

WYROK

z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2020 r. przez wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie, ul. Żołnierska 18a; 10-561 Olsztyn, przy udziale wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844

Warszawa na rzecz wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa pn. „Różne odczynniki ogólnodiagnostyczne i mikrobiologiczne wraz z dzierżawą analizatorów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2020 r., pod nr 2020/S 074-175948.

Dnia 24 sierpnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 3 września 2020 roku wykonawca Grifols Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie zadania nr 3, polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty DiaHem AG Diagnostic Products (dalej jako „DiaHem”), pomimo oczywistej niezgodności tej oferty z wymaganiami określonymi w s.i.w.z.,
- 2) dokonaniu wyboru oferty DiaHem, jako oferty najkorzystniejszej, choć powinna ona zostać odrzucona,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że w ramach zadania nr 3, jest to jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu,

- 4) zaniechania udostępnienia odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, pomimo złożenia przez odwołującego jednoznacznego wniosku w tym zakresie w dniu 31 sierpnia 2020 r.,
- 5) zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez określenie postanowień s.i.w.z. w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny prowadzący do sytuacji, w której oferty wykonawców są nieporównywalne. Przyjmując natomiast hipotetyczne założenie jakoby oferta DiaHem spełniała wymagania określone w s.i.w.z., wówczas wystąpiłaby sytuacja, w której przedmiot zamówienia byłby realizowany w sposób jaskrawo naruszający obowiązujące wymagania Ministra Zdrowia dotyczące zasad przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie nieodrzućcie oferty DiaHem pomimo jej oczywistej sprzeczności z s.i.w.z.,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wybranie oferty DiaHem, jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji poprzez podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który został nie wybrany zgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz §4 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako „Rozporządzenie”) w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 8 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieudostępnienie odwołującemu (w odpowiedzi na jednoznaczny wniosek) protokołu postępowania wraz częścią załączników dotyczących oferty DiaHem, a przez to jaskrawe złamanie zasady równego traktowania wykonawców i jawności postępowania, a także ograniczenie prawa odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej,
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie s.i.w.z. (w tym opisu przedmiotu zamówienia) w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny prowadzący do sytuacji, w której oferty wykonawców są nieporównywalne, a zamawiający wybrał ofertę, która opiera się na założeniach sprzecznych z obowiązującymi wymaganiami dotyczącymi zasad przechowywania wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzućcie oferty DiaHem,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu i niepodlegającej odrzuceniu,

ewentualnie o:

- 5) nakazanie unieważnienia postępowania.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, bowiem skutek dokonania przez zamawiającego wyżej opisanych czynności niezgodnie z ustawą może utracić szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. W wyniku czynności podjętych przez zamawiającego z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp, oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Za najkorzystniejszą została natomiast uznana oferta DiaHem, jednak jest to wynikiem zaniechania jej odrzucenia, co zostało szczegółowo uargumentowane w ramach odwołania. Jeśli zarzuty odwołującego zostaną uwzględnione zamawiający zostanie zobowiązany do ponownego zbadania i oceny ofert, a w konsekwencji do uznania, że oferta odwołującego jest jedyną ofertą w postępowaniu, która spełnia wymagania określone w s.i.w.z., a przez to jest ofertą najkorzystniejszą. Tym

samym zamawiający będzie zobowiązany do udzielenia zamówienia odwołującemu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca DiaHem AG Diagnostic Products (dalej „przystępujący”).

W wyniku wezwania przez Izbę, przystępujący wniósł sprzeciw, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy oraz złożone w sprawie dowody, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez przystępującego wykonawcę, zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości stwierdzając, co następuje.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nieodrżucenie oferty przystępującego, pomimo jej sprzeczności z s.i.w.z., Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący podnosił, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustanowił dwa istotne wymagania, których przystępujący nie spełnił składając ofertę. Zamawiający wymagał mianowicie, aby:

a) analizator wraz z płynami systemowymi pochodziły od tego samego producenta,

b) zaoferowano taką liczbę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (w szczególności kart i krwinek), która pozwoli na dokonywanie kontroli jakości zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymaganiami organów kontroli i nadzoru.

Zdaniem odwołującego przystępujący zaoferował płyny systemowe od różnych producentów, a także zadeklarował zbyt niską liczbę kart do wykonania wyspecyfikowanych w s.i.w.z. ilości badań, która w rezultacie nie pozwala na dokonanie kontroli zgodnie z wiążącymi zamawiającego wymaganiami.

Odwołujący wskazywał, iż kluczowe znaczenie ma w tym kontekście wyjaśnienie, że płynem systemowym jest roztwór/płyn znajdujący się w analizatorze, który jest niezbędny dla zapewnienia jego prawidłowej pracy i uzyskiwania prawidłowych rezultatów czynności podejmowanych z wykorzystaniem analizatora. Innymi słowy można stwierdzić, że płynem systemowym jest taki płyn, który jest immanentnie związany z funkcjonowaniem systemu analizatora, a wręcz stanowi jego część. Właśnie w taki sposób należy kwalifikować roztwór NaOH i jego funkcję przy użytkowaniu analizatora oferowanego przez przystępującego. O ile można by mieć wątpliwości czy wszystkie płyny są stale (nieprzerwanie) niezbędne do pracy analizatora (przykładowo płyn konserwacyjny stosuje się podczas czynności konserwacyjnych, co jakiś czas), o tyle płyn systemowy NaOH służy do odkażania aparatury analizatora i jest niezbędnym zasobem systemu, który wykorzystywany jest nieprzerwanie w toku pracy analizatora i warunkuje prawidłowość jej wyników.

Na rozprawie odwołujący, w celu potwierdzenia powyższych okoliczności powołał dowód (nr 1), który stanowił

opracowanie własne odwołującego, z którego miało wynikać, że w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających, przystępujący w różny sposób opisywał roztwór NaOH, który w ocenie odwołującego jest płynem systemowym, przypisując mu różne nazwy. Izba oddaliła powyższy dowód stwierdzając, że nie potwierdza on okoliczności, na jaką został złożony, a mianowicie nie potwierdza, że roztwór NaOH jest płynem systemowym. Jednocześnie odwołujący złożył dowód nr 2 (wyciąg z instrukcji analizatora oferowanego przez przystępującego), w którym producent podał, że płyn NaOH warunkuje działanie analizatora i jest niezbędnym zasobem do wykonania badania, a ponadto w tabeli definiującej system producent podał, że pod pojęciem „system” rozumie w pełni zintegrowany, kompletny system sprzętowy z oprogramowaniem, materiały eksploatacyjne i procedury operacyjne. W ocenie odwołującego w ramach tej definicji płyn NaOH stanowi materiał eksploatacyjny będący płynem systemowym. Izba przyjęła powyższy dowód, jednakże stwierdziła, że nie wynikają z jego treści okoliczności powoływane przez odwołującego.

W opozycji do argumentacji i dowodów złożonych przez odwołującego przystępujący przedstawił dowody (nr 1 - pakiet) - wyciąg z instrukcji serwisowej analizatora przystępującego, który w części prezentującej schemat analizatora został zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa. Z dowodów (nr 1 - pakiet), które Izba dopuściła do oceny, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że roztwór NaOH posiada odrębny obwód zasilający, który nie ma połączenia z obwodami dla płynów systemowych, a ponadto obwód ten nie ma styczności z materiałem biologicznym. W poczet materiału dowodowego przystępujący załączył dowód (nr 2) stanowiący oświadczenie producenta analizatora, w którym producent oświadczył, iż płyn NaOH nie bierze bezpośredniego udziału w badaniu, nie jest płynem eksploatacyjnym, a zatem nie wypełnia definicji płynu systemowego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, dowody złożone przez przystępującego, w sposób bezpośredni i jednoznaczny wykazały, iż płyn (roztwór) NaOH, nie jest płynem systemowym, albowiem nie uczestniczy w pracy analizatora w ten sposób, iż jego brak nie uniemożliwia jego pracy, a tylko takie uwarunkowanie determinuje możliwość uznania płynu za systemowy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niewystarczającej (w ofercie przystępującego) ilość kart i krwinek do codziennej kontroli jakości, odwołujący podniósł, iż niezgodność oferty przystępującego z wymaganiami zamawiającego dotyczy obowiązku zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który umożliwi zamawiającemu korzystanie z analizatora i prowadzenie codziennych kontroli jakości zgodnie z obowiązującymi go przepisami. Wymaganie to zostało przez zamawiającego doprecyzowane w odpowiedziach na pytania. W odpowiedzi na prośbę „o potwierdzenie, że w zadaniu nr 3 w formularzu cenowym należy wymienić i wycenić wszystkie odczynniki, krwinki wzorcowe, materiały zużywalne i odczynniki dodatkowe oraz kontrole niezbędne do wykonania wyspecyfikowanej ilości badań”, zamawiający stwierdził, że „wymaga, aby w formularzu asortymentowo-cenowym umieścić ceny i ilości kart, krwinek wzorcowych, materiałów zużywalnych, płynów systemowych oraz zestawów do codziennej kontroli jakości wraz z odpowiednimi ilościami kart i krwinek przeznaczonych do jej wykonania, zgodnie z wymogami IHiT, przy czym ilość kontroli codziennej noworodka równać się ilości podanych badań”.

