

Sygn. akt KIO 752/17

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników C, 80-298 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Brudnowski w Warszawie Sp. z o.o., ul. Ludwika Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego - Mazowiecki Szpital Brudnowski w Warszawie Sp. z o.o., ul. Ludwika Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników C, 80-298 Gdańsk ,**

2.2. zasądza od zamawiającego **Mazowiecki Szpital Brudnowski w Warszawie Sp. z o.o., ul. Ludwika Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa** na rzecz odwołującego **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników C, 80-298 Gdańsk** kwotę **18 870,00** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Mazowiecki Szpital Brudnowski w Warszawie Sp. z o.o., ul. Ludwika Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu jednorazowego użytku, bielizny jednorazowej, testów paskowych do monitorowania poziomu glikemii oraz dzierżawa glukometrów dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie Sp. z o.o.” (nr postępowania: MS B/P N/57/10/2016). Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 223-406147.

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 06 kwietnia 2017 roku poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie części 3 zamówienia.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników C, 80-298 Gdańsk, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy poprzez bezpodstawne unieważnianie Postępowania, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 146 Ustawy, w związku z niewłaściwą oceną wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 09 marca 2017 r.;
- 2) zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;
- 3) z racji naruszenia ww. przepisów konsekwentne naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Ustawy poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców, co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania - w tym podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych — zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) anulowania czynności unieważnienia postępowania celem jego kontynuowania zgodnie z przepisami Pzp i celem procedury, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) dokonania badania i oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty na wstępie wskazał, że powodem wniesienia niniejszego odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie Zamawiającego polegające na

bezprawnym unieważnieniu postępowania pomimo tego, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podniósł, że zdaniem Zamawiającego powodem takiego jego działania jest nieprawidłowo opisany przedmiot określony w SIWZ, jako element znaczący i warunkujący złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców oraz nieodpowiadający potrzebom Zamawiającego (*Łyżka do laryngoskopu, światłowodowa, jednorazowa, typu McIntosh. Rozmiar 0, 1, 2, 3, 4, 5). Nieodkształcająca się łyżka wykonana z niemagnetycznego, lekkiego stopu metalu. Kompatybilna z rękojeściami w standardzie ISO (tzw. Zielona specyfikacja) Profil łyżek identyczny z profilem łyżek wielofazowego użytku. Mocowanie światłowodu zatopione w tworzywie sztucznym koloru zielonego, ułatwiającego identyfikację. Wytrzymały zatrzask kulkowy osadzony w metalowej podstawie łyżki, zapewniający trwałe mocowanie w rękojeści. Światłowód wykonany z polerowanego tworzywa sztucznego, dający mocne, skupione światło. Światłowód nieosłonięty, doświetlający wnętrze jamy ustnej i gardła. Wyraźne oznakowanie rozmiaru łyżki, symbol Ce, numer seryjny i symbol „nie do powtórnego użycia” (przekreślona cyfra 2) naniesione po stronie wyprowadzenia światłowodu,.* Pakowanie folia- folia z oznaczeniem daty ważności, rozmiary łyżki i symbol „nie do powtórnego użycia” (przekreślona cyfra 2). Zdaniem Zamawiającego, niejednoznaczny zapis: „wyprowadzenie światłowodu” został zinterpretowany różnie przez wykonawców, co spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert, z dwoma różnymi produktami.

W tym zakresie Odwołujący podał, że różnica w interpretacji polega na tym, że to miejsce, które Zamawiający określił w SIWZ jako „wyprowadzenie światłowodu” Odwołujący nazywa „wprowadzeniem”. Z kolei dla Odwołującego „wyprowadzenie światłowodu” jest to miejsce przejścia światłowodu na drugą stronę łyżki. Ponadto oceniając zaoferowane przez obu wykonawców łyżki do laryngoskopii Odwołujący podkreślił, że brak jest podstaw do stwierdzenia że został zaoferowany przedmiot zamówienia ,którego nie można ze względu na niezbyt precyzyjny opis ze sobą porównać.

