). Zamawiający, podejmując decyzję o wszczęciu postępowania, na warunkach określonych w p.z.p. i zgodnie z przyjętymi regułami, ustalonymi w dokumentacji postępowania, decyduje się na doprowadzenie go do końca, którym jest zawarcie umowy. Oznacza to, że wszczęcie postępowania jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Zatem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 93 p.z.p. zamknięty katalog powodów zniesienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek unieważnienia (*exceptiones non sunt extendendae*).

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. „Istotną okolicznością jest obiektywna sytuacja zamawiającego upoważniająca do podjęcia decyzji co do prowadzenia samego

postępowania. W przypadku unieważnienia postępowania jest to sytuacja warunkująca celowość prowadzenia rozpoczętego już postępowania czy też wykonania zamówienia. Przesłankę wystąpienia istotnej zmiany okoliczności należy zaliczyć do kategorii przesłanek zobiektywizowanych. Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi, oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, iż postępowanie musi być unieważnione. Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. (...) Okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 nie mogą być sytuacje, które są następstwem błędnych decyzji podjętych przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub w postępowaniu, a także niedbalstwa lub niezachowania wymaganej staranności w przygotowaniu lub prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. (tak M. Kołecki, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., LEX).

Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r. sygn. akt: IX Ga 30/08 „Tym samym, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem zamawiającego, że na skutek zmiany okoliczności, których nie można było przewidzieć, inwestycja nie leży w interesie publicznym, gdyż jak słusznie wskazuje wykonawca, miał on możliwość wykrycia błędu już na wstępnym etapie przygotowywania dokumentów. Ponadto, warunkiem unieważnienia postępowania jest wystąpienie dodatkowych przesłanek w postaci istotnej zmiany okoliczności oraz niemożliwość przewidzenia następstw tej zmiany okoliczności. Błąd popełniony przez osobę przygotowującą odpowiednie wyliczenia nie jest nadzwyczajną okolicznością, której nie dało się przewidzieć w trakcie postępowania, tym bardziej, że jak to zostało wskazane, wada ta istniała już przed wszczęciem postępowania. (...). Instytucja ta bowiem znajduje zastosowanie tylko w sytuacjach ściśle określonych i nie może być nadużywana. Przyczyną unieważnienia postępowania może być jedynie sytuacja, w której faktycznie nastąpiła zmiana okoliczności, a nie możliwość takiej zmiany, czy też błędy popełnione przez zamawiającego we wstępnej fazie przygotowywania się do przetargu”.

W doktrynie podnosi się także, iż „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 zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany – kontynuować postępowania, i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny”. (tak J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2018, art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., LEX).

Podstawą do unieważnienia przetargu na kanwie tej normy jest zatem konieczność zaistnienia zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie

postępowania nie leży w interesie publicznym. Dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania – w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłyby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłyby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych – takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.

Zgodnie zaś z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Norma ta wymaga wykazania łącznego spełnienia trzech przesłanek: 1) w przetargu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest ustalenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy).

W doktrynie podnosi się również, że „zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, zarówno w uzasadnieniu prawnym, jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 a art. 146 ust. 1 lub 6. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 146”. (tak M. KołECKI, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. LEX). Ponadto, w ocenie Izby skoro art. 146 ust. 1 pkt 1 - 6 p.z.p. co do zasady zawiera wąski i ścisły katalog wad postępowania, które miałyby uprawniać zamawiających do unieważnienia umowy, należy również zachować daleko idącą ostrożność przy powoływaniu się na zaistnienie wady objętej klauzulą generalną z art. 146 ust. 6 p.z.p. Wykorzystując tą normę jedynie, gdy faktycznie stwierdzony istoty błąd będzie miał rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, czy ważność umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.).



Należy także zaznaczyć, że ciężar udowodnienia wszystkich wskazanych, kumulatywnych przesłanek unieważnienia postępowania spoczywa na zamawiającym, który powinien mu sprostować w udostępnionej wykonawcom decyzji o anulowaniu przetargu, a nie ujawniać je dopiero w trakcie powstałego sporu. Wykorzystanie postępowania odwoławczego przed Izbą, aby przedstawić, co legło u podstaw unieważnienia przetargu narusza naczelną zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p., która nakazuje prowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości i posiada szczególne znaczenie dla kompetencji zamawiającego w zakresie podawania podstaw faktycznych i prawnych swoich decyzji, które bezpośrednio wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Zasada przejrzystości postępowania oznacza bowiem, że wszelkie czynności podejmowane przez jednostkę zamawiającą winny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, którymi kierował się zamawiający i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności. Brak ujawnienia, w informacji stanowiącej zawiadomienie o unieważnieniu przetargu, wszystkich okoliczności, którymi kierował się zamawiający podejmując zaskarżoną czynność, jest naganne i w sposób znaczący utrudnia rewizję działania zamawiającego.

Wymaga przy tym podkreślenia, że postępowanie odwoławcze ma charakter weryfikacyjny – skład orzekający bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał unieważnienia postępowania, zgodnie z informacją o anulowaniu postępowania przekazaną wykonawcom. Zatem postępowanie przed Izbą nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie ujawniać powody podjętej decyzji i rozpocząć rozważanie, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej. Uzupełnianie nowych okoliczności dopiero w odpowiedzi na odwołanie jest spóźnione, bowiem to zawiadomienie o unieważnieniu postępowania stanowi podstawę do wniesienia odwołania i postawienia zarzutów zamawiającemu, które określają granice zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 555 n.p.z.p.). Natomiast usankcjonowanie możliwości uzupełnienia nowych okoliczności w postępowaniu odwoławczym stanowiłaby obejście nakazu art. 92 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., obligującego zamawiającego do ujawnienia wykonawcom wszystkich okoliczności w informacji o unieważnieniu przetargu, więc nowe okoliczności, nieujęte w informacji z dnia 16 kwietnia 2021 r. zostały przez Izbę pominięte.

Dla uporządkowania dalszego wyводу zaznaczyć należy, że w przetargu, pomiędzy tymi samymi stronami toczyło się już postępowanie odwoławcze, które zakończyło się wydaniem przez Izbę wyroku z dnia 29 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 538/21, zgodnie z którym nakazano zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty obecnego odwołującego oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty. Wyrok nie został zaskarżony i zgodnie z art. 565 ust. 1 n.p.z.p. jest prawomocny. Oznacza to, że po

uzyskaniu prawomocności formalnej orzeczenie uzyskuje także cechę powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która jest negatywnym aspektem prawomocności wyroku i polega na niedopuszczalności ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy, która została już prawomocnie osądzona (*ne bis in idem*).

Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 lipca 2018 r. sygn. akt: III CZP 3/18 „Prawomocność orzeczenia sądu jest podstawą jego mocy wiążącej, która charakteryzuje się tym, że nikt nie może negować faktu istnienia orzeczenia i jego określonej treści. Przepis ten wyraża również tzw. pozytywny aspekt prawomocności materialnej orzeczenia sądowego przejawiający się w jego mocy wiążącej jako określonego przymiotu prawnego rozstrzygnięcia zawartego w treści orzeczenia. Skutek materialno-prawny prawomocnego orzeczenia oznacza, że prawomocne orzeczenie odpowiada rzeczywistemu stanowi prawnemu, potwierdza go i czyni go niewątpliwym. Jeśli zatem dane zagadnienie prawne zostało prawomocnie rozstrzygnięte w pierwszym procesie, stanowi kwestię wstępną (prejudycjalną) w innym procesie, w którym dochodzone jest inne żądanie. Związanie prawomocnym wyrokiem oznacza, że sąd obowiązany jest uznać, iż kwestia prawna, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia w innej sprawie, a która ma znaczenie prejudycjalne w sprawie przez niego rozpoznawanej, kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym wcześniejszym wyroku i w późniejszym procesie kwestia ta nie może być już ponownie badana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2003 r., I CKN 263/01)”.

Poglądy orzecznictwa prowadzą więc do wniosku, że powagą rzeczy osądzonej objęte są istotne prawnie okoliczności faktyczne, które determinowały konkretne rozstrzygnięcie. W sytuacji, gdy zachodzi związanie prawomocnym orzeczeniem sądu i ustaleniami faktycznymi, które legły u jego podstaw, niedopuszczalne jest w innej sprawie o innym przedmiocie dokonywanie ustaleń i ocen prawnych sprzecznych z prawomocnie osądzoną sprawą. Rozstrzygnięcie zawarte w prawomocnym orzeczeniu stwarza stan prawny taki, jaki z niego wynika. Sądy rozpoznające między tymi samymi stronami inny spór muszą przyjmować, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym, wcześniejszym wyroku. A zatem w kolejnym postępowaniu, w którym pojawia się ta sama kwestia, nie może być ona już ponownie badana. Związanie orzeczeniem oznacza więc zakaz dokonywania ustaleń sprzecznych z uprzednio osądzoną kwestią, a nawet niedopuszczalność prowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego. (tak m.in. w wyrokach Sądu Najwyższego: z dnia 27 czerwca 2014 r. sygn. akt: V CSK 433/13, z dnia 16 maja 2013 r. sygn. akt: IV CSK 624/12, z dnia 14 listopada 2014 r. sygn. akt: II PK 38/13, z dnia 18 czerwca 2009 r. sygn. akt: II CSK 12/09; Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt: I ACa 992/14, Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 1030/15, Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 31 maja 2017 r. sygn. akt: III AUa 77/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że przedmiotem wcześniejszego, prawomocnego orzeczenia o sygn. akt: KIO 538/21 było wadliwe odrzucenie oferty odwołującego przez zamawiającego ze względu na brak wypełnienia wymagań § 18 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. 2017 poz. 884 ze zm.), czego we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym nie udowodniono i skład rozpoznający spór uznał czynność odrzucenia oferty w przetargu za bezprawną. Nie zostało to zaskarżone i jest wiążące. Prawomocność zapadłego w sprawie orzeczenia ma ten skutek w obecnym postępowaniu, że obowiązkiem jest respektowanie okoliczności faktycznych ustalonych we wcześniejszej sprawie, które określały istotę sporu i uzasadniały uwzględnienie zgłoszonego w niej zarzutu wadliwego odrzucenia oferty odwołującego. Zatem jedynie na marginesie można dodać, że zamawiający obecnie też nawet nie podjął próby udowodnienia, aby tomograf oferowany przez odwołującego był sprzeczny z prawem, stanowisko strony pozostało gołosłowną hipotezą. Zaś zgodność z ww. rozporządzeniem potwierdzają niepodważone przez zamawiającego oświadczenie producenta (ze zgłoszeniem do rejestracji w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych) i badania parametrów fizycznych rentgenowskiego zestawu diagnostycznego odwołującego, gdzie potwierdzono wynik objętościowego tomograficznego indeksu dawki CTDIvol jako zgodny z wymaganiami przedmiotowego rozporządzenia, a także dwa oświadczenia szpitali, które użytkują oferowany tomograf.

Skład orzekający wskazuje dalej, że w omawianym orzeczeniu Izba również stanowczo wypowiedziała się w zakresie treści dokumentacji przetargu, tj. „Skład rozpoznający spór ustalił, że zgodnie z materiałem procesowym sporny wymóg z pozycji nr 26 OPZ brzmi „maksymalny zakres współczynnika pitch nie mniejszy niż 0,56-1,45”, zatem jednoznacznie nie wskazano w nim pola widzenia, w jakim urządzenie ma posiadać wymagany pitch, brak jest w wymogu odniesienia do jakiegokolwiek skonkretyzowanej wielkości pola obrazowania. Zamawiający w SIWZ nie ograniczył oczekiwania związanego z wartością współczynnika pitch do określonej wielkości pola obrazowania, czy też do całego przedziału lub wszystkich dostępnych wartości pola obrazowania oferowanego aparatu. Spełnienie przez tomograf odwołującego zakresu pitch na poziomie 0,15-1,5 w polu widzenia 41,5 cm spełnia wymagania dokumentacji, zgodnie z którą pole widzenia dla zakresu pitch pozostawiono nieuregulowane”. (*vide* str. 7 wyroku Izby sygn. akt: KIO 538/21).

W konsekwencji powyższego argumentacja zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób niejednoznaczny, czy powodujący złożenie nieporównywalnych ofert nie znajduje żadnego potwierdzenia. Rozstrzygnięcie zawarte w prawomocnym orzeczeniu stwarza taki stan prawny, jaki z niego wynika, więc na obecnym

etapie Izba musi przyjąć, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym, wcześniejszym wyroku. Fakt, że zamawiający życzyłby sobie, aby współczynnik pitch był osiągalny w polu widzenia 50 cm (czego nie wskazał w dokumentacji postępowania) nie powoduje, iż przedmiot zamówienia opisano niejednoznacznie, czy że oferty są nieporównywalne, a że wykonawcy sporządzili je w oparciu o to, co uregulowano w SIWZ – i każda z nich, o ile uwzględnia wyartykułowane warunki zamówienia, została sporządzona prawidłowo.

Subiektywne przekonanie strony, która nie dochowała należytej staranności przy formułowaniu treści dokumentacji postępowania, i nie uregulowała wszystkich parametrów na etapie przygotowania postępowania, nie stanowi o niejasnej SIWZ. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia jest obiektywną wadą dokumentacji postępowania powodującą naruszenie art. 29 p.z.p. Hipotezy zamawiającego, że dokumentacja jest niejednoznaczna nie zostały przez stronę w żaden sposób udowodnione, wykonawcy także nie zgłaszali zastrzeżeń dotyczących treści SIWZ, dokumentacja nie została zaskarżona i na jej podstawie złożono ważne oferty. Czym innym jest faktyczna wada dotycząca niejasnej, niejednoznacznej dokumentacji – będąca obiektywnym błędem SIWZ, a czym innym okoliczność, że na tym etapie zamawiający życzyłby sobie zawrzeć w SIWZ parametry, których przed upływem terminu na składanie ofert w niej nie zawarł i obecnie obciąża swoim błędem odwołującego. Inną rzeczą jest także fakt, że zamawiający nie chce nabyć tomografu od odwołującego – który we wszystkich punktowanych parametrach technicznych uzyskał najwyższe noty, otrzymując maksymalne 40 punktów w kryterium oceny technicznej – ponieważ pozostali wykonawcy zaoferowali urządzenia, które pomimo brzmienia SIWZ, posiadają inne parametry. Rzekoma wada dokumentacji postępowania, na którą obecnie powołuje się zamawiający (i która powinna być wadą samego opisu przedmiotu zamówienia) nie pojawiła się na etapie odrzucenia oferty odwołującego, a dopiero w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, jednakże nie ma ona charakteru obiektywnego i realnego w stosunku do każdego wykonawcy, a jedynie w stosunku do oferty odwołującego.

W informacji z dnia 16 kwietnia 2021 r. o unieważnieniu przetargu zamawiający podnosił także, iż oferta odwołującego, którą uznano za najkorzystniejszą przed anulowaniem postępowania, nie spełnia jego uzasadnionych potrzeb. W celu uwiarygodnienia rzeczonych potrzeb przedstawiono wykres sporządzony o dane statystyczne ilości badań tomografii komputerowej, wykonanej przez personel medyczny zamawiającego w okresie od 10.03.2021 r. do 09.04.2021 r. z wykorzystaniem tomografu LightSpeed 16, typ 2378661-11 produkcji GE, przy zapewnieniu pitch 1,35. Zdaniem zamawiającego z wykresu wynika, że w polu obrazowania 42 - 50 cm wykonano ok. 40% badań, co byłoby niemożliwe do uzyskania przy wykorzystaniu urządzenia zaproponowanego w ofercie odwołującego.

Po pierwsze, jak wspomniano we wcześniejszej części uzasadnienia, na zamawiającym nie ciąży obowiązek uprawdopodobnienia (choć zamawiający posługuje się nomenklaturą wymijającą język prawny nazywając przyjęty przez siebie standard dowodowy „uwiarygodnieniem”) okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a nakaz ich udowodnienia. Nałożony na stronę ciężar procesowy oznacza obowiązek dostarczenia Izbie środków, za pomocą których mogłaby się ona przekonać, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, a z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego (czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne). Jeżeli zatem zamawiający twierdził, że urządzenie odwołującego jest „w dużej mierze nieprzydatne”, czy że tomograf „może okazać się bezużyteczny”, to należało to udowodnić w sposób stanowczy, nie zaś podnieść twierdzenia mające na celu uprawdopodobnienie tych okoliczności w sposób hipotetyczny.

Po drugie, jakkolwiek zamawiający może być subiektywnie przekonany, że chce kupić tomograf, który w polu obrazowania 42 - 50 cm osiąga wskazany współczynnik pitch, tylko nie zawarł tego w SIWZ, to na obecnym etapie – aby skutecznie unieważnić postępowanie na tej podstawie – zamawiającego obciąża ciężar udowodnienia, że tak jak wskazał w zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu posiada niestandardowe „uzasadnione potrzeby”, tak znacznie różniące się od innych placówek medycznych, które obecnie użytkują sporny tomograf (*vide* wykaz 24 jednostek medycznych użytkujących tomograf odwołującego i dwa oświadczenia szpitali, złożone przez odwołującego), że faktycznie nabycie urządzenia, które opisano w dokumentacji postępowania nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający przyjął zaś w postępowaniu taką optykę spojrzenia na przesłanki unieważnienia postępowania, że postanowił spróbować wykazać, iż w kategoriach interesu publicznego leży uwzględnienie jego ponadnormatywnych potrzeb (które czyni urządzenie odwołującego nieprzydatnym) związanych z diagnostyką i leczeniem pacjentów, i aby uzasadnić takie stanowisko przyjęto następujące tezy: 1) że po stronie zamawiającego występują podyktowane szczególnymi okolicznościami potrzeby, 2) że potrzeby te można zaspokoić wyłącznie poprzez wykorzystanie konkretnego typu urządzenia o ściśle określonym jednym z parametrów (urządzenie, które w polu obrazowania 42 - 50 cm osiąga wskazany współczynnik pitch), 3) że sprzęt, który nie spełnia tych zawężonych wymagań nie tylko będzie dla zamawiającego mniej użyteczny, ale że jego zamówienie byłoby tak dalece nieefektywne, iż nie spełniłoby celów postępowania i w związku z tym narusza to szeroko pojęty interes publiczny, a także prowadziłoby to do unieważnienia umowy.

Niestety, zamawiający całkowicie pominął swój obowiązek dowodzenia faktów w zakresie tezy 2 i tezy 3, pozostając w tym zakresie w sferze subiektywnych przekonań,

nieznajdujących realnego odzwierciedlenia w jakkolwiek udokumentowanych rzekomo uzasadnionych potrzebach. Doskonałym przykładem wadliwego sposobu rozumienia przez zamawiającego przesłanki interesu publicznego jest złożone do akt oświadczenie pana I.J. – pomijając, że dowód ten zgodnie z przepisami regulującymi dowody z dokumentów udowadnia jedynie, że osoba pan I.J. złożył oświadczenie danej treści (nie zaś, że jest ono zgodne z rzeczywistością) – w którym uwagę przykuwa, że cechuje się ono frazesami, stwierdzeniami ogólnymi i nie zawiera żadnej rzeczowej argumentacji dotyczącej tego, dlaczego taki konkretnie sprzęt stanowi uzasadnioną potrzebę zamawiającego, poza faktem, że oświadczający tak uważa. Zamawiający nie wykazał nawet pierwszej ze swoich tez, przedstawiając na okoliczność istnienia przedmiotowych potrzeb jedynie ubogi w treść wykres, z którym nie powiązано żadnej analizy, a jedynie wskazano, że wynika z niego, że rzeczową potrzebą zamawiającego jest zakup urządzenia o konkretnym parametrze. Godzi się jednak przypomnieć, że aby wykazać związek danych statystycznych z określonym wnioskiem – sądem o rzeczywistości, konieczne jest przedstawienie procesu analitycznego, który wiąże analizę danych wyjściowych (które *nota bene* również muszą zostać wykazane jako rzetelne i miarodajne) z osądem, iż dane te dowodzą określonej tezy, a tego zamawiający nie uczynił. W istocie zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że istnieją jakieś określone potrzeby, podyktowane szczególnymi okolicznościami, za to odwołujący udowodnił, że inne jednostki zapewniające tożsame świadczenia zdrowotne nie mają takich wymagań. Wydaje się, że owa „uzasadniona potrzeba” po stronie zamawiającego została zidentyfikowana dopiero po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikiem, który jednostka zamawiająca uważa za niewłaściwy.

