

Sygn. akt KIO 99/11

WYROK
z dnia 31 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 i 28 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 stycznia 2011 r. przez **Tomasza Waclawka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOMED Zapatrzenie Medyczne, ul. Związkowa 3B, 20-148 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Przemysłowa 4a, 24-300 Opole Lubelskie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Tomasz Waclawka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOMED Zapatrzenie Medyczne, ul. Związkowa 3B, 20-148 Lublin i nakazuje i zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Tomasza Waclawka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOMED Zapatrzenie Medyczne, ul. Związkowa 3B, 20-148 Lublin** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 17 stycznia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez **Tomasza Waclawka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: TOMED Zaopatrzenie Medyczne**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Opolu Lubelskim**.

Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp” czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup sprzętu medycznego oraz wdrożenie systemów informatycznych w celu poprawy diagnostyki i leczenia w SP ZOZ Opole Lubelskie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 16.11.2010 roku pod nr 2010/S 222-339886.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz rozdziału XIII pkt 1 SIWZ, które to naruszenie, miało istotny wpływ na wynik postępowania i wnoszono o:

Uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności:

1. odrzucenia oferty Odwołującego
2. wybór oferty najkorzystniejszej
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty firmy Techpol Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Uwzględnienia kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3 600,00 zł.
5. dopuszczenie opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismo z dnia 22.11.2010 roku przekazane przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów Sekretarz Stanu - Julię P.
6. dopuszczenie opinii specjalisty z zakresu serwisu rentgenowskiego.

W uzasadnieniu podnoszono, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z SIWZ rozdział III pkt 6 i 7 Odwołujący złożył ofertę na - zadanie nr 6.

Rozdział XIII SIWZ - określał szczegółowo sposób obliczania ceny, pkt 1 SIWZ - zawiera postanowienie: cena brutto podana przez wykonawcę w ofercie - cena netto + VAT. Dla zadania Nr 6 - „zestawienie wymaganych parametrów techniczno - użytkowych” zał. Nr 1 SIWZ - Zamawiający sporządził formularz: etapy i czynności wykonywania, na którym należało

sporządzić wycenę jednostkową z podaniem stawki VAT, podane w ofercie firmy Techpol Medical kwoty wartości brutto są całkowicie abstrakcyjne. Podana jest stawka procentowa tj. 7% i 22% VAT, a nie są podane poszczególne wartości podatku VAT. Według oferty firmy Techpol Medical cena jednostkowa netto - dotyczy podatku VAT 7% i 22% - podany przez oferenta Techpol Medical sposób wyliczenia ceny wartości brutto nie pozwala na wystawienie faktury VAT - nie wiadomo jaki podatek zastosowano, do jednej kwoty zastosowane dwie skale podatkowe. Oferta firmy Odwołującego zawiera szczegółowe rozbieżności na wartości - skala podatkowa 7% kwota wartości netto i wartości brutto, podobnie jeżeli chodzi o skalę 22% dokumentują to załączone do odwołania zestawienia przedstawiające również ceny końcowe. W tym stanie rzeczy oferta firmy Techpol Medical powinna być odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło pod pretekstem niespełnienia przez ofertę firmy TOMED wymagań SIWZ Zamawiającego - zarzut niespełnienia wymaganych SIWZ parametrów techniczno- użytkowych (zadanie nr 6) - z treścią złożonej oferty wg uzasadnienia zawartego w protokole z dnia 03.01.2011 r., który Odwołujący oferent otrzymał pocztą dnia 07.01.2011 r. znak ZP23/2010 pkt. IV.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego się Zamawiający wymienia poz. od 1 do 14 podając niezgodność zapisu parametrów wymaganych i oferowanych. Odwołujący wyjaśniał, że jest to całkowite nieporozumienie. Podane parametry techniczno-użytkowe spełniają żądane przez Zamawiającego parametry, a nawet są korzystniejsze pod względem wymogów technicznych, co m.in. w sposób nie budzący wątpliwości wynika z opinii specjalisty Kazimierza Waclawka (opinia w załączniku do odwołania). Niezgodności treści oferty z zapisami zawartymi w SIWZ są tylko pozorne i nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia faktycznie korzystnej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie skorzystał z możliwości, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonał zatem wyboru oferty z naruszeniem obowiązującego prawa, droższej o ponad 200 000,00 zł oraz jakościowo gorszej. W tej sytuacji Odwołujący wskazywał, że odwołanie jest w pełni zasadne. Załącznik do odwołania stanowi pismo z dnia 22.11.2010 roku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych gdzie podaje się, że błędnie podana stawka VAT jest bezspornym powodem odrzucenia oferty - w tym przypadku dotyczy to oferty Techpol Medical Lublin. Odwołujący oczekuje, że Zamawiający postąpi w opisanym przypadku tak samo, a więc odrzuci ofertę wybraną zawierającą błędnie podaną stawkę VAT.

