



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Hubert Nowak

UZP/DKZP/WKZ1/442/74/2022/KK
KND/74/22/DKZP

Dyrektor

Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego
Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego
ul. Banacha 1a
02 - 097 Warszawa

Szanowna Pani Dyrektor,

w odpowiedzi na pismo z dnia 28 kwietnia 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w tym samym dniu), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie 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**, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp, wskazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 21 kwietnia 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ1.442.74.2022.KK.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono 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.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 21 kwietnia 2023 r.

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 M

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 asortymentowo-cenowym 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 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 M 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 M 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 M. 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 asortymentowo-cenowego 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.

Jak wskazał Zamawiający, oferta Wykonawcy L 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 M 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 tącznej 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 urządzenia 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 uniknąć 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 L dotyczyła gazu umieszczonego w konkretnych butlach, a oferta M „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 M w którym na stronie 4 wskazano, że do obliczenia ceny za 1 gram tlenu azotu medycznego przyjęto 94 sztuki pełnych butli 10l tlenu azotu M 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 M₁ 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 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 M₁ 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.

Mając na uwadze zaprezentowane we wniesionych zastrzeżeniach z dnia 28 kwietnia 2023 r. stanowisko Zamawiającego, w pierwszej kolejności Prezes Urzędu Zamawiający wskazał, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach opiera swoją argumentację na twierdzeniu, zgodnie z którym oferta Wykonawcy M₁ 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 M₁ 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 innym możliwymi ofertami.

Odnosząc się do powyższego należy, w ślad za Informacją o wyniku kontroli doraźnej zwrócić należy 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 M wynika z zapisów formularza i wyrażonych w nim oczekiwań Zamawiającego.

Nie budzi wątpliwości, że zgodnie z zapisami SWZ oferta Wykonawcy L

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 M 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 (...) należy podkreślić, że Załącznik nr 2a do SWZ Formularz wymaganych warunków technicznych (dot. Formularza asortymentowo-cenowego – Część nr 8, poz. 3) wyglądał w sposób następujący:*

Lp.	Opis oferowanych parametrów	Parametr wymagany/ odpowiedź wymagana	Odpowiedź (wypełnia Wykonawca)
PARAMETRY			
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)
Funkcje każdego zestawu			
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 ₂ , O ₂	TAK

7.	Obrazowanie wyników pomiarów na wyświetlaczu w tym NO, NO ₂ , O ₂ .	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 ₂	TAK
12.	Alarm spadku stężenia O ₂	TAK
13.	Alarmy dźwiękowe wraz z komunikatem wyświetlanym na monitorze	TAK
Zasilanie			
14.	Zasilanie elektryczne 220-240V przy 50/60 Hz	TAK
Wyposażenie każdego zestawu			
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 ₂ ze zintegrowanym zaworem	TAK
Podawanie NO			
19.	Podawanie NO tylko gdy istnieje przepływ w obwodzie oddechowym	TAK
20.	<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; <u>i Aparatami do znieczulenia:</u> Avance CS ² GE, Maquet iFlow 40, Draeger Julian, Primus, Ohmeda Aestiva.	TAK
21.	Zmiana butli zasilającej układ gwarantująca ciągłość terapii bez zaniku dozowania NO.	TAK
Dodatkowe wymagania			
22.	Kalibracja i przeglądy techniczne wszystkich urządzeń wykonywane zgodnie z zaleceniami producenta i nie rzadziej niż z częstotliwością określoną przez producenta.	TAK (Również należy podać częstotliwość kalibracji)
23.	Szkolenia użytkowe dla personelu medycznego (40 osób) wykonane przed rozpoczęciem eksploatacji urządzenia w siedzibie Zamawiającego – dwa lub trzy terminy szkoleń, które	TAK

	zostaną przeprowadzone w okresie do dwóch tygodni po podpisaniu protokołu odbioru. Zakres szkolenia obejmuje omówienie wszystkich funkcji aparatu, zastosowanie ich w praktyce, oraz zasady prawidłowego używania urządzenia.		
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

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 M w sposób wymagany przez Zamawiającego.

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 M 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 należy wskazać, 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 M 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 tlenku azotu medycznego przyjęto 94 szt. pełnych butli 10l Tlenku azotu M 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.

Należy stwierdzić, 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.*

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający nie kwestionował 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 ustawy¹.

Podsumowując należy wskazać, 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.

Odnosząc się do powyższego, należy podkreślić, że 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 M. 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.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu, nie uwzględniając zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2023 r., podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 21 kwietnia 2023 r. 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.

¹ por. wyrok z dnia 18 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3204/21), wyrok z dnia 17 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 483/22).

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 18 maja 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 10/23) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 21 kwietnia 2023 r. nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp”, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w sprawie 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.**

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 10/23).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 10/23).