Sygn. akt: KIO 1730/20

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-807) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie (02-097)

przy udziale wykonawcy Narodowego Centrum Badań Jądrowych Ośrodka Radioizotopów Polatom z siedzibą w Otwocku (05-400), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-807) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-807)

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-807) na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie (02-097)

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do części 17 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa (dalej „zamawiający") na dostawę radiofarmaceutycznych produktów leczniczych i odczynników izotopowych wykonawca Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Narodowego Centrum Badań Jądrowych, Ośrodek Radioizotopów POLATOM (dalej: „przystępujący"), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 6 września

2001 r. Prawo farmaceutyczne, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, która, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, powinna zostać odrzucona na etapie badania ofert z tego względu, że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w szczególności jako:

a) niezawierająca dokumentów potwierdzających dopuszczenie oferowanych produktów do obrotu, w tym pozwolenia na dopuszczenie do obrotu dla produktów leczniczych lub dokumentu równoważnego (np. potwierdzającego dopuszczenie do obrotu w procedurze importu docelowego), mimo, iż jest to warunek konieczny dla możliwości dostarczania produktów do zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

b) niezawierająca zezwolenia na prowadzenie działalności uprawniającej do obrotu produktami leczniczymi (pozwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej) pomimo, iż jest to warunek konieczny, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

c) niezawierająca zezwolenia uprawniającego do obrotu produktami leczniczymi (zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej) wydanego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego pomimo, iż jest to warunek konieczny zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, co oznacza, że przedmiot zamówienia, który dostarczy przystępujący nie może być, zgodnie z prawem, przedmiotem obrotu, a tym samym udzielenie zamówienia doprowadzi do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe (tj. dostawy produktu, który zgodnie z prawem nie może być wprowadzany do obrotu ani pozostawać w obrocie),

2. art. 29, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez:

a) uprzywilejowanie przystępującego, co przełożyło się bezpośrednio na wybór tejże oferty,
b) niedopuszczenie produktu równoważnego zaoferowanego przez odwołującego pomimo, że nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,

3. art. 31d, poprzez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia środków mających na celu zapobieżenie zakłócenia konkurencji, w sytuacji, w której o udzielenie zamówienia ubiegał się podmiot, którego oferty, w 14 na 18 pakietów, zostały wybrane jako najkorzystniejsze, co może świadczyć o braku bezstronności zamawiającego,

4. art. 32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 35 ust. 2, poprzez ustalenie przez zamawiającego wartości wynagrodzenia z pominięciem zasady należytej staranności, nie uwzględniając przy tym wartości podobnych tego typu zamówień w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, mimo posiadanej przez zamawiającego wiedzy o wartości produktów objętych zamówieniem i zaniechanie dokonania zmiany wartości zamówienia,

5. art. 7 ust. 1 i 2, poprzez prowadzenie postępowania w sposób łamiący zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym w szczególności poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający bezstronności oraz obiektywizmu, w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

2. odrzucenia oferty przystępującego jako pozostającej w sprzeczności z obowiązującymi

przepisami prawa,

3. powtórzenia czynności wyboru ofert,

Z ostrożności procesowej, na wypadek nie uwzględnienia powyższych wniosków, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania (w zakresie części 17).

Wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy oraz kosztem uiszczenia wpisu od odwołania według norm przepisanych.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie posiada dokumentów niezbędnych i wymaganych przez prawo do wprowadzenia zaoferowanego przez siebie produktu do stosowania u pacjentów, wobec czego jego oferta winna podlegać odrzuceniu.

W ocenie odwołującego nie może dojść do wyboru oferty wykonawcy, która w swojej treści oferuje produkty lecznicze, nieposiadające pozwolenia na dopuszczenie do obrotu lub dokumentu równoważnego, potwierdzającego fakt dopuszczenia ich do obrotu.