Ponadto odwołujący doprecyzował, że zarówno zamawiający, jak i IHiT muszą przestrzegać obowiązujących przepisów oraz wytycznych organów specjalizowanych w kontroli i nadzorze nad funkcjonowaniem systemu ochrony zdrowia w Polsce. Szczególne znaczenie ma w tym kontekście fakt, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym treści obowiązków istotnych dla prawidłowego korzystania z analizatorów będących przedmiotem zamówienia wyznaczają w szczególności wytyczne zawarte w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 18 marca 2020 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej wykonywanych w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych innych niż regionalne centra, Wojskowe Centrum lub Centrum MSWiA (dalej jako „Obwieszczenie”).

Zgodnie z pkt 2.7.3. Obwieszczenia „kontrolę czułości i swoistości testów przy użyciu zestawu krwinek wzorcowych należy wykonywać co najmniej raz na 12 godzin”. Tym samym odwołujący przyjął, że zamawiający będzie zobowiązany przeprowadzać kontrole minimum co 12 godzin, a podczas każdej kontroli będzie zobowiązany użyć pełnego zestawu krwinek wzorcowych. Zatem w świetle postanowień s.i.w.z. obowiązkiem przystępującego było zagwarantowanie w ofercie możliwości wykonania:

-19 000 screeningów przeciwciał w PTA (przy oznaczeniu grupy krwi dorosłego).

-2 000 screeningów przeciwciał w PTA (przy oznaczaniu grupy krwi biorców).

-5 000 właściwych prób zgodności.

-codziennej kontroli jakości, która zgodnie z Obwieszczeniem powinna być realizowana w oparciu o następujące założenia:

a) 2 materiały kontrolne x 2 razy dziennie x 365 dni w roku x 3 lata.

b) co w rezultacie daje 4 380 badań w trakcie obowiązywania umowy.

Prowadzi to do wniosku, że oferta przetargowa powinna uwzględniać 10 600 kart na screening przeciwciał, 834 kart na właściwą próbę krzyżową oraz 2 190 kart na wykonanie codziennej kontroli jakości, co ostatecznie daje 13 524 karty. Tymczasem przystępujący w swojej ofercie zadeklarował dostarczenie jedynie 12 432 karty, a więc aż 0 1092 karty za mało. Co istotne, wartość brakujących kart (przyjmując, że koszt pojedynczej karty wynosi 11,88 zł) wynosi 12 972,96 zł - kwota ta jest wyższa niż różnica w cenie pomiędzy ofertą przystępującego a ofertą odwołującego (różnica wynosi nieco ponad 4 000 zł brutto). Tym samym zaniżając liczbę oferowanych kart wbrew obowiązkowi wynikającemu z obowiązujących wytycznych, które wiążą także IHiT (do którego wymagań odesłał z kolei zamawiający), przystępujący nie tylko złożył ofertę niezgodną z s.i.w.z., ale także istotnie wpłynął na wynik postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny. Zdaniem Izby, odwołujący nadinterpretuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzupełnione wyjaśnieniami zamawiającego oraz nadinterpretuje treść rzeczzonego Obwieszczenia. Wskazać bowiem należy, iż w Obwieszczeniu nie zostało stwierdzone, iż do badania konieczne są 2 materiały kontrolne. Obwieszczenie stanowi, iż „Kontrolę czułości i swoistości testów przy użyciu zestawu krwinek wzorcowych należy wykonywać co najmniej raz na 12 godzin i dokumentować zgodnie z załącznikiem nr 3” (pkt 2.7.3.). Tym samym wymogiem zamawiającego, będącym odzwierciedleniem wytycznych IHiT oraz Obwieszczenia był obowiązek zaoferowania przez wykonawców odpowiedniej liczby kart i krwinek, które umożliwią kontrolę czułości i swoistości testów przez okres obowiązywania umowy, raz na 12 godzin. W żadnym zakresie treść s.i.w.z., wytycznych IHiT oraz Obwieszczenia nie nakłada obowiązku oferowania 2 materiałów kontrolnych (1 materiał co 12 godzin, tj. 2 materiały na dobę). Okoliczność, iż odwołujący zaoferował 2 materiały kontrolne, nie oznacza jednocześnie, że jest to obligatoryjne. Złożone na te okoliczność dowody przez odwołującego (dowód nr 3), oświadczenia jednostek przeprowadzających takie badania, gdzie zostało stwierdzone, że badanie w zakresie PTA wymaga dwóch materiałów kontrolnych i kontroli dwa razy dziennie co 12 godzin przez 365 dni w roku i stanowi potwierdzenie praktyki, jaka w tym zakresie się ukształtowała, nie potwierdza zasadności stawianego zarzutu, potwierdza jedynie, że we wskazanych jednostkach ukształtowała się określona praktyka, która być może zdeterminowana jest faktem, że w ośrodkach tych funkcjonują analizatory odwołującego.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego i uznała za wiarygodny dowód zgłoszony przez przystępującego - pismo dyrektora IHiT, w którym również nie znajduje się interpretacja kreowana przez odwołującego dotycząca obowiązku zaoferowania 2 materiałów kontrolnych. W przedmiotowym dowodzie potwierdzono informację o obowiązku przeprowadzenia kontroli czułości i swoistości raz na 12 godzin, co oznacza, że sposób przeprowadzania takiej kontroli każdy producent analizatora może ustalić dowolnie z zastrzeżeniem obowiązku zachowania odstępu max 12 godzin. Skoro zatem technologia przeprowadzania kontroli w analizatorze przystępującego pozwala na wykorzystanie jednego materiału kontrolnego, na którym będą dokonywane 2 kontrole co 12 godzin, to oferta przystępującego zgodna jest z s.i.w.z. i nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła, iż przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, dokumentacja opracowana przez zamawiającego nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, jest jednoznaczna i pozwalała wszystkim wykonawcom w sposób konkurencyjny na oszacowanie i sporządzenie oferty. Okoliczność, iż odwołujący posiadając inne niż u przystępującego rozwiązanie techniczne analizatora nie oznacza jeszcze, że zamawiający niedostatecznie opisał przedmiot zamówienia, czy też opis ten faworyzuje któregoś z wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego zaniechanie udostępnienia protokołu wraz z załącznikami i naruszenie prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż wnioskiem z dnia 31 sierpnia 2020 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z częścią załączników dotyczących oferty przystępującego. Zamawiający, do dnia wniesienia

odwołania tego nie uczynił, czym rażąco naruszył zasady równego traktowania wykonawców i jawności postępowania, a także ograniczył prawo odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z §4 ust. 1 rozporządzenia zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Jednocześnie, zgodnie z §4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu, zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Ignorowanie wniosku odwołującego o udostępnienie protokołu znacząco ogranicza prawo odwołującego do ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Należy zauważyć, że odwołanie zostało złożone w ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący do ostatniej chwili powstrzymywał się z wniesieniem odwołania mając nadzieję, że zamawiający wywiąże się z ciążącego na nim obowiązku niezwłocznego udostępnienia dokumentacji, o którą wnosił odwołujący. Zamawiający nie udostępniając protokołu naruszył również zasadę jawności postępowania. Zgodnie bowiem z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny, a oferty zamawiający udostępnia od chwili ich otwarcia.

Izba stwierdziła, że co do zasady, co wynika z obowiązujących przepisów, zamawiający zobligowany jest do niezwłocznego przekazania protokołu wraz z załącznikami, jednakże uchybienie zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie pozbawiło odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Podnieść bowiem należy, iż odwołujący w zakresie treści złożonej przez przystępującego oferty, miał możliwość postawienia zarzutów zamawiającemu, co zresztą odwołujący uczynił przedmiotowym odwołaniem. Jeżeli zaś chodzi o elementy, o których pisze odwołujący w odwołaniu, tj. w zakresie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 lub art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, wyjaśniania lub ewentualnie uzupełniania treści ew. dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, to zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania w terminie 10 dni od dnia przestania informacji o czynności zamawiającego. Nie bez znaczenia, w tym kontekście, pozostaje również możliwość wniesienia odwołania przez odwołującego w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który umożliwia wniesienie odwołania w przypadku, w którym odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Skoro zatem, jak to wskazał na rozprawie odwołujący, w drugiej połowie września otrzymał od zamawiającego protokół z załącznikami, to od dnia ich otrzymania należy liczyć 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, co do czynności zamawiającego ujawnionych dokumentacją postępowania przekazaną odwołującemu w określonym dniu. Co prawda, przyjmując taki schemat, ale będący tylko i wyłącznie skutkiem zaniechania zamawiającego, zostaje wydłużona cała procedura udzielenia zamówienia publicznego, jednakże takie działanie nie wywołuje negatywnych konsekwencji w odniesieniu do odwołującego, w szczególności nie narusza zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nadal ma prawo do kwestionowania czynności zamawiającego, co prawda w późniejszym czasie, ale nadal zgodnie z terminami wynikającymi z ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, §3 oraz §5 ust. 3 pkt 2 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. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez przystępującego - wnoszącego sprzeciw, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: