

Sygn. akt KIO/UZP 474 /09

**WYROK**  
**z dnia 27 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio

**Członkowie:** Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

**Protokolant:** Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Epic- Marcin Plichta, 60-351 Poznań, Zakręt 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań- Stare Miasto, 61-833 Poznań , ul. Szkolna 8/12** protestu z dnia **26 marca 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Epic- Marcin Plichta, 60-351 Poznań, Zakręt 5**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Epic- Marcin Plichta, 60-351 Poznań, Zakręt 5,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **248 zł 00 gr** (słownie: dwieście czterdzieści osiem złotych) przez **Epic- Marcin Plichta, 60-351 Poznań, Zakręt 5** na rzecz **Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań- Stare Miasto, 61-833 Poznań, ul. Szkolna 8/12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Epic- M. Plichta, 60-351 Poznań, Zakręt 5**

## **Uzasadnienie**

### **Stan faktyczny sprawy**

Zamawiający, Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań - Stare Miasto, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę materiałów szewnych, siatek przepuklinowych i klipsów tytanowych dla Oddziału Chirurgii, Oddziału Wewnętrznego i Izby Przyjęć Szpitala im. J. Strusia w Poznaniu.

Wartość szacunkowa zamówienia dla wszystkich jego części, to 183 379 zł, co stanowi równowartość 47 298 euro.

### **Odrzucenie oferty**

W dniu 19.03.2009 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Epic - Marcin Plichta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności zaoferowanych materiałów z wymaganiami siwz (pkt 1.1 – igły powinny posiadać gładką powierzchnię, precyzyjność szlif, wysoką ostrość, łatwość przenikania przez tkanki, odporność na odkształcenia, stabilność igły, trwałe połączenie igły z nicią... etc.).

W uzasadnieniu odrzucenia podano, iż w wyniku przeprowadzonych prób na złożonych wzorach, stwierdzono, iż dostarczone materiały szewne nie spełniają wymagań zamawiającego, tj. igły są niezbyt ostre, trudno przenikają przez tkanki, igła odkształca się i w kilku przypadkach igła uległa złamaniu. Ponadto nici są wadliwie osadzone, a w kilku przypadkach doszło do zerwania nitki w czasie zabiegu.

W zgodnej ocenie zespołu operacyjnego oferowane szwy nie spełniają warunków siwz, ich użycie powoduje dyskomfort pracy operatora i może stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa pacjenta.

## **Protest**

W dniu 26.03.2009 r. Epic – Marcin Plichta wniósł protest na ww. czynność zamawiającego. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 8 ustawy. Zamawiający przy rozstrzygnięciu postępowania nie stosował się do zasad wynikających z ustawy, co może skutkować nieważnością postępowania w pakietach I, II, III, IX, XI, XII, XIII, XVI, XVII.

Protestujący poinformował, iż interes prawny firmy "EPIC" Marcin Plichta, polega na tym, iż w razie nie uwzględnienia zarzutów podniesionych w proteście, które w ocenie "EPIC" Marcin Plichta są zasadne, protestujący utraci możliwość uzyskania zamówienia. Zamawiający działając niezgodnie z ustawą odrzucił ofertę protestującego.

W proteście zarządzano:

1. Usunięcia działań będących w sprzeczności z ustawą, w taki sposób by protestujący mógł chronić swój interes prawny, a jeżeli byłoby to niemożliwe
2. Unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, iż według protestującego, zamawiający przy dokonaniu wyboru ofert naruszył zasady ustawy, w szczególności w zakresie:

1.

Sposobu dokonania wyboru ofert (uzasadnienie odrzucenia oferty protestującego) poprzez wskazanie m.in., złej ostrości i wytrzymałości igieł, złego osadzenia szwu w igle. Protestujący w pakietach IX, XI, XIII, XVII złożył ofertę, zgodnie z SIWZ, na podwiązki tj. szwy bez igieł.

Ponadto zamawiający w uzasadnieniu do odrzucenia oferty podważył jakość materiałów szewnych, zaprzeczając tym samym dokumentom urzędowym tj. Deklaracje Zgodności i Deklaracje CE. Jediną drogą podważenia rzeczonych dokumentów jest inny tryb określony we właściwych przepisach prawa. Ponadto Zamawiający nie ma fizycznej możliwości sprawdzenia kryteriów, które sam ustanowił - Zamawiający nie posiada właściwego sprzętu, który to mógłby w sposób obiektywny ocenić -zgodnie z prawem obowiązujące procedury i metodologię badania szwów chirurgicznych określa monografia farmakopei europejskiej. Zatem ocena dokonana przez zamawiającego jest oceną subiektywną, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, jak również innymi zasadami wskazanymi w ustawie. Stwierdzenie w uzasadnieniu, iż igły się wyginają mogą świadczyć o używaniu materiału szewnego niezgodne z instrukcją używania. Wskazują na fakt, iż zamawiający miał prawo zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawcy w takim przypadku, a tego nie uczynił.

2.

W zakresie zasady jawności postępowania. Protestujący złożył wniosek, zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej, w dniu 19 marca 2009 r. Wniosek wskazywał dokumenty, protokoły etc., do jakich Wykonawca chciał mieć dostęp. Zamawiający wyznaczył termin na 25 marca 2009 r. Wykonawca stawiał się w umówionym czasie i miejscu. Niestety zamawiający nie przedstawił kompletu dokumentacji objętej wnioskiem, a będącej podstawą wyboru czy odrzucenia ofert. Z informacji otrzymanej w trakcie spotkania wynika, iż część dokumentów związanych z postępowaniem jest "wewnętrzna" i nie będzie ujawniona. Ograniczenie takiego uprawnienia wykonawcy skutkuje niezachowaniem przepisów ustawy, co z kolei wpływa na ważność rozstrzygnięcia, jakiego dokonał Zamawiający.

Według protestującego odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający naruszył w szczególności zasadę równego traktowania, zachowania uczciwej konkurencji, jawności.

### **Rozstrzygnięcie protestu**

W dniu 06.04.2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest poprzez:

1. Odrzucenie protestu w części pierwszej jako złożonego po terminie
2. Oddalenie protest w części drugiej jako nieuzasadnionego.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniesiono:

Protestujący w części pierwszej protestu kwestionuje sposób oceny spełnienia przez oferowane materiały szewne wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Wymagania te zostały jednoznacznie określone w SIWZ gdzie w pkt. 1.1 (str. 4 SIWZ) wskazano szczegółowe cechy jakim muszą odpowiadać oferowane nici oraz igły, a w uwagach zamawiający wskazał, że oferowany sprzęt winien spełniać wszystkie wymagane cechy, przy czym nie spełnienie choćby jednego z wymaganych warunków spowoduje odrzucenie oferty w danym pakiecie.

Tych warunków zamawiający nie miał prawa zmienić po otwarciu ofert złożonych do przedmiotowego postępowania, a zatem zobowiązany był odrzucić wszystkie oferty, które wymienionych w SIWZ wymagań nie spełniały, co też uczynił, m.in. w stosunku do protestującego wskazując w decyzji o odrzuceniu te cechy materiałów szewnych, które nie odpowiadały siwz.

Wymagane w SIWZ warunki nie zostały zakwestionowane przez żadnego z wykonawców przed upływem terminu składania ofert; nie zakwestionował ich także protestujący, który w treści protestu nie wykazał również, że oferowane przez niego materiały szewne spełniają wymagania SIWZ.

W tym stanie rzeczy podniesione w części I-szej protestu zarzuty dot. bezpodstawnego, zdaniem Protestującego, odrzucenia jego oferty, są bezprzedmiotowe, bowiem protest w tej części należy odrzucić na podstawie art. 180 ust. 7 powołanej wyżej ustawy, jako złożony po terminie.

W części drugiej protestu firma Epic podnosi zarzut, że nie otrzymała do wglądu wszystkich dokumentów dot. przedmiotowego postępowania.

Zamawiający uznaje te zarzuty za bezzasadne z niżej wskazanych powodów:

- protestujący domagał się udostępnienia dokumentów dotyczących oceny jego oferty w poszczególnych pakietach - tych dokumentów zamawiający nie mógł udostępnić, ponieważ oferty odrzucone nie podlegają ocenie indywidualnej, dokonywanej na drukach ZP-20,

- oceny wszystkich innych ofert były udostępnione, natomiast Protestujący wraz z ogłoszeniem o wyborze ofert w poszczególnych pakietach w przedmiotowym postępowaniu otrzymał druk ZP-21 streszczenie oceny i porównania złożonych ofert,

- na podstawie art. 96 ust. 2 i 3 powołanej ustawy wypełniając zasadę jawności postępowania, zamawiający zobowiązany jest udostępnić dokumentację postępowania, która, stanowią oferty (formularze ofertowe), opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania wykonawców, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składano przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego, będące załącznikami do protokołu z tego postępowania. Tylko wymienione dokumenty stanowią dokumentację postępowania o zamówienie publiczne i jako takie zostały Protestującemu udostępnione, natomiast żądanie jakichkolwiek innych dokumentów jest pozbawione podstawy prawnej.

## **Odwołanie**

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu w dniu 10.04.2009 r. protestujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP.

W odwołaniu zarzucono zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania przetargowego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców,
2. naruszenie art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne ograniczenie odwołującemu dostępu do informacji związanych z postępowaniem przetargowym,
3. naruszenie art. 96 ust. 1, 2 i 5 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niezamieszczenie w protokole postępowania o udzielenie zamówienia informacji dotyczących procedury badania ofert.

Mając na uwadze wyżej odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie postępowania przetargowego,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z art. 191 ust. 7 ustawy prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

Pismem datowanym na dzień 18 marca 2009 r., doręczonym w dniu 19 marca 2009 r., Zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty w całości ze względu na fakt, iż zdaniem zamawiającego, oferowane przez odwołującego szwy nie spełniają wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dowód:

1. zawiadomienie z dnia 18 marca 2009 r.

Pismem z dnia 19 marca 2009 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie pełnej dokumentacji związanej z postępowaniem, w tym o informacje dotyczące przebiegu dokonania oceny ofert (próbek). Zamawiający wyznaczył termin na 25 marca 2009 r.

W dniu 26 marca 2009 r. odwołujący złożył protest zarzucając naruszenie m.in. art. 7 i art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych. Jednocześnie odwołujący zwrócił się do zamawiającego o podanie szczegółów okoliczności, które zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Dowód:

1. pismo odwołującego z dnia 19 marca 2009 r.,
2. protest z dnia 26 marca 2009 r.,
3. pismo odwołującego z dnia 26 marca 2009 r.

Decyzją z dnia 6 kwietnia 2009 r. zamawiający odrzucił protest w części dotyczącej sposobu oceny spełnienia wymagań przez oferowane materiały oraz oddalił protest w części dotyczącej wniosku o udostępnienie do wglądu dokumentów związanych z postępowaniem przetargowym. Ponadto zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia dokumentacji związanej z niniejszym postępowaniem.

Dowód:

1. zawiadomienie z dnia 6 kwietnia 2009 r.
2. pismo zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2009 r.

Odrzucając protest w części, zamawiający podkreślił, że wymagania dotyczące materiałów szewnych "zostały jednoznacznie określone w SIWZ (. •.)I a w uwagach zamawiający wskazał, że oferowany sprzęt winien spełniać wszystkie wymagane cechy, przy czym nie spełnienie choćby jednego z wymaganych warunków spowoduje odrzucenie oferty w danym pakiecie". W konsekwencji, skoro warunki wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zostały zakwestionowane przed upływem terminu składania ofert, zamawiający -na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy prawo zamówień publicznych -odrzucił protest w tej części, jako złożony po terminie.

W odniesieniu do oddalenia protestu w pozostałej części, zamawiający uznał zarzut dotyczący nieudostępnienia dokumentacji za bezzasadny. Zamawiający uznał bowiem, że nie było podstaw do dokonywania oceny oferty "na drukach ZP-20" złożonej przez odwołującego, a ponadto odwołujący otrzymał streszczenie oceny i porównania złożonych ofert. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że odwołujący otrzymał wszystkie dokumenty

wskazane wart. 96 ust. 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, natomiast odwołujący wnioskował o udostępnienie innych dokumentów.

Decyzja z dnia 6 kwietnia 2009 r. jest nietrafna.

## II

W pierwszym rzędzie należy wskazać, że niniejsze odwołanie jest dopuszczalne ze względu na treść art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, albowiem zaskarżonym orzeczeniem jest rozstrzygnięcie dotyczące odrzucenia oferty.

Wskazać należy, że zamawiający w sposób całkowicie bezzasadny uznał, że odwołujący kwestionuje treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Stanowisko takie jest całkowicie bezzasadne, ponieważ oferta przedstawiona przez odwołującego spełnia warunki wskazane w specyfikacji. Odwołujący przedstawił bowiem odpowiednią dokumentację dotyczącą oferowanych produktów. Zamawiający, kwestionując jakość oferowanych przez odwołującego szwów, ograniczył się jedynie do wskazania rzekomych wad, nie wyjaśniając w jaki sposób badał jakość zaoferowanych produktów. Ponadto, zaznaczyć należy, że zamawiający odmówił przedstawienia szczegółów dotyczących procedury weryfikacji jakości produktów.

Dowód:

1. pismo odwołującego z dnia 26 marca 2009 r.
2. pismo zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2009 r.

Takie postępowanie zamawiającego w sposób rażący narusza zasady określone wart. 7 ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie może bowiem w jakikolwiek sposób odnieść się do kategoriycznych stwierdzeń zamawiającego, jakoby produkty oferowane przez odwołującego nie spełniały wymagań określonych w SIWZ.

Podkreślić należy, że odwołujący dostarczył dokumenty urzędowe potwierdzające jakość oferowanych produktów, w szczególności Deklaracje Zgodności, Certyfikaty Jakości CE. Kwestionując jakość oferowanych przez odwołującego materiałów szewnych, zamawiający podważa wiarygodność tych dokumentów, jak również użyteczność materiałów szewnych w medycynie. Podważenie takich właściwości następuje w innym trybie, więc zamawiający nie ma prawnej możliwości do wydania opinii, jak w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty. Ponadto wskazać trzeba, że zamawiający nie ma odpowiednich warunków technicznych, aby móc zweryfikować dostarczone przez odwołującego próbki, albowiem procedury w tym zakresie i metodologię badania szwów chirurgicznych określa monografia farmakopei europejskiej. Trzeba zatem przyjąć, że dokonana przez zamawiającego ocena, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty odwołującego, była oceną subiektywną, dokonaną w oparciu o



rzekome doświadczenia przeprowadzone w warunkach niezapewniających powtarzalności prób.

Dowód:

1. certyfikat zatwierdzenia systemu całkowitego zapewnienia jakości nr L 0643927-04 z załącznikiem,
2. certyfikat badania projektu typu WE nr 0744166-01,
3. certyfikat badania projektu typu WE nr 0643946-02,
4. certyfikat oceny projektu typu WE nr 93142/EWG,
5. deklaracja zgodności z dyrektywą o wyrobach medycznych nr 93/42/ EWG -AssuCryl,
6. deklaracja zgodności z dyrektywą o wyrobach medycznych nr 93/42/ EWG -AssuCryl Lactin,
7. deklaracja zgodności z dyrektywą o wyrobach medycznych nr 93/42/ EWG -Nylon i inne,
8. potwierdzenie wpisu do rejestru wyrobów medycznych -AssuCryl Lactin z dnia 13 marca 2009 r.,
9. zaświadczenie nr 126/08 z dnia 28 marca 2008 r.

Podkreślić należy, że odwołujący godził się na kryterium oceny jakości, jako jedną z podstaw wyboru oferty. Jednakże każdy z uczestników przetargu, w tym odwołujący, ma prawo oczekiwać, że zamawiający dokonuje oceny jakości w sposób zapewniający obiektywizm i powtarzalność warunków. Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty nie sposób wyciągnąć takiego wniosku.

