

Warszawa dnia 26.04.2021r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

K&P Medical Group Sp zo.o.

02-511 Warszawa,
ul. Belgijska 11 lok. 12

KRS:0000544575

NIP: 7010468872

REGON:360831340

dane kontaktowe: Piotr Michał Kister
email: dzp@kpmedicalgroup.pl
tel: 22 5929398

Zamawiający:

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie

ul. Powstańców Wielkopolskich 2,
06-400 Ciechanów

Sekretariat - tel. 23 / 672 31 27, fax 672 27 64

Portal zamówień publicznych - <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl>

Komunikacja w Postępowaniu odbywa się z wykorzystaniem ww. platformy zakupowej

Dokumentacja postępowania:

<https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl/procurement/263>

Dotyczy: **Postępowania o udzielenie zamówienia pn.** Dostawa tomografu komputerowego w ramach realizacji zadania pn. "Utworzenie Ośrodka Udarowego w Specjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Ciechanowie" Nr postępowania ZP/2501/111/20

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 18.12.2020r. nr 2020/S 247-610974

Wartość zamówienia powyżej progów art. 11 ust 8 Pzp.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz K&P Medical Group Sp zo.o. na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Przepisy wprowadzające ustawę- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 2020 ze zm), niniejszym wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- pozbawionym podstaw zarówno prawnych jak i faktycznych bezpodstawnym unieważnieniu Postępowania,

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego, postanowień SIWZ oraz rankingu wykonawców, którzy złożyli w Postępowaniu oferty a także rankingu ofert z zawiadomienia z dnia 16.04.br. ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia **16 kwietnia 2021 r.** otrzymanym wiadomością email.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:**

- **art. 93 ust 1 pkt 6 oraz 7 Pzp** poprzez unieważnienie Postępowania pomimo, że:

- w Postępowaniu **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 obarczone** niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp **wnoszę o :**

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

co w konsekwencji spowodować powinno wybór oferty Odwołującego w Postępowaniu.

Termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu Postępowania w zawiadomieniu przekazanym w dniu 16.04.2021 r. wobec czego termin określony w art. 515 ust 1 pkt 1 lit a) Pzp został zachowany.

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert opublikowanym w informacji o unieważnieniu Postępowania, w świetle przyjętych kryteriów oceny, jest ofertą najkorzystniejszą, jednocześnie mieszcząc się w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

UZASADNIENIE

1. Przedmiot zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje zakup tomografu komputerowego, w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn. "Utworzenie Ośrodka Udarowego w Specjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Ciechanowie", o właściwościach oraz parametrach funkcjonalnych i technicznych, a także wyposażeniu, określonych w załączniku nr 2a do SIWZ – formularz ofertowy techniczny. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę urządzenia, jego instalację w miejscu wskazanym przez zamawiającego, a także jego uruchomienie i konfigurację, przeszkolenie pracowników medycznych i technicznych w obsłudze i konserwacji urządzenia oraz modernizację pomieszczeń wskazanych przez zamawiającego w programie funkcjonalno-użytkowym (załącznik nr 7 do SIWZ.), w celu utworzenia Pracowni Tomografu Komputerowego.

2. Opis przedmiotu zamówienia.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w tym opis właściwości oraz parametrów funkcjonalnych i technicznych, a także wyposażenia aparatu zostały określone w załączniku nr 2a do SIWZ – formularz ofertowy techniczny.

Zamawiający w trakcie postępowania dokonywał kilkakrotnych modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jak również udzielał trzykrotnie wyjaśnień na zapytania wykonawców dotyczące SIWZ, w tym w zakresie opisu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert.

Żadne z wyjaśnień ani modyfikacji postanowień SIWZ nie dotyczyły parametru związanego z podstawą unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego. Także Odwołujący nie kwestionował brzmienia wymagania bowiem było ono dla niego klarowne, a jednocześnie nie miał i nie ma wątpliwości, zarówno on jak i producent zaoferowanego przez niego w przetargu urządzenia, że określony w SIWZ parametr jest zgodny zarówno z obowiązującymi przepisami jak również w pełni zgodny z przeznaczeniem użytkowym zamawianego aparatu.

3. Wymaganie SIWZ związane z podstawą unieważnienia Postępowania.

Zgodnie z Załącznikiem 2a w następujący sposób opisano parametry wymagane:

Lp.	Parametry, właściwości, funkcje i inne wymagania wobec urządzenia	Wymóg /wartość graniczna	Wymagany opis spełnienia wymogu
I.	TOMOGRAF KOMPUTEROWY		
1.	Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 64 nienakładających się warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampy-detektor w polu widzenia min. 50 cm.	TAK/podać liczbę warstw	
2.	Tomograf komputerowy umożliwiający uzyskanie min. 128 warstw w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampy-detektor w skanie spiralnym i sekwencyjnym w polu widzenia min. 50 cm.	TAK /podać liczbę warstw	
26.	Maksymalny zakres współczynnika pitch nie mniejszy niż 0,56-1,45.	TAK/podać	

4. Treść oferty Odwołującego w parametrze poz. 26.

Zgodnie z ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego zaoferował aparat i potwierdził spełnienie wymagania z poz. 26 w sposób w pełni zgodny z SIWZ. Wartości podane w ofercie potwierdzają, że zaoferowany aparat spełnia wymagania Zamawiającego.

Producent **Siemens Healthcare GmbH** Kraj **Niemcy**
Aparat /typ/ **SOMATOM go.Top** Rok produkcji **2021**

Lp.	Parametry, właściwości, funkcje i inne wymagania wobec urządzenia	Wymóg /wartość graniczna	Wymagany opis spełnienia wymogu
I.	TOMOGRAF KOMPUTEROWY		
1.	Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 64 nienakładających się warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampy-detektor w polu widzenia min. 50 cm.	TAK/podać liczbę warstw	TAK, 64 warstwy
2.	Tomograf komputerowy umożliwiający uzyskanie min. 128 warstw w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampy-detektor w skanie spiralnym i sekwencyjnym w polu widzenia min. 50 cm.	TAK /podać liczbę warstw	TAK, 128 warstw
26.	Maksymalny zakres współczynnika pitch nie mniejszy niż 0,56-1,45.	TAK/podać	TAK, 0,15-1,5

W Postępowaniu Odwołujący złożył wraz z ofertą folder zaoferowanego aparatu - Arkusz danych SOMATOM go.Top Konfiguracja 128-warstwowa syngo CT VA30.

Dokument potwierdza, że zaoferowany aparat jest w pełni zgodny z SIWZ jak również obowiązującymi przepisami.

5. Odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający pierwotnie podjął w postępowaniu w dniu 10.02.br. decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując w treści uzasadnienia – cyt.:

W złożonym wraz z ofertą pliku *Materiały informacyjne CT.pdf* na stronie 12 w sekcji **wielowarstwowa akwizycja spiralna** współczynnik pitch ma wartość 0,15 – 1,5, natomiast na stronie 11 w sekcji **rekonstrukcja obrazu** pole rekonstrukcji podane jest w zakresie zgodnym z SIWZ oraz odniesieniem do umieszczonego w stopce przypisu o treści: **pole obrazowania (FoV) 5-41,5 cm ze wsp. pitch do 1,5; FoV powyżej 41,5 cm, z wsp. pitch 0,8.**

Z powyższego wynika, że dla pola 50 cm w układzie lampa-detektor oferta nie spełnia wymogu określonego w pkt 26 załącznika nr 2a do SIWZ.

Dla Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty miało być zestawienie ze sobą dwóch rozłącznych parametrów. W przypadku poz. 2 tabeli jest określone wymaganie w zakresie ilości warstw jakie posiada oferowany aparat - tj. wymóg dotyczy konieczności zaoferowania tomografu umożliwiającego uzyskanie min. 128 warstw w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor w skanie spiralnym i sekwencyjnym w polu widzenia min. 50 cm.

Natomiast parametr, o którym mowa w poz. 26 Załącznika dotyczy wyłącznie zaoferowania aparatu, w którym maksymalny zakres współczynnika pitch nie jest mniejszy niż 0,56-1,45. Inaczej mówiąc ma być to zakres wartości jednocześnie mniejszej od 0,56 i jednocześnie większy od 1,45 a zatem jest wprost zgodny z SIWZ.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający odrzucając ofertę odwoływał się do treści rozdz. IV §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 (tj. Dz.U. 2017 poz. 884) [Rozporządzenie] a zgodnie z powołanym Rozporządzeniem – cyt. :

2. Podczas dokonywania diagnostycznych badań za pomocą rentgenowskiego tomografu komputerowego, poza wymaganiami określonymi w ust. 1, należy:

- 1) w technice spiralnej z istniejących danych rekonstruować obraz warstw pośrednich zamiast wykonywania dodatkowych obrazów;
- 2) w technice spiralnej zapewnić, aby stosunek skoku spirali do szerokości wiązki był nie mniejszy od jedności;

Powołane Rozporządzenie w cyt. fragmencie wskazuje jedynie, że w technice spiralnej należy zapewnić, aby stosunek skoku spirali do szerokości wiązki był nie mniejszy od jedności. Rozporządzenie nie wskazuje przy tym na ograniczenie odnoszące się do uzyskania powyższego parametru w konkretnej/ograniczonej wielkości pola obrazowania czy też, że parametr ma dotyczyć każdej wielkości pola obrazowania aparatu czy nawet warstwowości. W szczególności Rozporządzenie nie wspomina o wymogu aby parametr musiał być stosowany przy określonej wielkości pola obrazowania np. wynoszącego min. 50cm.

Konsekwentnie także w SIWZ Zamawiający w powołanej poz. 26 opisując treść wymagania nie wiąże wymogu z zapewnieniem uzyskania parametru w maksymalnej dostępnej dla aparatu wielkości pola obrazowania (50cm to wartość maksymalna takiego pola w polu skanowania).

6. Uwzględnienie odwołania - orzeczenie KIO w sprawie Sygn. akt: KIO 538/21 z dnia 29 marca 2021 r. Oferta Odwołującego zgodna z SIWZ.

Wobec powyższej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust1 pkt 2 Pzp Odwołujący wniósł do Izby odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu w sprawie Sygn. akt: KIO 538/21 z dnia 29 marca 2021 r. odwołanie w całości uwzględniła.

KIO jednoznacznie potwierdziła zgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ, Izba wskazała, że 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.

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 luką w dokumentacji”*

Izba w uzasadnieniu orzeczenia podkreśliła 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 zastrzeżę”

KIO ustaliła zatem również, że Zamawiający był w swoich czynnościach konsekwentny i dokonywał świadomych czynności w zakresie sposobu opisanego przedmiotu zamówienia. Izba podkreśliła przy tym 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 podkreśliła 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

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 (tj. Dz.U. 2017 poz. 884)

Izba podzieliła również argumentację odwołującego, że 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 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 z złożonych w trakcie rozprawy oświadczeń innych aktualnych użytkowników zaoferowanego aparatu-szpitali a także zostało dodatkowo dowiedzione za pomocą przedłożonych wyników pomiarów.

7. Ocena ofert po unieważnieniu odrzucenia oferty K&P.

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.br. 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 – punktacja poniżej:

Wykonawca	Punkty przyznane ofertom		
	cena	ocena techniczna	razem
TMS Sp. z o. o. ul. Wiernicza 84 02-952 Warszawa	59,07	32,67	91,74
GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Wołoska 9, 02-583 Warszawa	60,00	34,50	94,50
K&P Medical Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Belgijska 11 lok. 12 02-511 Warszawa	56,59	40,00	96,59

W załączeniu zestawienie z przedstawiające szczegóły punktowania w kryterium oceny technicznej.

8. Unieważnienie postępowania.

Zamawiający czynnością z dnia 16.04.br. dokonał, zamiast wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z powyższą punktacją, unieważnienia postępowania powołując się jednocześnie na art. 93 ust 1 pkt 6 jak i 7 Pzp.

Zamawiający wskazuje na następujące uzasadnienie decyzji o unieważnieniu przetargu:

- *opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób niejednoznaczny, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie niezgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp.*

Odwołujący 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, nie budzący 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.

Nie potrafiąc odnaleźć jakiegokolwiek faktycznej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający uznał, że jedyną możliwością nieudzielenia zamówienia na rzecz Odwołującego będzie już tylko unieważnienie postępowania.

Podkreślić należy, że 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 zał. 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 Izba, a w ślad za nią Odwołujący, potwierdzają profesjonalny charakter zarówno Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający identyfikuje swoje wymagania odnośnie 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

poła skanowania. Zdaniem Odwołującego opis jest kompletny i spójny. Wymaganie na jakie powołuje się aktualnie Zamawiający, jako pominięte, miałyoby – 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 jednego 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 połowie w zakresie dotyczącym spornego parametru, co jest w ocenie 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. 70cm, 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 aktualny 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, 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 miały 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.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z 10.02.br. wskazuje wprost:

Formułując te wymagania zamawiający kierował się treścią rozdz. IV §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 (tj. Dz.U. 2013 poz. 1015, ze zmian):

„Podczas dokonywania diagnostycznych badań za pomocą rentgenowskiego tomografu komputerowego, poza wymaganiami określonymi w ust. 1, należy:

1) w technice spiralnej z istniejących danych rekonstruować obraz warstw pośrednich zamiast wykonywania dodatkowych obrazów;

2) w technice spiralnej zapewnić, aby stosunek skoku spirali do szerokości wiązki był nie mniejszy od jedności;”

I stąd KIO w orzeczeniu kwestię powyższą badała i jednoznacznie ustaliła (s. 10/11 orzeczenia), stwierdzając wprost:

Izba podzieliła również argumentację odwołującego, że 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

10

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.