Podał, że zaoferowany przez przystępującego przedmiot zamówienia powinien być dopuszczony do obrotu i stosowania na terenie Polski zgodnie z przepisami ustawy Prawo Farmaceutyczne dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 499 z późń. zm) (dalej „Prawo farmaceutyczne") tzn. posiadać ważne pozwolenie na dopuszczenie do obrotu w Polsce lub kwalifikować się do dopuszczenia do obrotu w trybie przepisów art. 4 ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

Wskazał także, iż zgodnie ogólną zasadą wynikającą z art. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne do obrotu dopuszczone są, z zastrzeżeniem ust. 4 i art. 4, produkty lecznicze, które uzyskały pozwolenie na dopuszczenie do obrotu. Uzupełnił, że kategorie leków, które są w drodze wyjątku dopuszczone do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia są ściśle określone i są to w szczególności:

• leki recepturowe;

• leki apteczne;

• produkty radiofarmaceutyczne przygotowywane w momencie stosowania

w upoważnionych podmiotach leczniczych, z dopuszczonych do obrotu generatorów, zestawów, radionuklidów i prekursorów, zgodnie z instrukcją wytwórcy, oraz radionuklidy w postaci zamkniętych źródeł promieniowania;

• leki dopuszczone do obrotu w procedurze importu docelowego (art. 4 ust. 1 Prawa farmaceutycznego).

Uznał na powyższej podstawie, że nie jest dozwolone dostarczanie leków niedopuszczonych do obrotu.

Stwierdził, że produkt zaoferowany przez przystępującego nie posiada pozwolenia na dopuszczenie do obrotu lub dokumentu równoważnego (w przypadku sprowadzania do Polski leków w trybie importu docelowego), co stanowi naruszenie przepisów Prawa farmaceutycznego.

Podkreślił, że produkt zaoferowany przez przystępującego nie znajduje się w Urzędowym Wykazie Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, według stanu na dzień 1 stycznia 2020 r., co potwierdza również fakt nieprzedstawienia przez przystępującego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu lub dokumentu równoważnego.

W ocenie odwołującego przedmiot, który dostarczy przystępujący nie posiada dokumentu potwierdzającego jego dopuszczenie do obrotu, a więc udzielenie zamówienia doprowadzi do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe (tj. dostawy produktu, który zgodnie z prawem nie może być wprowadzany do obrotu ani pozostawać w obrocie).

Odwołujący ocenił nadto, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wskazując że zgodnie z informacjami podanymi w Załączniku nr. 2.3. do SIWZ „Formularz asortymentowo-cenowy", wymagane było dostarczenia 90 mg peptydu (op. max. 1 mg) oraz, że na skutek

złożonego w dniu 26 marca 2020 r. wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, zamawiający nie udzielił wyjaśnień umożliwiających odwołującemu prawidłowe określenie liczby zestawów, które powinny zostać dostarczone.

Uzupełnił, że zamawiający odniósł się jedynie do treści wniosku innego wykonawcy (pytanie nr 42), wskazując, że: zapotrzebowanie dotyczy 90 fiolek peptydu 1 mg w każdej fiolce. Zestawy powinny zawierać sterylne filtry odpowietrzające PVDF o średnicy porów 0,2 pm w ilości potrzebnej do przeprowadzenia 2000 znakować.

Oświadczył, że przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia nie był pewien, ile zestawów radiofarmaceutyku powinien zaoferować - lek oferowany przez odwołującego jest dopuszczonym do obrotu zestawem do jednorazowego użytku, który służy do przygotowania radiofarmaceutyku; ilość białka zawarta w zestawie jest dostosowana do ilości niezbędnej do przygotowania radiofamarmaceutyku dla jednego pacjenta i wynosi 40 mikrogramów.

Stanął na stanowisku, że zamawiający winien był w taki sposób opisać przedmiot zamówienia, aby było możliwe precyzyjne ustalenie liczby oferowanych produktów przez wszystkich wykonawców.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wymóg SIWZ, tj. dostarczenia zamówienia w fiolkach o pojemności 1 mg znacząco ograniczały konkurencję, natomiast określenie zamówienia przez liczbę zestawów, zawierających po 40 mikrogramów peptydu, pozwoliłoby na złożenie ważnej oferty wszystkim wykonawcom, a jednocześnie nie groziłoby nadmiernymi trudnościami technicznymi dla zamawiającego. Oświadczył, że wszyscy potencjalni wykonawcy dopuszczali możliwość dostarczenia zamówienia we wskazanej przez odwołującego formie (tj. w zestawach po 40 mikrogramów), więc tym samym zasady konkurencyjności zostałyby zachowane.

Zdaniem odwołującego pozostawienie błędnego opisu przedmiotu zamówienia przełożyło się bezpośrednio na niemożliwość złożenia przez odwołującego atrakcyjnej pod względem cenowym oferty z równoważnym produktem, a tym samym wpłynęło bezpośrednio na zaburzenie konkurencji.

Stwierdził, że choć nie można dowieść, iż przystępujący brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia to uznał, że czynności zamawiającego, w wyniku których oferta przystępującego została wybrana w 14 na 18 części zamówienia, przemawiają za tym, że zamawiający działa z naruszeniem zasady bezstronności i uczciwej konkurencji.

Uzupełni, że nie bez znaczenia pozostaje przy tym wybór oferty przystępującego

w części nr 17, w której zamawiający nie dopuścił produktu równoważnego, pozostając przy

wymogu dostarczenia produktu w fiolkach po 1 mg, co - wedle odwołującego - jest czymś niespotykanym i niestosowanym w obrocie tego rodzaju produktem. Oświadczył, że zgodnie z jego wiedzą takiego sposobu konfekcjonowania nie stosuje żaden inny podmiot poza przystępującym.

Podkreślił, że wymagany przez zamawiającego sposób konfekcjonowania nie posiada żadnego praktycznego uzasadnienia, przy czym uniemożliwia wręcz złożenie konkurencyjnej oferty innym wykonawcom, którzy dysponują produktem w formie zestawów gotowych do

podania pacjentom, gdzie dawkowanie, a więc i gramatura są całkowicie inne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający winien ustalać wartość zamówienia z należytą starannością, którą może realizować przez zwracanie się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych produktów. Uzupełnił, że ogólne zasady szacowania wartości zamówienia powinny uwzględniać również wartości zamówień, które stanowią powtórzenie dotychczasowych dostaw jakie miały miejsce u zamawiającego, ale również w innych zamówieniach tego samego rodzaju.

Stwierdził, że zamawiający, szacując wartość dla części nr 17 zamówienia miał świadomość cen zamawianych produktów, które funkcjonują na rynku, a mimo to wartość wynagrodzenia, którą zaproponował była kilkukrotnie niższa od zgłoszonej oferty z najniższą ceną. Oświadczył, że w sierpniu 2019 roku apteka szpitalna zamawiającego skierowała zapytanie do odwołującego z prośbą o przesłanie oferty produktu objętego niniejszym

zamówieniem, co potwierdza, że zamawiający miał pełną świadomość cen produktu oraz tego, jakie produkty pozostające w obrocie w Polsce są zarejestrowane i pozostają w zgodzie z Prawem farmaceutycznym, a tym samym, że produkt oferowany przez przystępującego jest produktem niezarejestrowanym.

Wskazał, że przepisy ustawy Pzp precyzują termin, w jakim zamawiający powinien ustalić wartość danego zamówienia - nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania, co oznacza, że w momencie ustalania wartości zamówienia dla części 17 zamawiający dysponował już informacjami o cenach zamawianych produktów, które są stosowane na polskim rynku, a mimo to przewidział dla tej części budżet na poziomie 57 564, 00 zł, co stanowi kwotę prawie czterokrotnie niższą niż zaproponowana przez oferenta z najniższą ceną, tj. 282 28.00 zł,

Podniósł nadto, że zamawiający, będąc w posiadaniu powyższych informacji, na podstawie art. 35 ust. 2 ustawy Pzp miał możliwość zmiany wartości wynagrodzenia dla części 17.

Podsumował, że całe postępowanie łamało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, od początku preferując jednego wykonawcę, tj. przystępującego w tym w szczególności poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający bezstronności oraz obiektywizmu, w związku z naruszeniem wyżej wymienianych przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił jednak w dalszej kolejności, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego odwołanie musi podlegać oddaleniu (bez merytorycznego rozpoznania zarzutów i żądań w nim podniesionych).

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący przestał być uczestnikiem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty, wobec której to czynności odwołujący nie złożył i nie może już złożyć odwołania, a to wobec upływu terminu na jego wniesienie.

Pismem z dnia 20 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, wskazując w tymże zawiadomieniu ofertę przystępującego jako jedyną poddaną ocenie z zastosowaniem ustalonego kryterium, tj. ceny - zawiadomienie, jak wynika ze złożonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, zostało zamieszczone na portalu w „strefie publicznej” 20 lipca 2020 r. o godz. 8^{52}.

Pismem z dnia 20 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił także odwołującego o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, wskazując jednocześnie, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz prezentując uzasadnienie faktyczne swojej decyzji - zawiadomienie to, jak wynika ze złożonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, zostało wysłane do odwołującego w ramach wiadomości o tytule „Zawiadomienie o wyniku postępowania w zakresie części 17”, do której załącznikiem było „Zawiadomienie o wyniku postępowania - część 17 - Wykonawca.pdf” 20 lipca 2020 r. o godz. 8^{59}.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, że nie otrzymał zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty, a jedynie o wyborze oferty przystępującego, nie przedstawiając jednak żadnych przeciwdowodów.

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że także z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, z którym odwołujący się zapoznał (stanowiło podstawę wniesienia odwołania) odwołujący mógł uzyskać informację, że jego oferta nie została poddana ocenie, a tym samym, że jego oferta została odrzucona, ponieważ jedyną ofertą wskazaną przez zamawiającego, jako poddana ocenie według przyjętego kryterium ceny, była oferta

przystępującego.

Odwołujący objął odwołaniem wyłącznie czynność wyboru oferty przystępującego, nie złożył także odrębnego odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty, a wobec tego, że termin na wniesienie odwołania na czynność odrzucenia oferty odwołującego już upłynął uznać należy, że oferta odwołującego została ostatecznie odrzucona; czynność ta nie może być już kwestionowana przez wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby wskazuje, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują 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 ustawy - jest to przepis, który określa materialnoprawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania w postaci interesu oraz szkody, wynikającej z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, między którymi powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy, podlegające obligatoryjnemu badaniu po skierowaniu odwołania na rozprawę. Brak tych przesłanek powoduje oddalenie odwołania, bez konieczności rozpoznawania zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przypomnienia wymaga, że odwołanie nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego, czemu dał wyraz Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, zgodnie z którym: „(...) 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, stanowiąc 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.”

Warto nadto podkreślić, że w ww. wyroku Sąd Okręgowy, upatrując potrzebę szerokiego traktowania pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, nakazuje zrelatywizować powyższe przesłanki do rzeczywistej możliwości uzyskania przez wykonawcę danego zamówienia w przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty odwołania.

W sytuacji, jak przedmiotowa, odwołujący, którego oferta została ostatecznie odrzucona nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, a dotyczących „jedynie" oferty innego wykonawcy. Nawet potwierdzenie się zarzutów odwołania nie mogłoby doprowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że odwołujący, którego oferta została ostatecznie odrzucona nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie poniósł i nie ma możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wnosząc w tym postępowaniu odwołanie wobec czynności wyboru oferty przystępującego.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, skład orzekający Izby, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzekł jak w sentencji,

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....