Dodać przy tym trzeba, że stwierdzenie zawarte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, dotyczące rzekomego wyginania się igieł, może świadczyć o niewłaściwym używaniu dostarczonych próbek przez zamawiającego.

W konsekwencji uznać trzeba, że przyjęta przez zamawiającego procedura sprawdzania jakości nie pozwala na obiektywne stwierdzenie, czy produkty oferowane przez danego oferenta spełniają warunki określone w specyfikacji. Tym samym doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych.

III

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z którą:

„1. Opis przedmiotu zamówienia:

1.1 Przedmiot zamówienia stanowi dostawa materiałów szewnych, siatek przepuklinowych i klipsów tytanowych dla potrzeb Oddziału Chirurgii, Oddziału Wewnętrznego i Izby Przyjęć Szpitala im. Strusia w Poznaniu w asortymencie i ilościach wymienionych w poniższym

zestawieniu oraz na załączonym formularzu ofertowym. Wymagane cechy przedmiotu zamówienia zostały opisane poniżej oraz na załączonym formularzu ofertowym.

(...)

WYMAGANIA dla PAKIETÓW I -XIX. XXIV i XXV:

1. oferowane szwy winny być wykonane z poliamidu lub polipropylenu,
2. w każdym pakiecie zaznaczono wymagany rodzaj igieł: okrągła, tnąca lub odwrotnie tnąca i tylko takie rodzaje są dopuszczalne; zamawiający jako wiążący zapis traktuje zapis jaki znajduje się przy każdym z pakietów
3. dopuszczalną tolerancję wymaganych rozmiarów podano w każdym pakiecie,
4. wymagane cechy:

nici - nici winny łatwo przechodzić przez tkanki (nie mogą być tępe) i nie mogą się strzępić po kilkakrotnym przeciągnięciu przez tkanki, muszą być mocne, dobrze wybarwione, nie zachowujące pamięci zwoju oraz dawać możliwość łatwego wykonania węzła, trwałość założonego węzła, dająca bezpieczeństwo pacjentowi; nie utrudniająca pracy operatora; przydatna do zabiegów do jakich mają być stosowane;

igły – to gładkość powierzchni, precyzyjność szlif (wysoka ostrość), łatwość przenikania przez tkanki (powłoki skórne), odporność na odkształcanie, stabilność igły w imadle, trwałe połączenie nitki z igła (uniemożliwiające niekontrolowane oderwanie nitki od igły)

5. w przypadku jeśli liczba zamawianych szwów nie dzieli się przez liczbę szwów w opakowaniu oferowanym, liczbę oferowanych opakowań w kol. 6 formularza ofertowego należy zaokrąglić do pełnego opakowania w górę;

UWAGA: Oferowany sprzęt winien spełniać wszystkie wymagane cechy; nie spełnienie choćby jednego z wymaganych warunków spowoduje odrzucenie oferty. W danym pakiecie.

Z kolei punkty 13.2 i 13.5 Specyfikacji, stanowią, że:

„13.2 Oceny dokona Komisja Przetargowa. Każdy z członków Komisji oceny każdej oferty dokona indywidualnie mając do dyspozycji 100 pkt. w ramach znaczenia określonego w pkt.

13.1. Do oceny zostaną dopuszczone tylko te oferty, które spełniają wszystkie wymagane warunki w danym pakiecie, opisane w SIWZ.

(...)

13.5 W ocenie kryterium określonego w pkt. 13.1 b/ (ocena parametrów użytkowych) podlegać będą własności użytkowe sprzętu wg cech sprawdzonych doświadczalnie, zgodnie z jego przeznaczeniem, na podstawie dostarczonych próbek zgodnie z pkt. 1.4 niniejszej specyfikacji. Możliwa do uzyskania punktacja D -3D pkt".

Biorąc pod uwagę treść powyższych postanowień, uznać trzeba, że zamawiający z jednej strony nie dokonywał oceny jakości szwów załączonych do oferty, gdyż ofertę odrzucił na podstawie pkt 13.2, albowiem -w jego opinii -oferta odwołującego nie spełniła wszystkich wymaganych warunków w danym pakiecie.