W toku rozprawy Zamawiający przedłożył Izbie odpowiedź na odwołanie. Wnosił o oddalenie odwołania i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania. Wskazywał na art. 7 ustawy Pzp, gdzie zawarte są fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasada

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co pozwala efektywnie i gospodarnie dysponować środkami publicznymi i zapewnia dostęp do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

Podnosił, że w prowadzonym postępowaniu dla zadania 6 przyjęto wynagrodzenie dla wykonawcy w formie ryczałtu. Zgodnie z pkt X SIWZ wykonawca winien wypełnić formularz ofertowy – załącznik nr 2 wraz z odpowiednim dla danego zadania „Zestawieniem parametrów technicznych” (objętych załącznikiem nr 1 do wzoru oferty). Zestawienie to kończyło się tabelą dzielącą realizację zadania na dwa etapy z rubrykami j.m., cena jednostkowa netto, Vat, cena jednostkowa brutto, wartość netto, wartość brutto. Prawidłowo wypełniona tabela powinna zawierać dane dla całego etapu I i II bez dalszego ich wewnętrznego podziału na roboty budowlane oraz dostawę i uruchomienie sprzętu. Rubryka „wartość brutto” winna posiadać jedną wartość cyfrową dla całego każdego etapu. W rubryce „VAT” powinny być podane stawki podatku VAT w %. Odwołujący dokonał wewnętrznego podziału każdego etapu i podał dla jednej ceny jednostkowej netto stawkę VAT 7% a dla drugiej stawkę VAT 22%, zaś wykonawca Techpol Medical Sp. z o.o. podał w rubryce „wartość brutto” jedną kwotę brutto za I etap i jedną kwotę za II etap. W rubryce VAT wskazano stawki podatku 7 i 22% bez przypisania stawek do zakresu zadania. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wymagał w tabeli dokonania dalszego podziału w ramach etapów i przedstawienia konkretnie nazwanych w tabeli wartości w ramach każdego etapu dla robót budowlanych i dostaw, to wykonawca Techpol Medical podając prawidłowe wartości stawek podatku VAT prawidłowo wypełnił tabelę i dlatego zarzut Odwołującego jest nietrafny. Dlatego też Zamawiający wniósł o niedopuszczenie jako dowodu w sprawie wskazywanej przez Odwołującego opinii Prezesa UZP.

Zamawiający nie podzielił również stanowiska Odwołującego, że sposób wyliczenia ceny wartości brutto przez wybranego wykonawcę nie pozwala na wystawienie faktury VAT. Podstawę do wystawienia faktury VAT będzie stanowiła umowa określająca dla wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe wyrażające się konkretną kwotą netto i brutto zaś samo wystawienie faktury jest czynnością czysto techniczną. Podniesiono, że to przedsiębiorcę biorącego udział w postępowaniu obciąża obowiązek prawidłowego wystawienia faktury. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, to przedsiębiorca winien posiadać odpowiednią wiedzę, zatem także w zakresie zastosowania prawidłowej stawki VAT.

W postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto, która zgodnie z pkt XIII ppkt 1 winna być obliczona jako cena netto plus VAT. Porównując formularze ofertowe obu wykonawców biorących udział w postępowaniu, Zamawiający ponad wszelką wątpliwość stwierdził, że każdy z nich dokonał obliczenia ceny brutto zgodnie ze wskazanym w SIWZ sposobem.

Zamawiający podnosił również, iż Odwołujący mija się z prawdą twierdząc, że odrzucenie jego oferty nastąpiło pod pretekstem niespełnienia wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych oraz że zaoferowane parametry spełniają żądane przez Zamawiającego wymagania, a nawet są korzystniejsze pod względem wymogów technicznych. Zamawiający doprecyzował, że w przypadku 11 parametrów techniczno-użytkowych oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ (pierwotnie w zawiadomieniu o wyborze wskazywano na 14 punktów). Wymienione w załączniku dołączonym do odwołania niezgodności czynią ofertę Odwołującego niezgodną z SIWZ i w tym zakresie stanowisko przeciwne prezentowane przez Odwołującego jest chybione.

Za nietrafne uznał także Zamawiający stanowisko Odwołującego, że Zamawiający dokonał wyboru z naruszeniem obowiązującego prawa z uwagi na to, że nie skorzystał z możliwości określonych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazano, że przepis ten w zaistniałym stanie faktycznym nie może mieć zastosowania ponieważ wyjaśnianie oferty musi ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści oferty, a procedura ta nie może prowadzić do wprowadzenia jakichkolwiek zmian w treść oferty.

W części końcowej odpowiedzi podniesiono, że Zamawiający nie dokonał w postępowaniu żadnej czynności, w związku z dokonaniem której doszłoby do naruszenia przepisów ustawy, dlatego też wniesiono o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po żadnej ze strony nie przyłączył się inny wykonawca.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów przedłożonych w toku rozprawy i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po drugie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną w postępowaniu a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy, na warunkach, które umożliwią jej wykonanie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienie podzielone zostało na części, z możliwością składania ofert częściowych.

W SIWZ, w punkcie XIII Zamawiający określił sposób obliczenia ceny, w ten sposób, iż wykonawcy zobowiązani byli do podania w ofercie ceny brutto, na którą składać się miały cena netto + VAT.

W przypadku przedmiotu zamówienia, wykonawcy wraz z formularzem oferty na załączniku nr 2 przedłożyć mieli *Zestawienie parametrów technicznych*. Zestawie to kończyła tabela, w której należało podać nazwę urządzenia, jednostkę miary, cenę jednostkową netto, Vat, cenę jednostkową brutto, wartość netto, wartość brutto.

W części 6 postępowania złożono dwie oferty. W obu z nich wykonawcy do przedmiotu zamówienia zastosowali dwie stawki podatku Vat w wysokości 7 i 22%. Oferta Odwołującego (z najkorzystniejszą ceną, według jedyne go kryterium wyboru) zawierała rozbieżności w kolumnach dotyczących ceny na kwoty objęte poszczególnymi stawkami, natomiast w ofercie drugiego z wykonawców wyszczególniono jedynie łączną wartość netto i łączną wartość brutto, bez wskazania, którą stawką objęte są poszczególne elementy zamówienia.

W wyniku badania i oceny ofert, oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie parametrów technicznych wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia, tj. w przypadku aparatu typu telekomando: zakresu czasu ekspozycji, zasilania cyfrowego płaskiego detektora, zmotoryzowanego zakresu przesuwu wzdłużnego w stole, zmotoryzowanego zakresu przesuwu poprzecznego w stole, obciążenia stołu w związku z maksymalną wagą pacjenta, blatu stołu wykonanego z włókna węglowego o ekwiwalencie mm Al, dynamicznego płaskiego detektora cyfrowego FDP, wyjmowanego bez użycia narzędzi, przenośnego, dynamicznego FDP z możliwością wykonania projekcji fluoroskopowych oraz możliwości obrotu detektora o 90 stopni w zależności od rodzaju akwizycji. W przypadku cyfrowego uniwersalnego zestawu RTG Zamawiający wskazał niezgodności dotyczące: maksymalnego obciążenia blatu pacjenta, zakresu czasu ekspozycji generatora, mocy ognisk lampy RTG, rozdzielczości detektora oraz mocy minimalnej zasilacza awaryjnego.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta następną w kolejności pod względem ceny.

Na tak dokonaną ocenę odwołanie wniósł Odwołujący wskazując, że nieprawidłowo dokonano czynności odrzucenia jego oferty oraz zaniechano czynności odrzucenia oferty wybranej, która w jego ocenie zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu nieprawidłowego odrzucenia jego oferty, należało uznać, iż zarzut powyższy nie znalazł potwierdzenia.

