

WYROK
z dnia 22 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę: **M. Sp. z o.o. ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ś. C. R., R. i Z N. im. gen. J. Z w U. Sp. z o.o., ul. (...)**,

przy udziale wykonawcy: **M. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: M. Sp. z o.o. ul. (...), i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. Sp. z o.o. ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza kwotę **4 394 zł 58 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt osiem groszy) od wykonawcy: **M. Sp. z o.o. ul. (...)** na rzecz zamawiającego: **Ś. C. R., R. i Z N. im. gen. J. Z w U. Sp. z o.o., ul. (...)**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Bielsku Białej**.

.....

Sygn. akt: KIO 921/17

Uzasadnienie

Zamawiający: **Ś. C. R., R. i Z N. im. gen. J. Z w U. Sp. z o.o.** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę cyfrowego aparatu RTG kostno -

2

płucnego z zawieszeniem sufitowym.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2017/S 001-001028 w dniu 30 grudnia 2016 r.

W dniu 26 kwietnia 2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez M. sp. z o.o.

Wykonawca M. Sp. z o.o., z siedzibą w K. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę M. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i wobec zaniechania odrzucenia tej oferty oraz unieważnienia postępowania.

Odwolujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego w postępowaniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” oraz wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty, unieważnienia postępowania, i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Oferta Odwołującego była korzystniejsza zarówno w zakresie ceny, jak i parametrów technicznych, z uwagi jednak na kilka popełnionych w treści oferty omyłek Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, a jego oferta została odrzucona. Odwołujący nie wnosił odwołania wobec wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku uwzględnienia odwołania dojdzie do unieważnienia postępowania, co otworzy Odwołującemu drogę do uczestnictwa w kolejnym postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia na dostawę będącą przedmiotem niniejszego przetargu. Wskazał też na pogląd, że „dane zamówienie”, do którego odnosi się art. 179 ust. 1 Pzp, oznacza nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, którą zamawiający chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć.

Dotychczasowe orzecznictwo KIO wykazywało tendencję do zawężonego rozumienia pojęcia „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W myśl tego orzecznictwa, należało pod tym rozumieć interes w uzyskaniu zamówienia w konkretnym postępowaniu przetargowym, tzn. odwołanie takiego wykonawcy musiało być ukierunkowane wprost na uzyskanie decyzji zamawiającego o udzieleniu mu zamówienia. Natomiast wykonawca, którego ofertę odrzucono, i który od tego rozstrzygnięcia się nie odwołał lub też odwołanie zostało oddalone przed rozstrzygnięciem przetargu, uznawany był dotąd za niemającego interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż skutkiem jego odwołania mogłoby być co najwyżej unieważnienie postępowania.

Powyższy sposób rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia nie wynika wprost ani z ustawy Prawo zamówień publicznych, ani z treści dyrektywy Rady 89/665/EWG.

3

W orzecznictwie można też zauważyć odmienną tendencję (wyrok z dnia 30 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2702/11, wyrok z dnia 7 października 2014 r., sygn. KIO 1245/14). Również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie wyklucza możliwości wniesienia odwołania przez ostatecznie wykluczonego wykonawcę. W wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie 0355/15 Trybunał w konkluzji orzekł, że przepis art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 nie sprzeciwia się temu, by wykluczonemu wykonawcy odmówić prawa do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, ale zarazem wskazał (pkt 35), że przepis ten nie może być też interpretowany jako wykluczający przyznanie takiego prawa.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzuty, że oferta wykonawcy M. sp. z o.o. jest w wielu punktach niezgodna z SIWZ. Zdaniem Odwołującego, wykonawca mógł celowo wprowadzić Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia, gdyż jego oferta nie spełnia co najmniej dwóch parametrów podanych w SIWZ, zaś w dwóch innych przypadkach wykonawca niezgodnie z prawdą potwierdził parametr dodatkowo punktowany.

1. W Zestawieniu parametrów techniczno-użytkowych cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego z zawieszeniem sufitowym, III LAMPA RTG NA ZAWIESZENIU SUFITOWYM, pkt 22 Zamawiający wymagał funkcjonalności:

Zakres pionowego ruchu kołpaka z lampą z blokadą w dowolnym położeniu min. 160 cm.

Wykonawca w ofercie potwierdził spełnianie tego parametru, deklarując zakres pionowego ruchu kołpaka 160 cm.

Z uzyskanych od producenta aparatu Adora DRi materiałów informacyjnych wynika jasno, że parametr ten wynosi 159 cm. Aparat nie spełnia więc wymogów SIWZ. Wynika to z dokumentacji aparatu, gdzie na str. 4 widoczny jest parametr „*Total spot travel above floor level 26-185 cm*” (co w tłumaczeniu oznacza: dystans jaki przebywa ognisko lampy nad podłogą). Łatwo więc wyliczyć, że różnica wynosi 159 cm, a nie 160 cm, jak podano.

2. W Zestawieniu parametrów techniczno-użytkowych cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego z zawieszeniem sufitowym, III LAMPA RTG NA ZAWIESZENIU SUFITOWYM, pkt 23 Zamawiający wymagał funkcjonalności:

Zakres obrotu kołpaka z lampą wokół osi pionowej z blokadą w dowolnym położeniu -ruch ciągły 360° .

Wykonawca w ofercie potwierdził spełnianie tego parametru, deklarując zakres obrotu kołpaka z lampą wokół osi pionowej 360° Z uzyskanych od producenta aparatu A.(...) .

materiałów informacyjnych wynika, że parametr ten wynosi 240°. Na str. 4 dokumentacji aparatu, załączonej do pisma z dnia 21.03.2017 r. widoczny jest parametr „Tube tutation around vertical axis +/- 120° (co w tłumaczeniu oznacza: obrót lampy wokół osi pionowej).” Łatwo wyliczyć, że zakres wynosi 240° a nie 360° jak podano. Aparat nie spełnia więc wymogów SIWZ, a podana w tabeli parametrów przez ww. wykonawcę wielkość 360° jest nieprawdziwa.

4

3. W Zestawieniu parametrów techniczno- użytkowych cyfrowego aparatu RTG kostno- płucnego z zawieszeniem sufitowym, część VII: DETEKTOR CYFROWY W STOLE KOSTNYM, pkt 106. Zamawiający wymagał funkcjonalności:

Dopuszczalne obciążenie detektora dla pacjenta stojącego na nim min. 100 kg.

Wykonawca w ofercie potwierdził spełnianie tego parametru, deklarując dopuszczalne obciążenie detektora dla pacjenta stojącego na nim - 150 kg. Z uzyskanych od producenta detektora materiałów informacyjnych (instrukcja obsługi) wynika, że parametr ten wynosi 100 kg dla pola o średnicy 4 cm. Parametr 150 kg odnosi się tylko i wyłącznie do pacjenta leżącego na detektorze (punkt 105 Zestawienia parametrów techniczno- użytkowych) - w tym przypadku ciężar pacjenta rozkłada się na całą powierzchnię detektora i parametr ten jest wyższy. Nie można tej samej wielkości parametru zapewnić dla pacjenta stojącego na detektorze- zawsze będzie to wielkość mniejsza od 150 kg, choćby dlatego, że nie będzie to ciężar rozłożony równomiernie. W dokumentacji detektora - wyciąg z instrukcji obsługi - na stronie o nr 13 widoczny jest parametr „Jlocal load: 100 kg on an area 40 mm in diameter” (co w tłumaczeniu: miejscowe maksymalne obciążenie na obszarze o średnicy 40 mm). Podana przez wykonawcę w tabeli parametrów wielkość 150 kg jest więc nieprawdziwa. Rzeczywista wartość (100 kg) spełnia wprawdzie wymogi SIWZ, ale nie jest dodatkowo punktowana.

4. W Zestawieniu parametrów techniczno- użytkowych cyfrowego aparatu RTG kostno- płucnego z zawieszeniem sufitowym, część VIII: KONSOLA TECHNIKA- AKWIZYCYJNA, pkt 126 Zamawiający wymagał funkcjonalności:

Oprogramowanie konsoli operatora (interfejs) w j. polskim. Jedyńm dopuszczalnym językiem poza j. polskim programowania jest j. angielski.

Język polski był dodatkowo punktowany (30 punktów), a język angielski był dopuszczalny ale bez dodatkowej punktacji.

Wykonawca M. sp. z o.o. w ofercie potwierdził posiadanie oprogramowania konsoli operatora (interfejsu) w języku polskim. Tymczasem z informacji otrzymanych od producenta detektora (firmy C.), a także konsoli operatorskiej i jej oprogramowania wynika jedynie, że Canon ma zamiar w bliżej nieokreślonej przyszłości wprowadzić polską wersję oprogramowania. Obecnie detektory nie posiadają polskiego interfejsu. Podkreślił, że konsola przynależy najściślej do detektora i jest z nim zintegrowana- różni producenci aparatów RTG ucyfrawiają bezpośrednio aparaty, poprzez zakup kompletu: detektora z komputerem operatorskim, który również jest produktem producenta detektora. Nie ma możliwości samodzielnego wprowadzenia polskiego interfejsu do konsoli. Czym innym są polskie nazwy protokołów/programów anatomicznych - to jest możliwe w każdym aparacie RTG. Nie należy mylić tego z pojęciem interfejsu czyli pełnego oprogramowania z wszystkimi komunikatami, opisami, poleceniami w języku polskim.

5

Odwołujący załączył na potwierdzenie zarzutu informacje od firmy C. i A. W tym przypadku także wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd i niezgodnie z prawdą zadeklarował wartość dodatkowo punktowaną.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeśli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W niniejszym postępowaniu złożone zostały dwie oferty, które obie podlegają odrzuceniu, jednak na skutek naruszenia prawa przez Zamawiającego tylko jedna z nich została odrzucona. Skoro oferta wykonawcy M. sp. z o.o., z uwagi na przytoczone wyżej niezgodności z treścią SIWZ, powinna zostać odrzucona, to całe postępowanie podlega unieważnieniu.

Wykonawca M. sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, jako wniesionego przez podmiot, który nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia i nie wykazał możliwości poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Z ostrożności wniósł także o oddalenie odwołania. Oświadczył, że jego oferta jest całkowicie zgodna z SIWZ. Wskazał, że Odwołujący powołuje się na materiały producenta, które nie są aktualne, nie zawierają najnowszych danych. Jako autoryzowany dystrybutor firmy C. w Polsce potwierdził spełnienie wszystkich parametrów zawartych w SIWZ.

Zamawiający, pismem z dnia 17 maja 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, który nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia i nie poniósł ani nie może ponieść szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Z ostrożności Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, której to decyzji Odwołujący nie kwestionował, uznając ją za zasadną. Odwołujący obecnie nie ma już interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie wykazał możliwości poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu. Zamawiający podniósł, że wykonawcy nie przysługuje roszczenie o wszczęcie nowego postępowania po unieważnieniu obecnego przetargu.

W zakresie zarzutów merytorycznych dotyczących treści oferty wykonawcy M. sp. z

6

o.o., Zamawiający stwierdził, że kwestionowane w odwołaniu parametry w ofercie wykonawcy M. sp. z o.o. zostały potwierdzone, a zarzuty w tym zakresie są bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że wykonawca M. sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. kwestii posiadania legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania, a nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto, stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Jak wyjaśnił sam Odwołujący, złożona przez niego oferta została uznana za odrzuconą w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp. Powyższe decyzje Zamawiającego nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego w ramach środków ochrony prawnej. Odwołujący nie wnosil odwołania wobec czynności wykluczenia go z postępowania. W tej sytuacji decyzja o wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą stała się ostateczna, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, pomimo uprzedniego wykluczenia go z postępowania, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę M. sp. z o.o. z dnia 26 kwietnia 2017 r.

W danym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W myśl art. 179 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Tym samym, skuteczne wniesienie odwołania przez wykonawcę uzależnione jest od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który został wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta została uznana za odrzuconą, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. W ustawie Prawo zamówień publicznych odwołanie jest środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody „(...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników

procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w

postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiącą w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Należy zatem, opisane w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki materialnoprawne traktować w postępowaniu odwoławczym w powiązaniu z sytuacją wykonawcy składającego środek ochrony prawnej i elementarną możliwością uzyskania przez niego danego zamówienia oraz poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa. Odmienne rozumienie regulacji art. 179 ust. 1 Pzp oznaczałoby możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej ze skutkiem jego merytorycznego rozpatrzenia nawet jeśli podmiot, który zainicjuje postępowanie odwoławcze pozostaje bez realnej możliwości udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia w kształcie, jaki wynika z zakresu tego zamówienia, dokonanego opisu przedmiotu tego zamówienia itp. warunków postępowania.

9

Jednocześnie należy zauważyć, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, polegającego na uzyskaniu stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Dane zamówienie - to konkretne zamówienie – konkretny przedmiot świadczenia opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji oraz inne elementy charakteryzujące świadczenie, do którego wykonania zobowiązuje się wykonawca. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 3 maja 2010 r. o sygn. akt XIX Ga 148/10 wskazując, że przez interes wykonawcy należy rozumieć szanse na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania dojdzie do unieważnienia postępowania, co otworzy mu drogę do uczestnictwa w kolejnym postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia na dostawę będącą przedmiotem niniejszego przetargu. Słusznie w tym zakresie wskazywał Zamawiający, że po unieważnieniu danego postępowania wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie o wszczęcie kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Nie ma żadnej pewności, że nowe postępowanie zostanie wszczęte na tych samych warunkach i zasadach.

Legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Nie może ona zostać spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej, aby uzyskać dane zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że wykonawca ostatecznie wykluczony z postępowania nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co oznacza, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musiałby zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Takie okoliczności, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, nie zostały przez Odwołującego w niniejszej sprawie wykazane.

10

Powyżej wskazane okoliczności uzasadniały oddalenie odwołania z uwagi na brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania. W oparciu o ustalony stan rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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.).

.....