Zgromadzone w toku postępowania przed Izłą dowody w zasadzie nie są wcale przydatne do ustalenia przesłanki unieważnienia postępowania związanej z okolicznością, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a jest to jedynie subiektywne postrzeganie własnego interesu, utożsamianego z publicznym, przez zamawiającego. Tymczasem na potrzeby postępowania odwoławczego konieczne jest wykazanie rzeczowymi dowodami, że istnieje konkretny interes publiczny, i że dozna on obiektywnego uszczerbku w przypadku zawarcia umowy z odwołującym. W ustalonym stanie rzeczy okoliczność ta nie została udowodniona, a zamawiający podjął jedynie próbę wykazania, do tego nieudaną, że jego interes zostałby naruszony w przypadku braku ostania się decyzji o unieważnieniu przetargu. Z dowodów złożonych przez odwołującego (wykaz 24 jednostek medycznych użytkujących sporny tomograf i dwa oświadczenia szpitali) wynika, że urządzenie zaoferowane przez odwołującego jest z powodzeniem wykorzystywane do realizacji tożsamych świadczeń medycznych przez inne podmioty. W zasadzie można by było stwierdzić – wnioskując z poziomu ogólności twierdzeń podnoszonych przez zamawiającego – że fundamentalną przeszkodą, jaką zidentyfikował, uświadamiając sobie

wadliwość sporządzonego przez siebie SIWZ jest fakt, że jego personel będzie musiał podjąć pewien wysiłek, aby zakupiony sprzęt poprawnie wykorzystać. Ten wysiłek wynika z faktu, że do tej pory zamawiający wykorzystywał tomograf tego samego producenta, który chciał zamówić obecnie i preferowałoby, żeby jego personel nie musiał zmieniać swoich dotychczasowych przyzwyczajeń oraz utrwalonych procedur wykorzystania tomografu. Niestety zamawiający przyznał w tej sposób, że w istocie, gdyby nie popełnił błędu w sformułowaniu dokumentacji przetargu, to dokonałby takiego zawężenia opisu przedmiotu zamówienia, by w istocie wyeliminować konkurencję rynkową i nabyć konkretny sprzęt, od konkretnego producenta. Takie działanie, pomijając jego sprzeczność z zasadami ogólnymi p.z.p., nie mieści się w pojęciu interesu publicznego.

Tym niemniej, jeśli nawet zamawiający zdołałby wykazać, że po jego stronie istnieją jakieś uzasadnione, niestandardowe, czy wręcz unikalne potrzeby (w stosunku do podmiotów, które obecnie użytkują tomograf odwołującego), to w dalszym ciągu powiązanie ich w okolicznościach sprawy z interesem publicznym wymagałoby udowodnienia, że nie mogą być one zaspokojone w żaden inny sposób, niż zamówienie sprzętu o jednym konkretnym parametrze, a nie np. poprzez zmianę procedur analitycznych, czy przyjęcie innej metody prowadzenia diagnostyki. Zakres ten stanowisko zamawiającego całkowicie pomija, zaś odwołujący wykazał w sposób właściwy, poprzez złożenie oświadczenia pana R.K., że prawidłowa procedura diagnostyczna może zostać przeprowadzona z użyciem również takiego tomografu, jaki zaoferował odwołujący. Dowód ten co prawda w zakresie oceny prawnej okazał się dla Izby nieprzydatny (podobnie jak oświadczenie pana I.J. złożone przez zamawiającego), lecz wynika z niego, że realizacja celów przyświecających zamawiającemu jest możliwa także na oferowanym przez odwołującego sprzęcie (co również potwierdzają zalecenia Polskiego Towarzystwa Radiologicznego, złożone przez odwołującego). Izba przy tym pominęła oceny prawne w zakresie prawa polskiego zawarte w ww. dokumentach, ponieważ jako organ rozstrzygający Krajowa Izba Odwoławcza prawo polskie bierze pod uwagę z urzędu, dokonując we własnym zakresie jego wykładni.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest stwierdzenie, iż zamawiający nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu, bowiem nie objął dowodzeniem nawet całości niezbędnych do wykazania tez, które postawił w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. W istocie zamawiający ograniczył się do „uwiarygodnienia”, że zamówienie preferowanego przez niego sprzętu ułatwiłoby jego kadrze prowadzenie diagnostyki z uwzględnieniem obecnych przyzwyczajeń i metod, i w zasadzie dlatego ocenia, że interes publiczny zostałby naruszony poprzez zakończenie postępowania zgodnie z jego normalnym torem. Nie można przy tym tracić ze wzroku, że opisywany problem powstał ze względu na pominięcie przez zamawiającego w SIWZ wymogu, w zakresie którego obecnie twierdzi, że ma on tak fundamentalne znaczenie, że jego niespełnienie powinno prowadzić do unicestwienia

postępowania. Ta konkluzja skutkuje koniecznością jeszcze bardziej krytycznej oceny przedstawianych przez zamawiającego twierdzeń i wniosków. Nie można bowiem pominąć, że wszelkie przedstawione przez jednostkę zamawiającą dowody zostały wytworzone wyłącznie na potrzeby decyzji o unieważnieniu postępowania *post factum*, co obniża ich już i tak nieznaczną wartość dowodową.

Ponadto, zamawiający nie udowodnił, że wykonując badania aparatem odwołującego nie otrzyma dofinansowania z Narodowego Funduszu Zdrowia, takie stanowisko pozostało gołosłowne, a z drugiej strony odwołujący, poprzez dowód z korespondencji elektronicznej wykazał, że wykonywane są badania na jego urzędzeniu, które są refundowane, jak również, że fundusz nie narzuca żadnych ograniczeń w wykonywaniu badań techniką spiralną w zależności od stosowanego współczynnika pitch oraz pola obrazowania.

W informacji o unieważnieniu przetargu hasłowo wskazano na art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p., jednakże nie udowodniono, iż umowa będzie podlegała unieważnieniu, ani innej okoliczności wpisującej się w przesłanki art. 146 ust. 6 p.z.p., dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający próbował uzupełniać braki zawiadomienia, że uznaje, iż umowa byłaby nieważna na podstawie art. 387 § 1 k.c., jako zawarta o świadczenie niemożliwe, stanowisko to jest spóźnione i jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nic takiego nie zostało przez zamawiającego udowodnione.

Rekapitulując, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż wskazane przez zamawiającego okoliczności nie uzasadniają unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Istotnie, uzasadnienie zaoferowane przez jednostkę zamawiającą jest ogólne, pełne nieostrych i hipotetycznych stwierdzeń oraz niepowiązanych z obiektywną rzeczywistością stanowisk – a przez to defektywne w stopniu niepozwalającym nie tylko na jego uwzględnienie, ale nawet na jego poprawną procesową weryfikację. Jednostka zamawiająca nie wykazała w dostateczny sposób, iż zaistniała w przetargu okoliczność mogąca kwalifikować się jako wada postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 lub 7 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. Zamawiający nie tylko nie udowodnił łącznego spełnienia wymaganych przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 6 czy 7 p.z.p., ale nie wykazał żadnej z pojedynczych przesłanek określonych w tych normach, co powoduje, że bezpodstawne anulowanie przetargu w żaden sposób nie mogło się ostać.

Ponadto, Izba włączyła w poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego dokumenty, które dotyczą dokumentacji postępowania z innych przetargów, chociaż okazały się one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, które dotyczy konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Specyfikacja urządzenia produkcji GE nie jest nawet luźno związana z rozpoznawanym przez Izbę sporem. Podobnie, przedłożony przez zamawiającego artykuł dotyczący głównych właściwości spiralnej tomografii komputerowej,



który miał obrazować „istotność współczynnika pitch, celem przybliżenia zagadnień technicznych w tym zakresie” nie jest relewantny dla wykazania okoliczności istotnych dla sporu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci bezpodstawnego unieważnienia przetargu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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), Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

.....