Także protokół z rozprawy przed KIO w przywołanej sprawie potwierdza stanowisko pełnomocnika Zamawiającego w tej kwestii (s.4):

Pełnomocnik dodaje, że być może urządzenie spełnia warunki rozporządzenia, ale nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie parametrów na wymaganym polu obrazowania. Nie

Co więcej także pełnomocnik Przystępującego po stronie Zamawiającego GE potwierdził, że nie kwestionuje zgodności aparatu Siemens z Rozporządzeniem(s.5)

Pełnomocnik dodaje, że nie kwestionuje jakoby uprzedzenie odwołującego było sprzeczne z rozporządzeniem MZ, które nie określa opisu parametrów, parametry zostały wskazane jedynie w SIWZ.

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.

9.Podstawa unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp

Zamawiający podnosi w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania, że:

„W ocenie zamawiającego, do istotnej zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć w dniu ogłoszenia postępowania, doszło w konsekwencji orzeczenia KIO z dnia z dnia 29 marca 2021 r, nakazującego zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty K&P Medical Group Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy.”

Odwołujący wskazuje, 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 Zamawiającego a jedynie potwierdziła, że aparat spełnia wymagania Zamawiającego.

Nie może być zatem w tej sytuacji mowy 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.

Celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (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

unieważnienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek unieważnienia (exceptiones non sunt extendendae).

Orzecznictwo wskazuje, że 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 prowadziłyby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu.

KIO podkreśla także dodatkowo, że 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 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 Pzp 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.

Należy wskazać, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową, której zastosowanie możliwe jest w ściśle określonych przypadkach a ustawodawca w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp 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 inie 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 Pzp 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 Pzp, 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 jakimukolwiek 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 Pzp, 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.

Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nieodzowne jest ponadto 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

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.

9. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp

Zamawiający dodatkowo powołuje się na podstawę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp. Uzasadnieniem dla unieważnienia na tej podstawie prawnej ma być:

zamawiający wskazuje, że skutkiem obecnych zapisów SIWZ jest fakt, że złożone oferty są nieporównywalne Dla dwóch wykonawców składających ofertę w postępowaniu związek między pitch a polem widzenia był oczywisty i niewątpliwy. Zdecydowali zatem o zaoferowaniu urządzenia, które osiągają wskazane wartości pitch w polu widzenia 50 cm. Wykonawca K&P Medical Group Sp. z o.o. tego związku nie widział, czytając wymagania w ramach załącznika nr 2a literalnie i niezależnie od siebie.

Zamawiający wskazuje ponadto, że jak wynikać ma z powołanego przez niego orzecznictwa Izby *dopuszczenie różnych możliwości rozumienia dokumentacji zamówienia powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert. Takie postępowanie nie zapewnia równego traktowania wykonawców i w ocenie Izby prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, uniemożliwiając wybór oferty najkorzystniejszych zgodnie z przepisami ustawy.*

Zamawiający cytując orzeczenie Izby wskazał, że w konsekwencji *stwierdzenie przez Izbę wady w postaci niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w stopniu uniemożliwiającym złożenia porównywalnych ofert, doprowadziło do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.*

Odwołujący wskazuje, że w świetle przesłanki unieważnienia z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, 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 konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć następujące okoliczności:

- 1) musi wystąpić wada postępowania,
- 2) wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- 3) niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
- 4) zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6.

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 Pzp – 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 orzeczeniu 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 podkreśla się w orzecznictwie – tak wyrok KIO z 4.10.2012 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 (zob. wyrok KIO z 6.03.2014 r., KIO 264/14; KIO 344/14, LEX nr 1438452).

W przedmiotowej sprawie okoliczności takie nie występują i nie zostały przez Zamawiającego wykazane.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

- odpis dokumentów rejestrowych Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.