

Sygn. akt: KIO 2428/12

WYROK
z dnia 20 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012r. przez wykonawcę **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa (dalej: „zamawiający” lub „Instytut”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę implantów do leczenia głuchot przewodzeniowych i jednostronnych – 30 szt.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

25 października 2012 r. w formie faksu zamawiający poinformował wykonawcę OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „OTICON”) o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu pisma wyjaśniał, że opis przedmiotu zamówienia narusza podstawową zasadę Pzp – zasadę uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy). Powyższe naruszenie powoduje wystąpienie wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż wywiera bezpośredni wpływ na wynik postępowania, a więc zaistniała nieusuwalna przesłanka unieważnienia postępowania.

5 listopada 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu w tej samej dacie (bezpośredni wpływ do zamawiającego potwierdzony prezentatą).

W odwołaniu OTICON twierdził, że zamawiający naruszył:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie postępowania przetargowego pomimo, iż nie jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez błędne ustalenie w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, iż oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”),
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp, przez niezastosowanie, tj. nie wykorzystanie wszystkich dostępnych instrumentów ustawowych pozwalających na wyjaśnienie złożonej oferty potwierdzenie, iż jest ona zgodna z treścią siwz,
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przez inne interpretowanie zapisów specyfikacji, doprecyzowanie wymagań zawartych w siwz na etapie badania i oceny ofert, wcześniejsze zignorowanie informacji od odwołującego o nieprawidłowości zapisu, a następnie unieważnienie postępowania na tej podstawie.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przetargowego,
- 3) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania zawarte w siwz.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący stwierdził, że faktem jest, iż zamawiający posłużył się znakami towarowymi przy opisie przedmiotu zamówienia. W trybie złożenia zapytań do siwz odwołujący wskazał, że w 26 punkcie załącznika nr 3 do siwz użyto nazwy Osscora, która jest zastrzeżonym znakiem towarowym firmy Cochlear i zapytał czy zamawiający w związku z art. 29 ust. 3 ustawy jest skłonny zmienić zapis w punkcie 26 załącznika nr 3 do siwz z „kompatybilne z modelem WS-75 Oscora” na „kompatybilne z modelem WS-75 Osscora lub równoważnym”. Zamawiający jednak zignorował zapytanie odwołującego i nie dokonał zmiany w wymaganiu zawierającym wskazanie nazwy towarowej. Wobec braku odpowiedzi odwołujący uznał, iż uchybienie można potraktować jako oczywistą omyłkę - gdyż zawsze i we wszystkich ok. 60 przetargach dopuszczona jest równoważność, oraz wskazany zakres równoważności (ostrze ma umożliwić odpreparowanie płata skórnego o grubości max 0,6 mm). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał identyczny zakres równoważności określony jako grubość płata max. 0,6 mm" (a zatem mniejsza lub równa 0.6 mm). Zatem pomimo nie zastosowania słów „lub równoważny” dopuścił inne rozwiązania, zapewniające

odpreparowanie płata o grubości np. 0,5 mm. 0,4 mm. 0,35mm. Zdaniem odwołującego z zapisu można bezpośrednio wywieść jaki parametr jest istotny i co zaoferowane ostrze musi umożliwić - mianowicie: „ostrze do dermatomu kompatybilne z modelem WS-75 Oscora, umożliwiające odpreparowanie płata skórno o grubości max 0,6 mm”. Zapis ten ewidentnie wskazuje na funkcjonalność urządzenia i nawet bez literalnego wskazania równoważności można wnioskować, że urządzenie umożliwiające odpreparowanie płata skórno o grubości max 0,6 mm ten wymóg będzie spełniać. OTICON zwracał uwagę, że ostrze (o wartości około trzydziestu złotych) jest wyłącznie instrumentarium pomocniczym. Samo ostrze ma znaczenie marginalne - ma umożliwić odpreparowanie płata skórno by lekarz mógł dokonać implantacji w kości czaszki. Takie ostrze wraz z całym niezbędnym osprzętem zostało zamawiającemu zaoferowane. Odwołujący zwracał również uwagę, że z literalnej analizy zapisu siwz wynika, że ostrze do dermatomu miało być „kompatybilne z modelem WS-75 Oscora”. Nazwa WS-75 dotyczy kątnicy produkowanej przez firmę W&H i wchodzącej w skład osprzętu chirurgicznego zarówno firmy Oticon jak i Medicus. Ponieważ elementy osprzętu chirurgicznego firmy Cochlear oznaczone są znakiem Osscora (w załączeniu broszura Osscora Surgical Kit) w jego ocenie nie sposób interpretować sformułowania „WS-75 Oscora” inaczej aniżeli jako kątnicy WS-75 oznaczonej znakiem towarowym Osscora. Ten sam model kątnicy W&H WS-75 jest wykorzystywany w przypadku obu firm, dodatkowo w przypadku firmy Cochlear widnieje na niej oznaczenie „Osscora” (nazwa własna gamy elementów osprzętu chirurgicznego). W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający zmienił wymaganie i posłużył się sformułowaniem „dermatom WS-75 Oscora” (nigdy wcześniej nie użyto słowa „dermatom” tym kontekście) twierdząc, że jest on „urządzeniem dedykowanym do implantacji produktów firmy Cochlear, a przedmiotowe zapisy ograniczają krąg wykonawców i mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania poprzez konieczność odrzucenia oferty firmy Oticon Polska Sp. z o.o.” OTICON wyjaśniał, że dermatomami dedykowanymi do implantacji produktów Cochlear są: Baha Dermatome for Osscora (nr kat. 91109) (w niektórych katalogach określany także jako Baha Dermatome Osscora) oraz nie będący częścią aktualnej oferty firmy Cochlear Baha Dermatome (WS-75) (w niektórych katalogach określany także jako Baha Dermatome WS-75)(nr. kat. 90335). Zatem po pierwsze: wszystkie dermatomy dedykowane do implantacji produktów firmy Cochlear mają w swojej nazwie słowo „Baha”, a po drugie występują dwa różne urządzenia o odrębnych numerach katalogowych 91109 i 90335, których częścią nazw są człony „Osscora” oraz „WS-75”. Ponad wszelką wątpliwość nie istnieje dermatom „WS-75 Oscora”. Istnieje natomiast kątnica WS-75, która w przypadku urządzeń firmy Cochlear jest oznaczona znakiem towarowym „Osscora” (nr katalogowy 91050, 90317). Zaoferowane przez odwołującego ostrze jest kompatybilne z kątnicą WS-75 Oscora oraz kątnicą WS-75 (gdyż jest to identyczna kątnica). W ocenie odwołującego nie sposób mówić tu o

jakiegokolwiek niekompatybilności - użycie zarówno kątnicy jak i zaoferowanego ostrza (za pośrednictwem dostarczanego wraz z innym niezbędnym instrumentarium chirurgicznym dermatomu Nouvag) odbywa się przy pomocy tego samego napędu zasilającego firmy W&H, model Implantmed. Powyższe więc dowodzi, że oferta odwołującego spełnia wymagania określone w siwz, a dokonanie czynności unieważnienia postępowania jest celowym wybiegiem zamawiającego, który ma na celu wyłącznie eliminację firmy OTICON. Celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doprowadzenie do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończenie postępowania jego unieważnieniem. Podnosił, że skoro pomimo użycia nazwy towarowej obaj (czyli wszyscy) wykonawcy działający na rynku implantów na przewodnictwo kostne złożyli oferty to nie można uznać, iż naruszenie przepisu miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Pismem z dnia 20 listopada 2010 r. zamawiający w formie pisemnej odpowiedział na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w załączniku nr 3 do siwz - w arkuszu informacji cenowo - techniczno - eksploatacyjnej - w punkcie 26 wprowadził wymóg: „ostrze do dermatomu kompatybilne z modelem WS-75 Oscora, umożliwiające odpreparowanie płata skórniego o grubości max 0,6 mm”. Treścią siwz zamawiający nie dopuścił zastosowania w składanych ofertach rozwiązań równoważnych.

Biorąc powyższe pod uwagę oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: odwołujący (631.800,00 zł) oraz firma Medicus Aparatura i instrumenty Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (793.800,00 zł).

25 listopada 2012 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu pisma wyjaśniał, że opis przedmiotu zamówienia narusza podstawową zasadę Pzp – zasadę uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy). Powyższe naruszenie powoduje wystąpienie wady

uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż wywiera bezpośredni wpływ na wynik postępowania, a więc zaistniała nieusuwalna przesłanka unieważnienia postępowania. Zamawiający wskazywał, że wymagał w siwz w załączniku nr 3 w poz. 26 aby ostrze do dermatomu kompatybilne z modelem WS-75 Oscora, umożliwiło odpreparowanie płata skórniego o grubości max 0,6 mm. Następnie wyjaśniał, że ostrze zaofertowane przez odwołującego nie jest kompatybilne z modelem WS-75 Oscora, gdyż umożliwia odpreparowanie płata skórniego o grubości max 1,0 mm. Zaś dermatom WS-75 Oscora jest urządzeniem dedykowanym do implantacji produktów firmy Cochlear to przedmiotowe zapisy ograniczają krąg wykonawców i mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania przez konieczność odrzucenia oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego złożonej w niniejszym postępowaniu. Nie było również spornym między stronami, że dokonanie opisu - „ostrze do dermatomu kompatybilne z modelem WS-75 Oscora (...)” – wskazuje na produkty firmy Cochlear.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba nie uwzględniła odwołania.

Na wstępie Izba wskazuje, że opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Wobec powyższego zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wyjątkiem od ww. reguły zawartej w art. 29 ust. 1 Pzp jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (art. 29 ust. 3 ustawy). Jednakże należy zwrócić uwagę, że przepis ten ma charakter szczególny. Tym samym jego rozszerzającą interpretację uznać należy za niedopuszczalną. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że wskazanie przez zamawiającego - adresata normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 Pzp - znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uprawnione, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Istotnym jest, że zamawiający zobligowany jest do należytego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, a uchybienie temu obowiązkowi nie może w sposób negatywny wpływać na pozycję wykonawcy w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia – stanowiący istotny element siwz (36 ust. 1 pkt 3 Pzp) – powinien zostać tak przez zamawiającego sporządzony, aby każdy wykonawca składający ofertę miał możliwość jej przygotowania z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na jej treść, w tym umożliwić prawidłową jej wycenę. Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego wyartykułowanym w siwz. Jeśli treść oferty będzie niezgodna z treścią siwz ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy bezspornym jest, iż zamawiający w siwz opisując przedmiot zamówienia posłużył się znakiem towarowym firmy Cochlear oraz sprecyzował parametry techniczne zamawianego urządzenia jednocześnie nie dopuszczając możliwości składania ofert równoważnych.

Izba uznała, że takie zachowanie zamawiającego prowadzi do sytuacji nieuprawnionego preferowania produktu konkretnej firmy oraz ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia należy uznać za wadliwy i naruszający przy tym fundamentalną zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który podnosił, że zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych oraz że uprawnienia do złożenia oferty równoważnej przysługiwało wykonawcy wprost z przepisów Pzp. W tym zakresie Izba prezentuje stanowisko tożsame z przedstawionym w wyroku Izby z dnia 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2480/10, w który stwierdzono: *„Uwzględnwszy fakt, iż adresatem normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 Pzp nie jest wykonawca, lecz zamawiający, brak jest podstaw do uznania, że uprawnienie do złożenia oferty równoważnej przysługuje wykonawcy wprost na podstawie powołanego przepisu. Takie działanie sprzeciwiałoby się zasadzie przejrzystości postępowania, a ponadto literalnemu brzmieniu komentowanego przepisu, który nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek w okolicznościach w nim opisanych dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Jednocześnie zamawiający winien dookreślić, w jaki sposób na gruncie danej sprawy będzie oceniał równoważność oferowanego urządzenia, jakie parametry czy funkcjonalności będzie brał pod uwagę dokonując w tym aspekcie analizy oferty uznanej przez wykonawcę za równoważną - wówczas ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy. Zatem nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3 Pzp wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia „lub równoważne” albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się stwierdzenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w siwz na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania wskazujące na jego oczekiwania co do oferowanego produktu, zniechęca do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek. Podkreślić tym samym trzeba, iż zdefiniowanie równoważności służyć ma realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 zasadzie równego dostępu wykonawców do zamówienia oraz uczciwej konkurencji odczytywanej w świetle art. 29 ust. 1 Pzp nakazującego zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie zatem dookreślenie pojęcia równoważności na gruncie konkretnej sprawy będzie służyło relacji wytycznych wyartykułowanych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w siwz określenia uściślające wymagania Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w siwz powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert*

pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią siwz” (vide: wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 254/08). Dodatkowo wymaga podkreślenia, iż zamawiający narusza ustawę także wówczas jeżeli mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub podanie innych parametrów przesadzających o wyborze konkretnej marki” (vide: wyrok KIO z dnia 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2480/10).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co prawda wśród przesłanek unieważnienia umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp ustawodawca nie wskazał naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, jednak jako podstawę unieważnienia należy powołać art. 146 ust. 6 Pzp, który uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z tego rodzaju sytuacją właśnie mamy do czynienia w omawianym przypadku, gdyż wadliwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia bez wątpienia miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec tego w prowadzonym postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie było przeszkód, aby zamawiający w ramach samokontroli swoich decyzji unieważnił nieprawidłowo przeprowadzone postępowanie unikając tym samym zawarcia umowy mogącej następnie być unieważnioną.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu przez zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym w szczególności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Reguła ta jednak musi być oceniana biorąc pod uwagę cel postępowania o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Podnieść także trzeba, iż wykonawcy mają instrumenty prawne aby weryfikować proces przygotowywania i przeprowadzania postępowania przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo postąpił unieważniając prowadzone postępowanie na art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania Izba wskazuje, że nie podlegają one rozpoznaniu, ponieważ zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego a zatem zarzuty: naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą być skutecznie podnoszone.

W tym stanie rzeczy, skoro zamawiający prawidłowo postąpił unieważniając prowadzone postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący