

Zamość, 16 listopada 2020 r.

DZP 3320.73.10479.20

Dotyczy: unieważnienia postępowania

Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu, ul. Aleje Jana Pawła II 10, 22-400 Zamość (dalej: „Zamawiający”), prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę testów antygenowych do diagnostyki Covid-19 (DZP 3320.73.20), działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 7 i art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.- dalej „PZP”) informuje, że w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 146 ust. 6 PZP, unieważnia przedmiotowe postępowanie, z uwagi na fakt, że wskutek okoliczności zaistniałych po jego ogłoszeniu:

- 1) ujawniły się okoliczności wskazujące na to, że zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak i wykonanie zamówienia w kształcie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- 2) w postępowaniu zaistniały wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Jak wynika z treści art. 93 ust. 1 PZP, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wyszczególnionych w przywołanym przepisie, Zamawiający zobligowany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazany przepis nie pozostawia zatem Zamawiającemu swobody decyzji, przeciwnie, zaistnienie okoliczności opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP, a także, odrębnie, okoliczności wypełniających dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, przesądza o konieczności unieważnienia postępowania.

Niedostosowanie się przez Zamawiającego do powyższych regulacji może natomiast skutkować poniesieniem przez Zamawiającego odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów PZP.

- 1) Przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP - dalsze prowadzenie postępowania, jak i wykonanie zamówienia w kształcie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.



Certyfikat nr 51705/B/0001/UK/Po
ISO 9001:2015

Certyfikat nr 51705/A/0001/UK/Po
ISO 14001:2015

Certyfikat nr 51705/X/0001/JA/Po
PN-N 18001:2004

Certyfikat nr 51705/C/0001/UK/Po
OHSAS 18001:2007

Certyfikat nr 51705/D/0001/UK/Po
ISO 27001:2013

Certyfikat nr 64151/A/0001/UK/Po
ISO 22000:2005



KOMITET
UPOWSZECHNIANIA
KARMienia
PIERSIĄ



tel. centrala:
84 677 33 33

tel. sekretariat:
84 677 33 00

fax:
84 638 66 69

www.szpital.zam.pl

e-mail:

szpital@szpital.zam.pl

NIP: 922-22-92-491

REGON: 006050134

KRS: 0000021024

PEKAO S.A. | Oddział
w Zamościu
61 1240 2816 1111
0010 3901 3524

Podstawową kwestią, wymagającą przeanalizowania w ramach wskazanej przesłanki unieważnienia postępowania jest definicja interesu publicznego.

Unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP, Zamawiający jest bowiem zobligowany wykazać jaki interes publiczny zostałby naruszony, gdyby Zamawiający kontynuował procedurę, a następnie zawarł umowę z wybranym Wykonawcą (por. Wyrok KIO z dnia 13 maja 2019 r., KIO 764/19). Zważyć jednak należy, że w obowiązujących przepisach brak jest definicji legalnej wskazanego pojęcia. Z tej przyczyny winno być ono każdorazowo dookreślane w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy.

W doktrynie zauważa się, że interese publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy – często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia (tak: Nowicki J.E., KołECKI M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. IV). Pewne próby zdefiniowania analizowanego pojęcia podejmował również Trybunał Konstytucyjny. Zgodnie z uchwałą TK z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96, za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia.

W ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania interes publiczny przejawiał się w dążeniu do szybkiego i skutecznego wykrywania antygeny SARS-CoV-2, co z kolei miało na celu zapobieganie i zwalczanie rozprzestrzeniania się wywoływanej nim choroby COVID-19.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 7 października 2020 r. Termin składania ofert w ramach przedmiotowego postępowania upłynął w dniu 19 października 2020 r. o godzinie 11:00. Podkreślenia wymaga w tym miejscu okoliczność, że na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania brak było jakichkolwiek oficjalnych wytycznych odnoszących się do parametrów czułości testów antygenowych.

Tymczasem, w dniu 3 listopada 2020 r. ukazało się „Stanowisko Zespołu do spraw koordynacji sieci laboratoriów COVID w sprawie możliwości wykorzystania testów wykrywających antygen SARS-CoV-2 w diagnostyce COVID-19 w Polsce”.

Jak wynika z treści przywołanego dokumentu, ze względu na poważne konsekwencje wyników fałszywie ujemnych, zespół ekspertów w Polsce zaleca, by do diagnostyki używać testów antygenowych o czułości diagnostycznej $\geq 90\%$ i swoistości diagnostycznej $\geq 97\%$, w odniesieniu do danych walidacyjnych deklarowanych przez producenta w procesie rejestracji wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro.

Następnie, w dniu 4 listopada 2020 r. opublikowane zostało Zarządzenie Nr 173/2020/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia (dalej „NFZ”), zmieniające Zarządzenie Nr 140/2020/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 10 września 2020 r. w sprawie zasad sprawozdawania oraz warunków rozliczenia świadczeń opieki zdrowotnej związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID – 19 (z późn. zm). Przywołane Zarządzenie z dnia 4 listopada 2020 r. umożliwia wykonywanie badań na obecność wirusa SARS-CoV-2 za pomocą szybkich testów antygenowych bez konieczności potwierdzania ich wyniku testem RT-PCR, jednak, jak informuje Prezes NFZ, testy antygenowe muszą spełniać minimalne kryteria: czułość – 90%, swoistość – 97%, które muszą być potwierdzone w niezależnych opublikowanych badaniach lub w badaniach zrealizowanych na polskiej populacji w podmiocie leczniczym, zatwierdzonych przez Ministra Zdrowia.

Jak zostało już powyżej wskazane, oba przywołane dokumenty opublikowane zostały po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Z uwagi na powyższe, opis testów do wykrywania antygenu SARS- CoV-2 dokonany przez Zamawiającego nie spełnia powyżej opisanych minimalnych wymaganych kryteriów w zakresie czułości. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ma już natomiast możliwości dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, która mogłaby dostosować opis przedmiotu zamówienia do najnowszych wytycznych we wskazanym zakresie.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, że z uwagi na dynamicznie zmieniającą się sytuację epidemiczną związaną z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, jak również nieustannie zmieniającymi się wytycznymi dotyczącymi zwalczania i zapobiegania wywołanej nim choroby, wszczynając postępowanie Zamawiający nie dysponował wiedzą dotyczącą minimalnych poziomów czułości testów stanowiących przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia został zaś przygotowany należycie, w oparciu o najlepszą wiedzę Zamawiającego na moment formułowania przywołanego opisu. Zamawiający, w oparciu o posiadane informacje, był przekonany, że opisany przez niego przedmiot zamówienia zagwarantuje realizację interesu publicznego, rozumianego jako szybkie i skuteczne wykrywanie antygenu SARS- CoV-2, a tym samym przyczyni się do zapobiegania i zwalczania COVID-19.

Mając zaś na uwadze daleko idące konsekwencje testów fałszywie ujemnych, a mianowicie możliwość niekontrolowanego rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2, kontynuowanie przedmiotowego postępowania, a następnie realizacja umowy zawartej w wyniku jego rozstrzygnięcia, w sytuacji braku określenia poziomów czułości testów na poziomie określonym zarówno w treści stanowiska Zespołu do spraw koordynacji sieci laboratoriów COVID, jak również w treści Zarządzenia Prezesa NFZ nr 173/2020/DSZOZ, nie leży w interesie publicznym.

Zaspokojenie interesu publicznego, w powyżej opisanym rozumieniu, może nastąpić wówczas, gdy przedmiot zamówienia spełniać będzie minimalne kryteria określone w powyżej powołanych dokumentach. Realizacja umowy w zakresie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, naraża powyżej zdefiniowany interes publiczny na uszczerbek.

Ubocznie, należy również mieć na uwadze okoliczność, że, jakkolwiek interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym Zamawiającego (por. Wyrok SO w Nowym Sączu z 22 września 2009 r., sygn. akt III CA 418/09), rozumienie interesu publicznego winno odbywać się z uwzględnieniem zasad gospodarowania środkami publicznymi. Z jednej bowiem strony interes publiczny wskazuje na konieczność dbania o dobro ogółu i zaspokajanie określonych potrzeb społeczności, z drugiej jednak strony nie może to odbywać się w oderwaniu od gospodarowania środkami publicznymi (por. Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 2036/15).

Z uwagi na powyższe, wydatkowanie środków publicznych na realizację zamówienia, które nie zagwarantuje szybkiego i skutecznego wykrywania antygenu SARS- CoV-2, dodatkowo przemawia za tym, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP.

2)Przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP - w postępowaniu zaistniały wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika z treści art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, postępowanie unieważnia się, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić zatem w tym miejscu należy, że dla wykazania zaistnienia opisanej przesłanki konieczne jest wskazanie na konkretną wadę postępowania, która po pierwsze jest nieusuwalna, po drugie zaś, powoduje nieważność umowy, przy założeniu, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta pomimo istnienia tego rodzaju wady.