W związku z udzieloną odpowiedzią na odwołanie Zamawiający zredukował liczbę niezgodności oferowanych aparatów do 11 punktów, uznając tym samym, że w zakresie czasu ekspozycji określonego zarówno dla aparatu typu telekomando oraz cyfrowego uniwersalnego zestawu RTG, a także w przypadku rozdzielczości płaskiego detektora cyfrowego powyższe urządzenia spełniają wymogi określone w SIWZ. W zakresie pozostałych punktów podtrzymano decyzję, iż określone przez Odwołującego parametry nie spełniają oczekiwań Zamawiającego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego w toku prowadzonej rozprawy potwierdzono, iż Zamawiający dokonał właściwej oceny treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego i zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ odnoszącymi się do parametrów techniczno-użytkowych oferowanych aparatów ł prawidłowo odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Potwierdziły się ponad wszelką wątpliwość niezgodności dotyczące maksymalnej wagi pacjenta (pkt 35; wymagano min. 220 kg, oferowano 200kg), maksymalnego obciążenia blatu pacjenta (pkt 18; wymagano min. 300 kg, oferowano 200 kg) oraz blatu stołu wykonanego z włókna węglowego o ekwiwalencie mm Al wynoszącym max. 0,5 mm Al (pkt 36; oferowany parametr na poziomie 0,7 mm Al). Okoliczności te potwierdził w toku rozprawy sam Odwołujący stwierdzając, że jego oferta nie spełnia tych parametrów określonych w SIWZ, tłumaczył on, że nie są to wartości normatywne i w tym zakresie Zamawiający nie określił i nie przywołał żadnych norm, które uprawniałyby do żądania parametrów o wartościach określonych w SIWZ. Nawet jeżeli zarzuty Odwołującego w tym zakresie są prawdziwe, uznać należało je za spóźnione ponieważ odnoszą się one wprost do zapisów SIWZ, gdzie upłynął już termin na korzystanie ze środków ochrony prawnej i negowanie wymagań Zamawiającego. Postanowienia SIWZ są wiążące i obowiązujące dla wszystkich wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu, na ich podstawie zaś należało dokonać oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż w toku prowadzonego postępowania wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z pytaniami dotyczącymi kwestionowanych parametrów. Fakt ten potwierdzają odpowiedzi na pytania z dnia 1 grudnia 2010, gdzie Zamawiający konsekwentnie nie dopuścił aparatów o niższej wartości obciążalności blatu (pismo znak

ZP/23/2010). Odwołujący odnośnie blatu stołu podnosił, że w innym przypadku Zamawiający dopuścił aparat ze statywem o ekwiwalencie min. 0,7 mm Al. Jednakże Izba stwierdziła, iż po pierwsze dotyczyło to innego urządzenia, niż te, w którym parametr taki zastosował Odwołujący, po drugie zaś samo dopuszczenie parametru w innym urządzeniu nie uzasadnia i nie udowadnia tezy, iż parametr ten mógł wynosić 0,7 mm Al w urządzeniu, w którym zaoferował go Odwołujący.

Skład orzekający Izby uznał, iż w przypadku kwestionowanego pkt 17 (zasilanie płaskiego cyfrowego detektora – FPD), gdzie wymagano 1 fazy, 230 VAC, \pm 10%, 50/50 Hz, Odwołujący w ofercie wpisał 1 fazę, 200 \pm 10%, 50/60 Hz nie może być mowy o błędzie pisarskim. Ponadto Odwołujący odnosił się tylko do wartości 230 VAC, nie wspominając o wartości 50/60 Hz (czyli innej niż wymagano).

W przypadku parametru dotyczącego mocy ognisk (pkt 38) i określonego w SIWZ na poziomie 40 kW/102kW, Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie dopuścił w przypadku cyfrowego uniwersalnego zestawu RTG aparat z lampą o mocy ognisk min. 40 małe i 100 kW duże, dlatego też w tym przypadku Izba uznała, iż oferowany przez Odwołującego aparat spełniał wymagania SIWZ.

Odnośnie pkt 162 (zasilacz awaryjny, moc min. 1500Va/100W), gdzie należało wpisać parametry oferowanego zasilacza Odwołujący wpisał 1500 VA. W tym zakresie Izba uwzględniła opinię Odwołującego i przychyliła się do wniosku, że taki zapis mógł stanowić błąd pisarski i mógł być przez Zamawiającego odczytany zgodnie z wymaganiem, ewentualnie poprawiony lub wyjaśniony ramach zastosowania procedury z art. 87 ustawy Pzp.

Jeżeli chodzi o kwestionowane punkty 31, 29, 54, 55, 64 w przypadku uniwersalnego zdalnie sterowanego cyfrowego aparatu RTG typu telekomando, Izba postanowiła odnieść się do nich wspólnie, ponieważ różnice między wymaganymi przez SIWZ parametrami, a tymi oferowanymi przez Odwołującego wynikają z faktu zaproponowania aparatu o wymiarach większych niż wskazane w SIWZ (tj. 43x43 cm). W odpowiedziach na pytania Zamawiający wyraźnie nie dopuścił w przetargu zaoferowania systemu bez możliwości obrotu detektora o 90 stopni, w zależności od rodzaju ekspozycji (pismo z dnia 1 grudnia 2010 roku), dlatego też nie istniała możliwość uwzględnienia zarzutu niezgodności wskazanej w pkt 64 SIWZ, nawet jeżeli obrót taki w oferowanym aparacie był niewymagany ze względu na jego wymiary. Zamawiający wymagał detektora wyjmowanego bez użycia narzędzi, przenośnego, natomiast Odwołujący zaoferował rozwiązanie z dwoma detektorami, jednym umieszczonym w stole, drugim przenośnym. Rozwiązanie takie, w ocenie składu orzekającego należałoby uznać za rozwiązanie wariantowe, skoro zaś

Zamawiający nie dopuścił stosowania rozwiązań wariantowych, nie istniała możliwość uwzględnienia zarzutów w powyższym zakresie.

Analiza odpowiedzi na pytania prowadzi do wniosku, iż być może Odwołujący zaoferował aparaty nowocześniejsze, lepsze, łatwiejsze w obsłudze i eksploatacji, jednakże oferowane urządzenia w wskazanych wyżej punktach nie spełniają wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący nie wykazał także dlaczego i w jakim zakresie parametry w proponowanych aparatach rzeczywiście są lepsze tylko ze względu na zaoferowanie urządzenia o większych wymiarach. Przedłożony na rozprawie wyciąg ze strony internetowej, w przypadku którego Odwołujący podnosił, że wskazywać on może, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia oczekując konkretnego produktu, w ocenie składu orzekającego nie udowodnił tej teorii. Być może jest to urządzenie, które posiada parametry opisane przez Zamawiający jednakże nie udowodniono, że nie istnieją inne urządzenia, które takie parametry również posiadają. Znaczący, w ocenie składu orzekającego Izby, jest fakt, iż na etapie po ogłoszeniu a przed upływem terminu składania ofert żaden z wykonawców, w tym także Odwołujący, nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie zaskarżył opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby termin na skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania był terminem wystarczającym. Zamawiający prowadził postępowanie w otwartej procedurze i nie skrócił terminu składania ofert, a więc nie można podzielić opinii Odwołującego, że nie zdążył skorzystać z przysługujących wykonawcy praw ze względu na krótkie terminy.

Istotną w kontekście powyższych zarzutów, wydaje się w ocenie Izby, uwaga, iż o odrzuceniu oferty Odwołującego zdecydowała niezgodność treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ. W rozpatrywanym przypadku, bowiem to treść SIWZ, a w szczególności poszczególne jej postanowienia opisujące urządzenia, których dostawę zamierza zakupić Zamawiający, decydowały o tym, czy oferowany przez Odwołującego sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. To treść tegoż opisu stanowiła punkt odniesienia w procesie oceny zgodności treści złożonej przez Odwołującego oferty, tak dla Zamawiającego, jak i w dla Izby. Tak jak to już zostało napisane powyżej Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do kwestionowania prawidłowości postanowień opisu przedmiotu zamówienia w przewidzianym ustawą terminie. Dlatego też zarzuty obecnie zmierzające de facto do kwestionowania prawidłowości zapisów SIWZ, Izba uznała za spóźnione i nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy.

W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Techpol Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, należało uznać, iż zarzut powyższy nie znalazł potwierdzenia.

W pierwszym rzędzie wymagało dostrzeżenia, że w zakresie popierania powyższego zarzutu Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. W świetle brzmienia tego przepisu, Odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego (jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją ustawy Pzp) - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiej kwestionowanej w odwołaniu czynności Zamawiającego – tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Techpol Medical Sp. z o.o. nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach sprawy, oferta Odwołującego, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje neutralne dla tego wykonawcy.

Odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Trafny wydaje się jednak pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego

szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie, następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności.

W świetle powyższego, Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkada ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie wykazał interesu, prowadzą do wniosku, iż Odwołujący w zakresie zarzutu sformułowanego wobec wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Techpol Medical Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, traci on status uczestnika tego przedmiotowego postępowania przetargowego, z uwagi na skuteczne odrzucenie jego oferty, nie ma on interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w podnoszeniu zarzutów w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą. Z tych względów Izba nie odniesie do nich merytorycznie.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że przedłożona opinia Prezesa UZP dotyczy innego stanu faktycznego i prawnego. Stanowisko w tym zakresie przedstawione na rozprawie nie bierze pod uwagę postanowień SIWZ, które miały charakter wiążący i nie były kwestionowane przed składaniem ofert.

Izba nie dopatrzyła się więc naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wskazanym w odwołaniu, które pozwoliłoby na uwzględnienie odwołania. Nie można zarzucić Zamawiającemu, że prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania

wykonawców i z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie mogła jednocześnie uwzględnić wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego ponieważ zgodnie z § 3 pkt 2) przywołanego rozporządzenia o kosztach zwrot uzasadnionych kosztów strony dokonany być może jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....