

Sygn. akt: KIO/KD 10/23

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 18 maja 2022 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 28 kwietnia 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 kwietnia 2023 r. (znak: KND/74/22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa gazów medycznych i technicznych wraz z dzierżawą butli, zbiornika tlenu ciekłego, urządzeń do podawania tlenu azotu oraz wózków i zaworów dozujących nr DZPUCK.262.009.2022, w zakresie części nr 8”,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Członkowie : **Izabela Niedziałek – Bujak**  
**Ewa Sikorska**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa gazów medycznych i technicznych wraz z dzierżawą butli, zbiornika tlenu ciekłego, urządzeń do podawania tlenu azotu oraz wózków i zaworów dozujących nr DZPUCK.262.009.2022, w zakresie części nr 8”.

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy PZP a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie części 8 jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo braku ku temu przesłanek.

W uzasadnieniu Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania następuje, jeżeli wystąpią łącznie podane w nim okoliczności, tj. postępowanie obarczone jest wadą, wada ta jest niemożliwa do usunięcia, wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP umowa podlega unieważnieniu jeżeli Zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż wada części 8 ww. postępowania była niemożliwa do usunięcia, gdyż po otwarciu ofert Zamawiający nie dysponował żadnym narzędziem mogącym zmodyfikować popełniony błąd. Dlatego podjęta została decyzja o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zdaniem Zamawiającego dalsze procedowanie byłoby procedowaniem wadliwym, a zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu, z uwagi na naruszenie art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że w okolicznościach analizowanej sprawy nie jest sporne, iż po otwarciu ofert nie było możliwe dokonanie zmiany w formularzu asortymentowo-cenowym. Kwestią, którą należy poddać analizie jest wykazanie przez Zamawiającego, że postępowanie, z uwagi na błąd w Załączniku nr 2 do SWZ — Formularz asortymentowo - cenowy, część nr 8 dot. DSK, w kol. nr 5, tj. polegający na błędnym wpisaniu w nagłówku „Ilość gram/butlo-doby/opfat/kpl.” zamiast „Ilość butli/butlo-doby/opłat/kpl.” oraz w kolumnie nr 6 „Cena jednostkowa netto PLN za gram/butlo-dobę/opłatę/kpl. ” zamiast „Cena jednostkowa netto PLN

za butlę/butlo-dobę/opłatę/kpl.", obarczone jest wadą, która stosownie do przepisów ustawy Pzp, powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania.

Z treści zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 29 marca 2022 r. wynika, że ww. błąd doprowadził do niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu w zakresie ilości zaoferowanych butli tlenu azotu (wiersz nr 1). Do wyliczenia rzeczywistej ilości oferowanych butli tlenu azotu medycznego, Wykonawca winien posłużyć się wzorem zamieszczonym pod tabelą, uwzględniając parametry oferowanych butli, stężenie tlenu azotu i podane przez Zamawiającego zapotrzebowanie w gramach.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w Załączniku nr 2 do SWZ — Formularz asortymentowo - cenowy, część nr 8 dot. DSK w kolumnie 3 wskazał gramy, a nie butle jako jednostkę miary dla pozycji Tlenek azotu medyczny w butlach 10 L ( 800 ppm, 155 bar) \*\*. Tym samym, jednostka miary podana w kolumnie 5 i 6 tj. gram/butlo-dobę/opłatę/ kpl. wynika z zapisów formularza i nie powinna w tym wypadku budzić wątpliwości.

Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. w sposób prawidłowy, zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ dokonał obliczenia ceny za gram uzupełniając formularz w następujący sposób:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Nazwa handlowa oferowanego produktu, nazwa producenta oraz (Nr katalogowy o ile dotyczy)	Jednostka miary	Ilość na 36 miesięcy	Ilość gram / butlo - doby /opłata/ kpl.	Cena jednostkowa netto PLN za gram/butlo - dobę/opłatę/ kpl.	Wartość netto PLN (kol. 5x6)	Stawka VAT %	Wartość VAT PLN	Wartość brutto PLN (kol. 7 z VAT)
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
1	Tlenek azotu medyczny w butlach 10 L ( 800 ppm, 155 bar) **	<b>/Tlenek azotu Messer/ Messer Austria GmbH/ /nr 103792108/</b>	gram	196 ***	<b>196</b>	<b>2.393,08</b>	<b>469.043,68</b>	8%	<b>37.523,49</b>	<b>506.567,17</b>
2	Dzierżawa butli 10 litrowych z tlenkiem azotu medycznym (15 szt)	<b>/dzierżawa butli z tlenkiem azotu/ Messer Polska Sp. z o.o./ /nr 10824/</b>	butlo/dob a	16 425	16 425	<b>0,50</b>	<b>8.212,50</b>	8%	<b>657,00</b>	<b>8.869,50</b>

3	Dzierżawa 6 sztuk urządzeń do podawania tlenu azotu medycznego, o parametrach zgodnych z zapisami SWZ *	<b>/NOXtec 1000/ /Ingeniería y Técnicas Clínicas, S.A./ /nie dotyczy/</b>	opłata miesięczna za dzierżawę jednego urządzenia	216 m-cy	216	<b>3.600,00</b>	<b>777.600,00</b>	8%	<b>62.208,00</b>	<b>839.808,00</b>
4	Element jednorazowy konieczny do podłączenia urządzeń NO do respiratora i pacjenta	<b>/jednorazowy zestaw dla pacjenta/ /Ingeniería y Técnicas Clínicas, S.A./ /nie dotyczy/</b>	kpl.	360	360	<b>310,00</b>	<b>111.600,00</b>	8%	<b>8.928,00</b>	<b>120.528,00</b>
Razem:							<b>1.366.456,18</b>	x	<b>109.316,49</b>	<b>1.475.772,67</b>

Prezes UZP wskazał, że Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. na stronie nr 4 formularza ofertowego wskazał, w jaki sposób dokonane zostały wyliczenia: zgodnie z wzorem zamieszczonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 w części 8, do obliczenia ceny za 1 gram tlenu azotu medycznego przyjęto 94 szt. pełnych butli 101 Tlenku azotu Messer 800 ppm 200 bar — w cenie 5000,00 zł netto/ szt. Tym samym, możliwe było prawidłowe, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyrażonym w SWZ uzupełnienie formularza asortymentowo - cenowego. W konsekwencji, zgodnie z zapisami SWZ oferta Wykonawcy Linde Gaz Polska Sp. z o.o., który w kolumnie 5 wpisał liczbę 130 (w domyśle Zamawiającego liczbę butli) zamiast wymaganej przez Zamawiającego w formularzu liczby gram (196) była niezgodna z zapisami SWZ i powinna podlegać odrzuceniu, a jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Wykonawcy Messer Polska Sp. z o.o., który w sposób prawidłowy uzupełnił formularz asortymentowo-cenowy.

W świetle powyższego, w ocenie Prezesa UZP, nie sposób uznać, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało obciążone wadą polegającą na braku możliwości porównania złożonych ofert w związku z nieprawidłowym skonstruowaniem formularza asortymentowo-cenowego. Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający nie wykazał, iż przyjęta konstrukcja formularza asortymentowo — cenowego była niezgodna z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 99 ust. 1. Jednocześnie Prezes UZP zauważył, że przesłanka unieważnienia umowy o zamówienie publiczne określona art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczy naruszenia przez zamawiającego obowiązków dotyczących publikacji ogłoszeń. Zgodnie z ww. przepisem, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z

naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Należy zauważyć, iż w przepisie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie występują dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz jest jedna przesłanka, obejmująca dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy.

Prezes UZP wskazał, że w myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach.

W ocenie Prezesa UZP, w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do uznania, że zapisy SWZ spowodowały, iż nie było możliwe porównanie złożonych przez Wykonawców ofert. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, możliwe było prawidłowe wypełnienie formularza asortymentowo-cenowego i wyliczenie rzeczywistej ilości oferowanych butli tlenu azotu medycznego, co uczynił Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. W postępowaniu nie wystąpiła również żadna z przesłanek wymienionych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, a dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z faktem, iż w przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane, aby wystąpiła wada postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp, unieważnienie postępowania w zakresie części 8 przez Zamawiającego należy uznać za pozbawione podstaw prawnych. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może bowiem nastąpić jedynie w okolicznościach przewidzianych w ustawie Pzp, a takie okoliczności w analizowanej sprawie nie zostały wykazane. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku ku temu przesłanek.

Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. wniósł zastrzeżenia. Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach zakwestionował wynik kontroli w całości wskazując, że nie zgadza się z ustaleniami zawartymi w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i uważa je za błędne, gdyż opierają się na przeświadczeniu, iż oferta złożona przez Wykonawcę Messer Polska Sp. z o.o. zgodnie z literalnym brzmieniem opisu w tabeli jest prawidłowa i spełnia wszystkie oczekiwania Zamawiającego wyrażone w SWZ. Tymczasem ta oferta nie jest prawidłowa i zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ, w szczególności w Formularzu asortymentowocenowym dla Części 8 zamówienia, gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał swoje zapotrzebowanie na tlenek azotu medycznego wyrażone w gramach, które powinno być przeliczone na masę całkowitą użytkową NO zamówienia [g]. Wynika to z tego, iż zamawiany gaz jest dostarczany i użytkowany w butlach, którą mogą mieć różność objętość, a także masę, stężenie i ciśnienie gazu (...) przy czym w wyniku zużycia zawsze w tych butlach części gazu pozostaje i nie jest możliwe ich opróżnienie w całości, bądź grozi ono bezpośrednim zagrożeniem życia pacjenta (terapia urządzeniem zostaje zatrzymana). Stąd, aby Zamawiający mógł otrzymać i wykorzystać wymaganą masę użytkową gazu (kolumna 4 Formularza asortymentowo-cenowego), nominalna wartość gazu umieszczonego w nabywanych butlach musi być odpowiednio wyższa, aby uwzględnić część pozostającą (resztkową) w z zużytych butlach, której nie da się wykorzystać a jest konieczna z uwagi na bezpieczeństwo życia i zdrowia pacjenta. (...) Ilość gazu, który pozostaje w butlach w trakcie terapii (resztkowa), zależy przy tym od parametrów techniczno – użytkowych urządzenia do jego podawania. Stąd, aby Zamawiający mógł otrzymać docelową masę użytkową zamawianego gazu, zawartość tego gazu w nabywanych butlach musi być odpowiednio większa. Konieczne jest zatem przeliczenie jaka (odpowiednio większa) masa gazu w gramach musi być dostarczona, aby Zamawiający otrzymał docelowo wymaganą wartość użytkową, do czego niezbędne jest przeliczenie wymaganej wartości wyrażonej w gramach na butle o konkretnych parametrach (w trakcie pracy z urządzeniem) aby zgodnie z oczekiwaniami ustawy Pzp oferta była porównywalna, a przedmiot zamówienia był opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do wyliczenia tejże ilości butli służył wzór stanowiący integralną część formularza asortymentowo – cenowego.

Zamawiający mając na uwadze powyższe wskazał, że Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. nie dokonał wskazanego przeliczenia w oparciu o podany wzór, a w kolumnie 5 Formularza asortymentowo – cenowego przepisał wymaganą masę użytkową gazu z kolumny 4, co oznacza, że oferta Wykonawcy jest nieprawidłowa i nie spełnia oczekiwań Zamawiającego

wyrażonych w SWZ i nie jest porównywalna z innymi możliwymi ofertami. Jak podniósł Zamawiający: Gdyby bowiem Messer Polska Sp. z o.o. dostarczył Zamawiającemu gaz w butlach o nominalnej masie 196 gram, to Zamawiający nie mógłby wykorzystać części z tej wartości, która pozostałaby w butlach, taki ubytek wynosi bliżej nie określoną wartość, ponieważ przedłożona karta katalogowa urządzenia o nazwie własnej NOXtec 1000 nie pozwala na weryfikację do jakiego poziomu ciśnienia (bary) można bezpiecznie prowadzić terapię tlenkiem azotu. Przykładowo Zamawiający posiada wiedzę, że urządzenie innego dostawcy dostępne na rynku pozwala na bezpiecznie i zgodne z zaleceniami wytwórcy do poziomu 14 bar. Przy założeniu, że podobną wartością cechuje się urządzenie NOXtec (hipotetycznie) to przedłożony wzór stanowiący integralną część formularza narzucałby konieczność zaoferowania 99 butli o parametrach przedstawionych w ofercie firmy Messer. Jednak oferta ta nie wskazuje tej wartości i Zamawiający nie mógł dokonać jej oceny pod kątem zgodności z SWZ oraz swoimi oczekiwaniami. W świetle błędnych opisów w rubrykach Formularza asortymentowocenowego Zamawiający uznaje jednak, że mógł się do powyższego błędu przyczynić, czyniąc postępowanie obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, stąd nie zdecydował się na odrzucenie oferty tego Wykonawcy. Nie mógł jej jednak również przyjąć.

Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy Linde Gaz Polska Sp. z o.o. odpowiadała zapotrzebowaniu Zamawiającego na wymaganą masę użytkową gazu, ale nie odpowiadała literalnemu oznaczeniu w formularzu asortymentowo – cenowym w związku z czym, Zamawiający nie mógł przyjąć tej oferty. Natomiast w ofercie Wykonawcy Messer Polska Sp. z o.o. niewiadomą stanowi poziom ciśnienia przy którym konieczną wedle zaleceń producenta urządzenia do podawania NO jest wymiana butli. Powyższe w opinii Zamawiającego oznacza, że błędny opis tabelki - Formularz asortymentowo-cenowy spowodował błędy w ofertach obu Wykonawców, gdyż były one oparte na innych parametrach i wobec tego nieporównywalne, wobec czego wybór któregośkolwiek z Wykonawców byłby dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz potrzebami Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że jego intencją było uzyskanie ceny jednostkowej za 1 butlę i łącznej za wskazaną ilość butli, gdyż dostawa gazu odbywa się w butlach, zawierających określoną ilość gazu. (...) Ponieważ zaś różne butle mają różne możliwości napełnienia gazem (ze względu na ich parametry techniczne) i późniejszego ich opróżnienia w oparciu o parametry niezbędnego do podawania w nich tlenu azotu urządzenia (zawsze część niewykorzystanego gazu „resztkowego” w pewnym procencie pozostaje w butli), Zamawiający wskazał wzór, dzięki któremu Wykonawcy mieli obliczyć ile gazu pomieści dana butla i ile z niej będzie wykorzystane z wykorzystaniem oferowanego urządzenia. Wzór ten miał spowodować przeliczenie wymaganej ilości gazu podanej w gramach na butle z uwzględnieniem m.in. ciśnienia początkowego butli i ciśnienia wymiany