Zamawiający stoi przy tym na stanowisku, że unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 PZP, jak również powinien brać pod uwagę okoliczności związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 PZP.

Skoro bowiem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma prawo zwrócić się do sądu o unieważnienie umowy, to Zamawiający, działając na zasadzie samokontroli ma obowiązek samodzielnie dokonać unieważnienia postępowania, które prowadziłyby do zawarcia nieważnej umowy. Nie można uznać bowiem za racjonalną sytuację, w której Zamawiający, zdając sobie sprawę z faktu, iż w toku postępowania miały miejsce błędy, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania, ale nie mieszczą się one w zakresie objętym zapisami art. 146 ust. 1 ustawy, byłyby zobowiązany do zawarcia umowy (por. Wyrok KIO z dnia 25 października 2019 r., sygn. akt KIO 2041/19, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2614/19).

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy niniejszej, wyjaśnić należy, że w trakcie badania ofert Zamawiający dostrzegł błędy w opisie testów antygenowych, wynikające z udzielonych w odpowiedzi na pytania Wykonawców wyjaśnień treści SIWZ.

W udzielonych w dniu 13 października 2020 r. wyjaśnieniach, w odpowiedzi na pytanie „Czy Zamawiający dopuścił test immunochromatograficzny do jakościowego wykrywania swoistych antygenów SARS-CoV-2 zgodny z załączoną metodyką?”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tak, Zamawiający dopuszcza”.

Wskazać w tym miejscu należy, że w załączonej do zapytania Wykonawcy metodyce została określona procedura badania. Procedura, o której mowa, wskazuje, że w celu wykonania badania, należy włożyć wymazówkę do próbkówki z buforem ekstrakcyjnym, a następnie wyjąć wymazówkę.

W treści tych samych wyjaśnień z dnia 13 października 2020 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie innego z Wykonawców: „Czy Zamawiający wymaga testu, w którym jest brak konieczności wyjmowania wymazówki z próbką z próbkówki ekstrakcyjnej?”, udzielił odpowiedzi „Zamawiający wymaga”.

Tym samym, Zamawiający udzielił dwóch wykluczających się odpowiedzi w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, co powoduje, że niemożliwym jest złożenie w niniejszym postępowaniu porównywalnych ofert.

Podkreślenia wymaga przy tym fakt, że opis przedmiotu zamówienia jest elementem warunkującym złożenie prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez zainteresowanych Wykonawców. Ze wskazanej przyczyny opis przedmiotu zamówienia powinien spełniać wymagania art. 29 ust. 1 i 2 PZP, który brzmi:

- „1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”

Jak zauważa się w orzecznictwie KIO (por. Wyrok z dnia 27 maja 2014 r., sygn. akt KIO 914/14), sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 29 ust. 2 i 3 PZP, uznać należy za takie naruszenie przepisów PZP, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym mogłoby stanowić przyczynę wystąpienia przez Prezesa UZP, zgodnie z art. 146 ust. 6 PZP, do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania obciążonego taką wadą.

Na gruncie niniejszej sprawy, opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 2 i 3 PZP. Jest bowiem obciążony wadą, która na obecnym etapie postępowania (po otwarciu ofert) jest niemożliwa do usunięcia.

Powyższe powoduje nie tylko niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, ale także możliwość złożenia przez Wykonawców różnych, nieporównywalnych ofert. Z jednej strony możliwe jest zaoferowanie testu immunochromatograficznego, w którym, w celu wykonania badania, należy włożyć wymazówkę do próbówki z buforem ekstrakcyjnym, a następnie wyjąć wymazówkę, z drugiej zaś strony Zamawiający wymaga testu, w którym jest brak konieczności wyjmowania wymazówki z próbką z próbówki ekstrakcyjnej.

Nie jest możliwe ustalenie na obecnym etapie, która z wersji wymogów Zamawiającego jest prawidłowa i czy każda powinna być interpretowana na korzyść wykonawców. Uznanie, że każda z wersji wymogów Zamawiającego powinna być interpretowana na korzyść wykonawców doprowadzi do uzyskania różnego przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu powstała sytuacja, w której każdy z wykonawców może interpretować postanowienia SIWZ w dowolny sposób.

Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, w ocenie Zamawiającego, stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia.

Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ. Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w Wyroku KIO z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 268/20.

Mając powyższe na uwadze, decyzja Zamawiającego o unieważnieniu niniejszego postępowania podjęta została po szczegółowej analizie wszystkich wymienionych okoliczności, zaś przywołane podstawy faktyczne znajdują oparcie w przepisach PZP.