Jednakże, biorąc pod uwagę treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający odrzucił na podstawie dokonanych doświadczalnie badań, oceniając jakość szwów jako bardzo niską. W konsekwencji uznać należy, że w istocie doszło do oceny jakości próbek szwów dostarczonych przez odwołującego.

W tym miejscu podkreślić należy, że na podstawie pkt 13.2 taka ocena nie powinna w ogóle mieć miejsca, skoro oferta została odrzucona. Jeżeli doszło do oceny, to znaczy, że zamawiający uznał, iż treść oferty w rzeczywistości odpowiada treści specyfikacji, a tym samym nie powinien jej na tej podstawie odrzucić.

Ponadto, rzetelność dokonanej oceny może budzić uzasadnione wątpliwości. Z treści punktu 13.2 wynika bowiem, że każdy członek komisji tj. zarówno lekarz, jak i pracownik administracji szpitala nie będący lekarzem, ale będący członkiem komisji przetargowej, dokona oceny jakości indywidualnie. Tymczasem z zawiadomienia o odrzuceniu oferty wynika, że użyteczność szwów była oceniana przez operatorów w trakcie zabiegu. Nieprawdopodobne jest, by ktokolwiek inny niż lekarz posiadający właściwe uprawnienia i umiejętności, operował pacjentów, nawet jeśli jest członkiem komisji przetargowej.

Jak już wskazano, odwołujący mógł oczekiwać, że ocena jakości i użyteczności zostanie dokonana w sposób, który umożliwi wyrażenie opinii wszystkim członkom komisji, a więc z użyciem obiektywnych urządzeń, metod pomiarów i procedur określonych w monografii farmakopei europejskiej. Tymczasem treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty, budzi w tym zakresie poważne wątpliwości. Tym samym należy uznać, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania przetargowego, naruszające zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

#### IV

W dalszej kolejności wskazać należy, że zamawiający -odmawiając udostępnienia odwołującemu protokołów, na podstawie których dokonano oceny jakości próbek - w sposób rażąco naruszył wyrażoną w art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych zasadę jawności postępowania.

Dowód:

1. pismo zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2009 r.

Artykuł 8 ust. 2 ustawy stanowi bowiem, że nie ujawnia się jedynie informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione.

Jak już wspomniano, pismem z dnia 19 marca 2009 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie szeregu dokumentów związanych z postępowaniem przetargowym. Zamawiający wyznaczył termin udostępnienia dokumentacji na dzień 25 marca 2009 r. Jednakże w tym dniu odmówiono odwołującemu dostępu do kompletu dokumentacji objętej wnioskiem z dnia 19 marca 2009 r. Podkreślić należy, że odwołujący nie uzyskał dostępu do informacji związanych z oceną dostarczonych przez niego próbek, która stanowiła przyczynę odrzucenia jego oferty.

Ponadto wskazać należy, że udostępnione odwołującemu protokoły nie zawierały informacji dotyczących procedury badania złożonych ofert, w szczególności informacji dotyczących oceny jakości próbek dostarczonych przez oferentów.

W konsekwencji, poza naruszeniem zasady jawności, doszło także do naruszenia art. 96 ust. 1, 2 i 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Protokoły udostępnione odwołującemu nie spełniają bowiem wymogów określonych w art. 96 ustawy, a także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują uczestnikom postępowania, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. przepis należy interpretować ściśle, w sposób wynikający z jego literalnego brzmienia, które nadał mu krajowy ustawodawca. Jak wynika z zasadny domniemania racjonalności ustawodawcy, wymagania dyrektyw wspólnotowym w tym zakresie zostały właściwie transponowane do polskiego porządku prawnego.

W związku z powyższym uznać należy, iż jedynie uczestnik postępowania, tzn. podmiot, który ubiega się o przyznanie zamówienia oraz podejmuje działania zabezpieczające możliwość jego uzyskania, legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu ww. przepisu.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby w tym zakresie, pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia musi dotyczyć możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, nie może dotyczyć hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w przyszłych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego po unieważnieniu bieżącego postępowania.

Tymczasem, jak wynika z przedstawionego wyżej stanu faktycznego sprawy, odwołujący w odwołaniu nie zakwestionował zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli istnienia materialnoprawnej podstawy odrzucenia jego oferty, ale jak można wnioskować z treści odwołania, jego zarzuty sprowadzają się *de facto* do kwestionowania sposobu przeprowadzenia przez zamawiającego czynności oceny ofert, a właściwie zbyt lakonicznego, merytorycznie nieweryfikowalnego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, a także nieudostępnienia odwołującemu dokumentów oraz informacji na temat ww. czynności (uchybień proceduralne w trakcie oceny i wyboru ofert).

Ponadto, co wynika z treści odwołania oraz zostało potwierdzone na rozprawie przez pełnomocnika strony, zamawiający nie domaga się stwierdzenia czy potwierdzenia przez Izbę, iż jego oferta odpowiada treści siwz, ale wnosi jedynie o unieważnienie postępowania w związku z licznymi naruszeniami przepisów, których w jego trakcie dopuścił się zamawiający w stosunku do oferty odwołującego i ogólnie w postępowaniu. Jak zostało przytoczone w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia są to przepisy art. 7, art. 8 i art. 96 Pzp, brak jest natomiast zarzutów i żądań związanych bezpośrednio z przepisem stanowiącym podstawę odrzucenia oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący nie domagał się przywrócenia jego oferty do postępowania i jej wyboru jako najkorzystniejszej, poprzestał jedynie – jak już wskazywano – na twierdzeniu, iż charakter czynności zamawiającego oraz sposób ich przeprowadzenia połączony z odmową udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania, właściwie uniemożliwiają odniesienie się do nich i ich weryfikację.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż odwołujący korzystając ze środków ochrony prawnej w opisany wyżej sposób, właściwie zrezygnował z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy w jej Dziale VI, tzn. zmierzających do ochrony możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia. Tym samym uznano, iż odwołanie podlega oddaleniu ze względu na brak interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Raz jeszcze należy podkreślić, iż nie domagając się unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz jej ponownej oceny, odwołujący *de facto* zrezygnował z uzyskania zamówienia.

Izba wskazuje również, iż zgodnie z art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp w postępowaniu o wartości niższej niż wartości kwot wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego odrzucenia oferty oraz innych okoliczności wymienionych w pozostałych punktach ust. 1a w art. 184. Według ww. katalogu brak jest możliwości kwestionowania w drodze odwołania czynności zamawiającego dotyczących zaniechania ujawnienia dokumentacji postępowania czy w inny sposób utrudniania dostępu do informacji związanych z postępowaniem. W związku z powyższym w zakresie dotyczącym zarzutów związanych z naruszeniem zasad postępowania związanych z jawnością i przejrzystością jego prowadzenia, odwołanie podlegałoby odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

Na marginesie zapadłego rozstrzygnięcia opartego na braku interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, skład orzekający Izby wskazuje, iż podziela stanowisko odwołującego w przedmiocie niezachowania przez zamawiającego niezbędnej jawności i przejrzystości w trakcie prowadzonego postępowania – w odniesieniu do czynności związanych ze stwierdzaniem zgodności/niezgodności dostarczonych materiałów z treścią siwz – co znajduje oparcie w zasadach udzielania zamówień wyrażonych w ustawie.

W ocenie Izby niedopuszczalne jest zastrzeżenie sobie przez zamawiającego możliwości dokonywania zupełnie arbitralnych ocen składanych ofert, przy niedookreślonych i nieostrych kryteriach jakościowych zgodności z wymaganiami siwz, podejmowanych w wyniku tajnych eksperymentów, do których wyników, metodologii czy warunków przeprowadzenia, wykonawcy w żaden sposób nie będą mogli się odnieść.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty opłat skarbowych od przedłożonych pełnomocnictw oraz koszty przejazdu na podstawie przedstawionych biletów PKP. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami) nie uwzględniono wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z powodu nie przedłożenia rachunku wymaganego w powołanym przepisie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....