butli. Różni Wykonawcy oferują urządzenia w których butle są o innym zalecanym przez producenta urządzeniu ciśnieniu wymiany butli, np. u jednego Wykonawcy ciśnienie wymiany butli może wynosić 3 bary, u drugiego 14 barów. Przekłada się to na możliwość większego opróżnienia butli z gazu i w związku z tym powoduje mniejsze straty, gdyż Zamawiający nie zwraca butli wypełnionej jeszcze w kilku procentach gazem, za który de facto zapłacił. Innymi słowy, Wykonawca, stosując wzór, musi uwzględnić efektywne ciśnienie butli we współpracy z oferowanym urządzeniem, które będzie możliwe do wykorzystania przez Zamawiającego oraz objętość butli i stężenie gazu, co daje możliwość wyliczenia ilości gazu w butli a następnie wyliczenia ceny butli z daną ilością gazu. Dzięki temu Zamawiający miałby możliwość porównania ofert złożonych przez różnych Wykonawców i uniknąłby naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz konieczności unieważnienia postępowania ze względu na wadę jaką zostało ono obarczone. Jak wskazał Zamawiający: ze złożonych ofert jasno wynika, że oferta Linde Gaz Polska Sp. z o.o. dotyczyła gazu umieszczonego w konkretnych butlach, a oferta Messer Polska Sp. z o.o. „czystego” gazu w gramach, co w żadnym razie nie jest tożsame, a już na pewno nie da się porównać.

Zamawiający odniósł się również do treści Formularza ofertowego Wykonawcy Messer Polska Sp. z o.o., w którym na stronie 4 wskazano, że do obliczenia ceny za 1 gram tlenu azotu medycznego przyjęto 94 sztuki pełnych butli 10l tlenu azotu Messer 800 ppm 200 bar w cenie 5000 zł netto/sztuka nie podzielając stanowiska, że na tej podstawie możliwe było prawidłowe, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyrażonym w SWZ, uzupełnienie Formularza asortymentowo - cenowego. Dopisek ten jest bowiem dla Zamawiającego wątpliwy, gdyż podana cena za butlę nie pokrywa się z wartością wskazaną w Formularzu asortymentowo-cenowym za 196 gram gazu (z wyliczenia wynika że 94 sztuk pełnych butli w cenie 5000 zł netto/szt. to 470 000,00 zł netto i 507 600,00 zł brutto, zaś w Formularzu asortymentowo – cenowym Wykonawca podał cenę za 196 gram - 469 043,68 netto i 506 567,17 brutto). De facto Wykonawca przedstawił Zamawiającemu dwie różne kwoty za oferowany asortyment. Ponadto wyliczenie to jest niemożliwe do weryfikacji na podstawie przedłożonej oferty firmy Messer ponieważ jak wspomniano już wcześniej, przedłożona karta katalogowa urządzenia o nazwie własnej NOXtec 1000 nie pozwala na weryfikację do jakiego poziomu ciśnienia (bary) można bezpiecznie prowadzić terapię tlenkiem azotu. Zamawiający winien dostać ofertę jasno wskazującą parametry i pozwalającą obliczyć niezbędne dane a nie dokonywać skomplikowane obliczenia matematyczne w oparciu o różne dane przedłożone w różnych nie dedykowanych ku temu miejscach oferty. W ocenie Zamawiającego świadczy to o tym, że wypełniając kolumnę 10 w Formularzu ofertowo-cenowym Wykonawca świadomie pomnożył ilość gazu, wpisaną przez siebie w kolumnie 5, przez wartość wpisaną przez siebie w kolumnie 6 (potwierdza to prawidłowo wpisany wynik tego mnożenia) i nie zastosował wzoru



wymaganego przez Zamawiającego a na pewno w żaden sposób tego nie udowodnił, nie potwierdzając kluczowej do przeliczenia ilość butli danej – ciśnienia opróżnienia butli (ciśnienie resztkowe). Niezrozumiałe jest zatem dla Zamawiającego, w jaki sposób miałby on w tej sytuacji, zgodnie z przepisami Pzp (a zwłaszcza art. 223 ust. 2 Pzp) zmienić wprowadzone przez Wykonawcę zapisy w Formularzu asortymentowo-cenowym, na podstawie bliżej nie określonych obliczeń Ponadto, Zamawiający wskazał, że ma wątpliwości czy rzeczywiście powyższy dopisek jest wynikiem prawidłowego wyliczenia niezbędnej liczby butli wg wskazanego przez Zamawiającego wzoru, czy też jest efektem prostego podzielenia ilości tlenu azotu, na którą zapotrzebowanie zgłosił Zamawiający, przez nominalną ilość tlenu azotu w podanych butlach (w zaokrągleniu do pełnych butli). Powyższe wątpliwości wynikają już z wielokrotnie wspomnianej niewiadomej jaką jest parametr oferowanego urządzenia do podaży tlenu azotu stanowiącego ofertę firmy Messer – tj. ciśnienie przy jakim należy wymieniać butle.

Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. nie skorzystał z możliwości wniesienia odwołania do KIO, co do zasady, czynią Wykonawcy przy tak spornych kwestiach Wykonawcy, jeżeli są przekonani o słuszności swoich zarzutów. Reasumując Zamawiający stwierdził, że podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp było w powyższych okolicznościach prawidłowe, gdyż postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie unieważnienie postępowania umożliwiło złożenia prawidłowych ofert w przyszłym postępowaniu, zapewniając równe traktowanie dla wszystkich Wykonawców z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Prezes UZP pismem z dnia 11 maja 2023 r. poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględnia wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli. Odnosząc się do zarzutów przywołanych przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach opiera swoją argumentację na twierdzeniu, zgodnie z którym oferta Wykonawcy Messer Polska Sp. z o.o. nie jest prawidłowa i zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ, w szczególności w Formularzu asortymentowo - cenowym dla Części 8 zamówienia oraz na niezgodności złożonej przez ww. Wykonawcę oferty z intencją Zamawiającego tj. uzyskaniem *ceny jednostkowej za 1 butlę i łącznej za wskazaną ilość butli, gdyż dostawa gazu odbywa się w butlach, zawierających określoną ilość gazu*. Zdaniem wnoszącego zastrzeżenia: Do wyliczenia tejże ilości butli służył wzór stanowiący integralną część formularza asortymentowo – cenowego. *W niniejszej sprawie*

Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. nie dokonał powyższego przeliczenia w oparciu o przedłożony wzór, lecz w kolumnie 5 Formularza asortymentowo-cenowego przepisał wymaganą masę użytkową gazu z kolumny 4. Oznacza to, że oferta tego Wykonawcy nie jest prawidłowa i nie spełnia oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w SWZ, a przede wszystkim nie jest porównywalna z innymi możliwymi ofertami.

Odnosząc się do powyższego należy, Prezes UZP, w ślad za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej* zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający w Załączniku nr 2 do SWZ – *Formularzu asortymentowo – cenowym*, część nr 8 dot. DSK w kolumnie 3 wskazał gramy, a nie butle jako jednostkę miary dla pozycji *Tlenek azotu medyczny w butlach 10 L (800 ppm, 155 bar)\*\**. Zapisy formularza jasno wskazywały na 196 gram produktu, tabela nie zawierała kolumny dotyczącej ilości butli. Jednostka miary podana w kolumnie 5 i 6 tj. gram/butlo-dobę/opłatę/kpl. jasno wynika z zapisów formularza asortymentowo – cenowego i nie budzi wątpliwości. Tym samym jednostka miary i sposób wypełnienia tabeli przez Wykonawcę Messer Polska Sp. z o.o. wynika z zapisów formularza i wyrażonych w nim oczekiwań Zamawiającego.

W ocenie Prezesa UZP nie budzi wątpliwości to, że zgodnie z zapisami SWZ oferta Wykonawcy Linde Gaz Polska Sp. z o.o., który w kolumnie 5 wpisał liczbę 130 (w domyśle Zamawiającego liczbę butli) zamiast wymaganej przez Zamawiającego w formularzu liczby gram (196) była niezgodna z zapisami SWZ i powinna podlegać odrzuceniu. Odnosząc się do podniesionej w zastrzeżeniach kwestii zaoferowania przez Wykonawcę Messer Polska Sp. z o.o. gazu w butlach o nominalnej masie 196 gram i ubytku w butlach którego Zamawiający nie mógłby wykorzystać, a który to (...) *ubytek wynosi bliżej nie określoną wartość, ponieważ przedłożona karta katalogowa urządzenia o nazwie własnej NOXtec 1000 nie pozwala na weryfikację do jakiego poziomu ciśnienia (bary) można bezpiecznie prowadzić terapię tlenkiem azotu (...)* Prezes UZP stwierdził, że Załącznik nr 2a do SWZ *Formularz wymaganych warunków technicznych (dot. Formularza asortymentowo-cenowego – Część nr 8, poz. 3)* wyglądał w sposób następujący:

L.p.	Opis oferowanych parametrów	Parametr wymagany/ odpowiedź wymagana	Odpowiedź (wypełnia Wykonawca)
	<b>PARAMETRY</b>		
1.	Aparat zapewnia stabilne, ustawione przez użytkownika podawanie tlenu azotu (NO) oraz monitorowanie jego stężenia w czasie wentylacji mechanicznej	TAK	..... (Również należy podać dokładność podawania) .....

2.	Aparat umożliwia śledzenie kształtu fali respiratora oraz dostarczanie zsynchronizowanej i proporcjonalnej dozy tlenu azotu (śledzi kształt fali oddechowej, automatycznie dostosowuje się do krzywej oddechowej pacjenta.)	TAK	.....
3.	Aparat posiada zintegrowany system awaryjnego podawania NO (przypadku awarii systemu podawania)	TAK	.....
4.	Współpracuje z butlami o stężeniu tlenu azotu w zakresie od 400 do 800 ppm	TAK	..... (Również należy podać stężenie NO) .....
<b>Funkcje każdego zestawu</b>			
5.	Dozowanie dopływu NO do układu oddechowego respiratora poprzez elektroniczny regulator przepływu NO. (automatycznie dostosowuje się do ustawień respiratora i krzywej oddechowej pacjenta)	TAK	.....
6.	Monitorowanie NO, NO <sub>2</sub> , O <sub>2</sub>	TAK	.....
7.	Obrazowanie wyników pomiarów na wyświetlaczu w tym NO, NO <sub>2</sub> , O <sub>2</sub> .	TAK	.....
8.	Manometr wskazujący ciśnienie w butli (umożliwia oszacowanie pozostałej ilości gazu w butli)	TAK	.....
9.	Wbudowany akumulator na minimum 2 godz. pracy urządzenia	TAK	.....
10.	Alarm przekroczenia i spadku nastawionej dawki/stężenia NO	TAK	.....
11.	Alarm przekroczenia stężenia NO <sub>2</sub>	TAK	.....
12.	Alarm spadku stężenia O <sub>2</sub>	TAK	.....
13.	Alarmy dźwiękowe wraz z komunikatem wyświetlanym na monitorze	TAK	.....
<b>Zasilanie</b>			
14.	Zasilanie elektryczne 220-240V przy 50/60 Hz	TAK	.....
<b>Wyposażenie każdego zestawu</b>			
15.	Wózek do ustawienia zestawu dwóch butli z NO (butle nie są przedmiotem dostawy)	TAK	.....
16.	Reduktor do butli NO z szybkozłączką – 2 szt.	TAK	.....
17.	Wąż zasilający z szybkozłączką, łączący reduktor z zestawem dozującym – 2 szt.	TAK	.....

18.	Miejsce z uchwytem na dwulitrową butlę O <sub>2</sub> ze zintegrowanym zaworem	TAK	.....
<b>Podawanie NO</b>			
19.	Podawanie NO tylko gdy istnieje przepływ w obwodzie oddechowym	TAK	.....
20.	<p><u>Współpraca z respiratorami:</u>  Sensor Medics 3100A i 3100B,  Fabian (wszystkie wersje w tym HFO), Draeger (EvitaVN500, Evita 4/XL, Babylog 8000 i 8000 plus, Infinity VN 900), Servo-i/s Maquet;</p> <p><u>i Aparatami do znieczulenia:</u>  Avance CS<sup>2</sup> GE,  Maquet iFlow 40,  Draeger Julian,  Primus,  Ohmeda Aestiva.</p>	TAK	.....
21.	Zmiana butli zasilającej układ gwarantująca ciągłość terapii bez zaniku dozowania NO.	TAK	.....
<b>Dodatkowe wymagania</b>			
22.	Kalibracja i przeglądy techniczne wszystkich urządzeń wykonywane zgodnie z zaleceniami producenta i nie rzadziej niż z częstotliwością określoną przez producenta.	TAK	..... <i>podać</i> ..... <i>(Również należy częstotliwość kalibracji)</i> .....
23.	<p>Szkolenia użytkowe dla personelu medycznego (40 osób) wykonane przed rozpoczęciem eksploatacji urządzenia w siedzibie Zamawiającego – dwa lub trzy terminy szkoleń, które zostaną przeprowadzone w okresie do dwóch tygodni po podpisaniu protokołu odbioru.</p> <p>Zakres szkolenia obejmuje omówienie wszystkich funkcji aparatu, zastosowanie ich w praktyce, oraz zasady prawidłowego używania urządzenia.</p>	TAK	.....
24.	Jednorazowe, pełne szkolenie techniczne wraz z certyfikatem dla pracowników Działu Aparatury Medycznej (4 osoby) z obsługi technicznej, konserwacji i wstępnej diagnostyki uszkodzeń, przeprowadzone w siedzibie Zamawiającego w okresie do 2 miesięcy po podpisaniu protokołu odbioru.	TAK	.....

Formularz nie zawierał więc kolumny dotyczącej ww. parametrów tj. ciśnienia początkowego oraz ciśnienia wymiany butli ani do jakiego poziomu ciśnienia (bary) można bezpiecznie prowadzić terapię tlenkiem azotu. Należy wskazać, iż ww. *Formularz wymaganych warunków technicznych* został wypełniony przez Wykonawcę Messer Polska Sp. z o.o. w sposób wymagany przez Zamawiającego.

W ocenie Prezesa UZP, mając na uwadze fakt, że Zamawiający nie wymagał w Załączniku nr 2 do SWZ *Formularz asortymentowo–cenowy* oraz Załączniku nr 2a do SWZ *Formularz wymaganych warunków technicznych* podania wszystkich danych służących do dokonania obliczeń za pomocą zamieszczonego pod Formularzem asortymentowo-cenowym wzoru nie można stwierdzić lub domniemać, że obliczenia Wykonawcy Messer Polska Sp. z o.o. wykonane zostały w sposób nieprawidłowy i nie wskazują na masę użytkową gazu.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że jego intencją było uzyskanie ceny jednostkowej za jedną butlę, a nie za gram gazu, Prezes UZP wskazał, iż nie wynika to ani z zapisów SWZ ani z formularza asortymentowo-cenowego. Jak wynika z zapisów kolumny 3 i 4 Formularza asortymentowo-cenowego *Ilość na 36 m-cy* wynosiła 196 gram, taką też ilość gram, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, zaoferował Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o., wskazując na stronie 4 Formularza ofertowego w jaki sposób zostały dokonane wyliczenia: *zgodnie z wzorem zamieszczonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 w części 8, do obliczenia ceny za 1 gram tlenu azotu medycznego przyjęto 94 szt. pełnych butli 10l Tlenku azotu Messer 800 ppm 200 bar – w cenie 5000,00 zł netto/ szt.*

Powyższe obliczenia ceny za butlę, przedstawione na stronie 4 Formularza asortymentowo – cenowego, zostały również poddane analizie przez Zamawiającego, który wskazał, iż nie pokrywa się ona z wartością wskazaną w Formularzu asortymentowo-cenowym za 196 gram gazu:

- 94 szt. pełnych butli w cenie 5000 zł netto/szt. to 470 000,00 zł netto i 507 600,00 zł brutto, zaś w Formularzu asortymentowo – cenowym Wykonawca podał cenę za 196 gram - 469 043,68 netto i 506 567,17 brutto.

Prezes UZP wskazał, że w Formularzu asortymentowo – cenowym Zamawiający wymagał podania ceny za gramy, nie za butle. Kolumna 7 *Wartość netto PLN* była iloczynem kolumny 5 *Ilość gram/ butlo-doby /opłat/ kpl.* i kolumny 6 *Cena jednostkowa netto PLN za gram/butlo-dobę/opłatę/ kpl.*

Ponadto Prezes UZP wskazał, że Zamawiający nie kwestionuje ustaleń zawartych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* i nie wykazał, iż przyjęta konstrukcja formularza asortymentowo – cenowego była niezgodna z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 99 ust. 1. Jednocześnie w ślad za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej* zauważyć należy, iż przesłanka unieważnienia umowy o zamówienie publiczne określona w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczy naruszenia przez zamawiającego obowiązków dotyczących publikacji ogłoszeń. Zgodnie z ww. przepisem, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z

naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Należy zauważyć, iż w przepisie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie występują dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz jest jedna przesłanka, obejmująca dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy.

W podsumowaniu Prezes UZP wskazał, że w myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. W ocenie Prezesa UZP w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do uznania, że zapisy SWZ spowodowały, iż nie było możliwe porównanie złożonych przez Wykonawców ofert. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, możliwe było prawidłowe wypełnienie formularza asortymentowo-cenowego i wyliczenie rzeczywistej ilości oferowanych butli tlenu azotu medycznego co uczynił Wykonawca Messer Polska Sp. z o.o. W postępowaniu nie wystąpiła również żadna z przesłanek wymienionych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, a dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

W ocenie Izby zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Ustalenia faktyczne poczynione przez Prezesa UZP Izba uznała za prawidłowe i przyjmuje je jako własne.

Odnosząc się do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp, Izba również podziela stanowisko Prezesa UZP. Uzupełniająco Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający ma obowiązek wykazania, że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy Pzp. Takich okoliczności Zamawiający nie wykazał.

Izba wskazuje, że w złożonych zastrzeżeniach Zamawiający odniósł się w pierwszej kolejności do zasad wykorzystywania gazu w butlach i różnicy pomiędzy nominalną wartością gazu w butli, a wartością użytkową, które może być rzeczywiście wykorzystana przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że uwarunkowania dotyczące wykorzystania gazów w butlach, na które powołuje się w zastrzeżeniach Zamawiający powinny być znane Zamawiającemu przed publikacją SWZ. Zamawiający jest profesjonalnym podmiotem medycznym i z tego tytułu winien mieć wiedzę i świadomość zasad związanych z użytkowaniem butli z gazami medycznymi. Z treści zaś zastrzeżeń Zamawiającego wynika, jakoby Zamawiający po złożeniu ofert w przedmiotowym postępowaniu uświadomił sobie, że na podstawie informacji, jakie sam wymagał od wykonawców w formularzu asortymentowo – cenowym nie jest w stanie zweryfikować rzeczywistej wartości gazu, jaką będzie mógł wykorzystać. Zdaniem Izby, Zamawiający na etapie wszczęcia postępowania miał wiedzę co do zasad działania butli z gazem i był zobowiązany do zabezpieczenia swoich interesów poprzez wprowadzenie odpowiednich postanowień do SWZ w zakresie weryfikacji wymaganej wartości gazu w butlach. Zamawiający co prawda wskazał, że wprowadził w SWZ wzór mający na celu weryfikację ile gazu pomieści dana butla i ile gazu będzie z niej możliwe do wykorzystania, ale jednocześnie stwierdza, że nie jest w stanie zweryfikować oferty wykonawcy Messer Polska w tym zakresie. Izba stoi na stanowisku, że kreowanie po złożeniu ofert podstaw do unieważnienia postępowania poprzez powoływanie się na niejednoznaczne czy błędne postanowienia SWZ jest działaniem nieuprawnionym. Ustawodawca nie przewidział możliwości unieważnienia postępowania z powodu zaniedbań czy niestaranności Zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji postępowania.

Izba wskazuje, że Zamawiający w SWZ określił w sposób jednoznaczny wymaganą masę użytkową zamawianego gazu na poziomie 196 gram. Nie budzi żadnych wątpliwości, że w formularzu asortymentowo – cenowym części 8, w kolumnie 3, Zamawiający jednoznacznie sprecyzował jednostkę miary jako gram. Tabela nie zawierała kolumny dotyczącej ilości butli. Powoływanie się w zastrzeżeniach przez Zamawiającego, że jego intencją było uzyskanie ceny jednostkowej za jedną butlę, a nie za gram gazu, nie wynika ani z zapisów SWZ ani z formularza asortymentowo-cenowego. Wykonawca Messer Polska wypełnił formularz

asortymentowo – cenowy zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego w SWZ. Wykonawca zaoferował wymaganą wartość gazu w butli na poziomie 196 gram. Z kolei wykonawca Linde Gaz Polska wypełnił sporny formularz poprzez wskazanie liczby butli, a więc nie w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Dalej Izba wskazuje, że w treści złożonych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że wartość nominalna gazu wskazana przez wykonawcę Messer Polska w formularzu asortymentowo - cenowym nie jest wartością rzeczywistą, jaką Zamawiający będzie mógł wykorzystać oraz, że wykonawca Messer Polska nie dokonał przeliczenia zgodnie ze wzorem zawartym w SWZ. W tym zakresie, Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w SWZ. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że nie zostały złożone żadne oferty odpowiadające wymaganiom zawartym w SWZ, Zamawiający winien unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający wymagał wskazania oferowanej wartości gazu w gramach. Wykonawca Messer Polska taką wartość wskazał w formularzu. Skoro Zamawiający uważa, że wykonawca nie dokonał przeliczenia zgodnie ze wzorem zamieszczonym w SWZ, to obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie oferty wykonawcy pod tym kątem i ewentualne jej odrzucenie. Podobnie w odniesieniu do wykonawcy Linde Gaz, Zamawiający był zobowiązany do jej oceny zgodnie z przyjętymi zasadami i ewentualne jej odrzucenie, jeśli złożona oferta nie spełniała wymagań określonych w SWZ. W takiej sytuacji podstawą unieważnienia postępowania mógłby być art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający wykreował sam, swoim działaniem podstawę unieważnienia postępowania, powołując się na niejednoznaczne i błędne postanowienia SWZ, które sam przygotował. Zdaniem Izby, nieprawidłowym działaniem zamawiającego jest zastosowanie instytucji unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jako narzędzia do sanowania swoich błędów popełnionych na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania. Podmioty publiczne są zobowiązane z najwyższą starannością identyfikować swoje potrzeby przed wszczęciem postępowania, tak aby nie miały miejsca rzekome uchybienia w opisie ich potrzeb na etapie weryfikacji ofert. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający jako profesjonalista, miał lub powinien być mieć pełną świadomość swoich potrzeb jakie zamierza zrealizować w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, w szczególności konieczności precyzyjnego uregulowania zasad weryfikacji wartości gazu możliwego do wykorzystania w użytkowanych urządzeniach. Zamawiający powołuje się na rzekome niejednoznaczne zapisy w SWZ próbując wykreować podstawy do unieważnienia postępowania. Zdaniem Izby, słusznie Prezes UZP wskazał, a w złożonych zastrzeżeniach Zamawiający nie wykazał, że postanowienia SWZ w zakresie wymaganej wartości gazu były określone w sposób niejednoznaczny. Zamawiający



jednoznacznie określił swoje potrzeby, a powoływanie się na rzekome intencje po otwarciu ofert jest nieuprawnione.

Izba wskazuje, że art. 255 statuuje wyjątek od zasady zakończenia postępowania przetargowego poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Jako wyjątek winien być zatem interpretowany rygorystycznie i zawężająco. Umożliwienie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 z powodu rzekomych niejasności i błędów w SWZ stanowiłby istotne zagrożenie dla rynku zamówień publicznych i działającym na nim podmiotów prywatnych. Podmioty te bowiem pozbawione byłoby jakiegokolwiek pewności co do zakończenia postępowania i uzyskania zamówienia. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania, zależnie od okoliczności i subiektywnych przekonań, mogliby unieważniać postępowania wskazując na rzekome błędy w opisie swoich wymagań.

Ponadto, Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UZP, że przesłanka unieważnienia umowy o zamówienie publiczne określona w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczy naruszenia przez zamawiającego obowiązków dotyczących publikacji ogłoszeń. Zgodnie z ww. przepisem, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. W przepisie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie występują dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz jest jedna przesłanka, obejmująca dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy. Zamawiający nie wykazał w zastrzeżeniach, że zaistniały przesłanki unieważnienia umowy wynikające z art. 457 ust. 1 pkt ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....