Odnosząc się do czynności unieważnienia postępowania Odwołujący stwierdził, że okoliczności wskazane przez Zamawiającego jako wada postępowania, nie są okolicznościami, do których odnosi się przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie mieszczą się w hipotezach norm ustanowionych w art. 146 ustawy Pzp. W postępowaniu mamy do czynienia jedynie z niedoskonałością dokumentu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, gdyż Zamawiający nie wykazał, że różne zinterpretowanie niejednoznacznego zapisu: „wyprowadzenie światłowodu” przez poszczególnych wykonawców, skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, pomimo że przepis art. 93 ust. 1

pkt 7 Pzp wymaga wystąpienia związku przyczynowego pomiędzy stwierdzoną wadą a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający, zdaniem Odwołującego wskazał jedynie na ewentualny skutek nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia jakim jest złożenie przed dwóch wykonawców nieporównywalnych ofert, z dwoma różnymi produktami.

Fakt, że łyżka zaoferowana przez Odwołującego miała dodatkowe – podwójne oznaczenie nie może uzasadniać twierdzenia iż doszło do eliminacji z postępowania kręgu wykonawców, którzy do zamówienia winni być dopuszczeni. Zdaniem Odwołującego dodatkowe oznakowanie nie wpływa w żaden sposób na funkcjonalność zaoferowanego przez Odwołującego produktu czy jego właściwości. Należy podkreślić, że obie oferty pod tym względem spełniają wymagania Zamawiającego - w obu oznaczenie znajduje się w miejscu wymaganym przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Ponadto uzasadniając zarzut drugi podkreślił, że nie ma mowy o nieporównywalności złożonych ofert, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że jaki konkretnie wpływ na wycenę oferty, miało dokonanie przez wykonawców odmiennej interpretacji zapisu „wyprowadzenie światłowodu”. Skoro cena jaką zaoferował Odwołujący za łyżki do laryngoskopu z dwoma oznaczeniami jest bardziej konkurencyjna od oferty drugiego z wykonawców, którego produkt posiada jedynie jedno oznaczenie, można przyjąć, iż powyżej opisana niejednoznaczność nie miała istotnego wpływ na wycenę jego oferty, ani też na inne parametry stanowiące kryteria oceny ofert. Podkreślił, że nie sposób zgodzić się także z twierdzeniem Zamawiającego, iż w tym postępowaniu doszło do złożenia dwóch różnych produktów ponieważ Odwołujący, jak i drugi wykonawca zaoferowali ten sam produkt pochodzący od producenta firmy SG Manufacturers, przy czym produkt konkurencji oznakowywany jest przez niemieckiego dystrybutora - firmę Dahlhausen.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Podał, że po złożeniu przez Wykonawców ofert Zamawiający powziął wątpliwości co do treści złożonych ofert przez Wykonawców w części 3 w zakresie naniesienia informacji, których wymagał Zamawiający na łyżce. W tej sytuacji Zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie tych wątpliwości. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnił, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi Zamawiającego i załączył zdjęcie jednej z zaoferowanych łyżek od strony wyprowadzenia światłowodu. Na podstawie tego zdjęcia Zamawiający powziął wątpliwość, co do rozumienia pojęć i prawidłowości oznakowania łyżki. Powyższe wątpliwości znajdują potwierdzenie również w samym odwołaniu w zakresie rozumienia pojęć „wprowadzenie” i „wyprowadzenie” światłowodu. „*Wprowadzenie*” zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego oznacza zacząć coś, a „*wyprowadzenie*” oznacza wyjście skądś.

W przypadku światłowodu przy łyżce laryngoskopu, jego wprowadzenie ma miejsce przy rękojeści laryngoskopu, która jest źródłem światła, natomiast wyprowadzenie jest na łyżce i doświetla jamę ustną i tor oddechowy do wysokości nagłośni strun głosowych, a w idealnych warunkach oddechowych również fragmentu krtani. Natomiast Odwołujący rozumie te pojęcia odwrotnie. Zamawiający w tym zakresie stwierdził, że jest to wynikiem nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Poważne wątpliwości Zamawiającego budziły także wyjaśnienia Odwołującego, który w piśmie z dnia 2 marca 2017 r. informował tylko o oznaczeniu z jednej strony łyżki, natomiast dopiero w piśmie z dnia 9 marca 2017 r., poinformował również o oznaczeniu z drugiej strony.

Zdaniem Zamawiającego nie znajduje tutaj zastosowania zasada, że wszelkie niejasności SIWZ winny być interpretowane na korzyść wykonawców, gdyż zapis w opisie przedmiotu zamówienia, zdaniem Zamawiającego był precyzyjny i jeden z Wykonawców rozumiał go jak Zamawiający, a wątpliwości co do jego jednoznaczności pojawiły się dopiero na etapie badania i oceny złożonych ofert w zakresie oznakowania łyżki (strony, na której to oznakowanie znajduje się). Udzielenie zamówienia w tym przypadku mogłoby spowodować brak osiągnięcia celu, dla którego zostało przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia.

Zamawiający uznał, że biorąc pod uwagę niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, to taki opis mógł wprowadzić Wykonawców w błąd i mogli zaoferować łyżkę, która nie spełnia wymagań Zamawiającego lub spełnia je w niepełnym zakresie (materiał niemagnetyczny, możliwy do użycia przy rezonansie magnetycznym). Po przeprowadzonych wyjaśnieniach okazało się, że zapis „wyprowadzenia światłowodu” jest rozumiany niejednoznacznie i został zinterpretowany różnie przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert z dwoma różnymi produktami. Ten zapis – zdaniem Zamawiającego powinien zostać doprecyzowany przez Zamawiającego przed ogłoszeniem kolejnego zamówienia o tym przedmiocie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie

w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu nieprzekazania jego kopii Zamawiającemu. Z prezentowanego przez Zamawiającego stanowiska wynikało, że otrzymał on kopię odwołania lecz nie otrzymał wskazanych w nim załączników. Izba ustaliła iż tymi załącznikami przesłanymi do KIO, a nieprzesłanych Zamawiającemu był: dowód uiszczenia wpisu od odwołania, pełnomocnictwo dla osoby podpisującej odwołanie oraz odpis z KRS.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp: "Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu...". Izba biorąc pod uwagę zawarte w załącznikach do odwołania treści uznała, że Odwołujący (po części nieudolnie) wypełnił obowiązek przesłania kopii odwołania Zamawiającemu, ponieważ cała treść merytoryczna odwołania została zawarta w treści odwołania. Treść brakujących załączników w żaden sposób nie miała wpływu na możliwość poznania przez Zamawiającego argumentacji odwołania. Załączniki te nie stanowiły elementu merytorycznej treści odwołania. Natomiast załączniki, które zawierają treści merytoryczne, należy traktować jak wskazanie "okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności" i muszą być one do kopii odwołania dołączone, tutaj taka sytuacja nie wystąpiła.

Na wstępie rozpatrywania zarzutów, które w zasadzie dotyczą jednej kwestii, tj. wystąpienia możliwości w przedmiotowym stanie faktycznym podstaw do umorzenia postępowania, wskazać należy, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym. Wykładnia ścieśniająca jest odwrotnością wykładni rozszerzającej i nakazuje rozumieć dany przepis dokładnie tak samo, jak poddany wykładni językowej.

Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia 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.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada postępowania to każda niedająca się usunąć wada skutkująca brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Tym samym zasadnym jest przyjęcie stanowiska, że nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia powodujące sytuację, iż Zamawiający może otrzymać przedmiot zamówienia nie spełniający jego oczekiwań (o cechach nie wyartykułowanych w SIWZ) nie stanowi wady postępowania skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. W takim przypadku musi więc wystąpić naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, tj. musi zaistnieć wada postępowania i dopiero ta wada ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Chodzi przy tym o to, aby nie była to jakakolwiek wada, ale wada na tyle istotna, iż niemożliwym staje się zawarcie ważnej umowy.

Przechodząc do oceny stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu, który zdaniem Zamawiającego uzasadniał unieważnienie postępowania Izba stwierdza, że w przedmiotowym stanie postępowania nie wystąpiła zarówno wada postępowania jak i okoliczności uzasadniające twierdzenie, że może być brak możliwości zawarcia ważnej, niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia na ten przedmiot.

Oceniając sytuację wskazaną Izbie w materiale dowodowym zauważyć należy, iż Zamawiający unieważnił postępowanie w części trzeciej zamówienia nie z powodu iż uzyskał pewność co do występowania wady postępowania, lecz czynność ta została podjęta niejako z ostrożności co do możliwości jej wystąpienia. Znajduje to uzasadnienie chociażby w stanowisku Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający podaje, że *„Brak doprecyzowania przedmiotu zamówienia powoduje, że dostarczona łyżka może nie mieć wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności.(...) Udzielenie zamówienia w tym przypadku mogłoby spowodować brak osiągnięcia celu, dla którego zostało przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia.”* Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie stwierdza wady postępowania, ale z ostrożności zakłada możliwość jej wystąpienia.

W trakcie rozprawy ustalono w oparciu o twierdzenie odwołującego i brak zaprzeczenia tego faktu przez Zamawiającego, że obaj wykonawcy składający oferty zaoferowali ten sam przedmiot zamówienia – pochodzący od tego samego producenta. Odwołujący jest dystrybutorem łyżki laryngoskopu na rynek polski, natomiast w ofercie konkurencyjnej zaoferowano taką samą łyżkę ale dystrybuowaną na rynek niemiecki. Łyżka dystrybuowana na rynek polski posiada oznaczenie wymagane przez Zamawiającego z obu stron, natomiast łyżka laryngoskopu zaoferowana przez drugiego wykonawcę posiada oznaczenie tylko z jednej strony, tylko z tej z której oczekiwał Zamawiający. Ponadto wykazano, że wyjście światłowodu jest w oferowanej przez Odwołującego łyżce takie jak oczekiwał tego Zamawiający. Prezentowane na rozprawie stanowisko przez Zamawiającego iż musiał unieważnić postępowanie bo dokładnie nie wiedział co zostanie mu zaoferowane, ponieważ Odwołujący nie chciał współpracować przy wyjaśnianiu wątpliwości w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia w stanie sprawy, chociaż formuła narzucania Zamawiającemu określonych treści mogła budzić uzasadnione zastrzeżenia Zamawiającego.

Odwołujący odpowiedział na wszystkie wezwania Zamawiającego. Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu braku uzyskania wyjaśnień, bądź ich nieprawidłowości, ale unieważnił postępowanie uznając jako podstawę nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Nie zakwestionował niezgodności treści oferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ. Obaj wykonawcy złożyli oferty na oczekiwany przedmiot zamówienia, a fakt iż w jednej z ofert łyżka laryngoskopu była opisana z dwóch stron, a nie tylko z jednej jak tego oczekiwał Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie zostało wykazane Izbie, że zaoferowany przedmiot zamówienia jest nieodpowiedni. Nie wykazano także z jakiego powodu zawarta umowa na wykonanie tej części zamówienia miałyby podlegać unieważnieniu z powodu wady postępowania. Izba nie stwierdziła występowania okoliczności jakoby występowała w postępowaniu jakakolwiek przesłanka do wystąpienia wady postępowania i tym samym potrzeby unieważnienia zawartej umowy.

Wada uzasadniająca unieważnienie postępowania we wskazanej części winna tkwić w samym postępowaniu i jednocześnie winna być wadą istotną i nieusuwalną. To na Zamawiającym jako wywodzącym skutek z unieważnienia postępowania spoczywał ciężar udowodnienia, że w tej części zamówienia wystąpiła konkretna wada mająca charakter nieusuwalny, czego nie uczynił. Hipotetyczne zakładanie możliwości zaoferowania niewłaściwego przedmiotu nie może być podstawą unieważnienia postępowania i zakładania, że zawarta w tej sytuacji umowa podlegałaby unieważnieniu. Wada musi zostać w sposób jednoznaczny wykazana. Przedstawione przez Zamawiającego niedoskonałości w opisie przedmiotu zamówienia zdaniem Izby nie miały, ani nie mogą mieć wpływu na wynik

postępowania. Jak wyżej wykazano nie znalazło również potwierdzenia stanowisko Zamawiającego, iż niejednoznaczny zapis: „wyprowadzenie światłowodu” został zinterpretowany różnie przez wykonawców, co spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert, z dwoma różnymi produktami. W obu ofertach zaoferowano produkt tego samego producenta.

Jednocześnie Izba stwierdza, że przedmiotowe orzeczenie nie jest oceną zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ – to Zamawiający oceni w trakcie ponownego badania i oceny ofert. To orzeczenie jest tylko orzeczeniem stwierdzającym brak podstaw do uznania, iż postępowanie w wskazanym w odwołaniu zakresie obarczone jest wadą, która może skutkować niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie stanowi wady postępowania opis przedmiotu zamówienia, który może spowodować dostarczenie Zamawiającemu przedmiotu nie odpowiadającego jego oczekiwaniom. Wadę postępowania może stanowić taki opis przedmiotu zamówienia, który np. czyni dane zamówienie niewykonalnym.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7; 191 ust. 2 oraz 192 ust.1,2,3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a)i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: