

WYROK

z dnia 25 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Vitrociset S.p.A., Via Tiburtina 1020, 00156 Rzym w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa

przy udziale wykonawcy Frequentis Comsoft GmbH, Wachhausstr. 5a, 76227 Karlsruhe, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów:

1.1. nieprawidłowego odrzucenia oferty Vitrociset S.p.A. w Rzymie,

1.2. nieprawidłowego uznania, że udzielając wyjaśnień dotyczących złożonej oferty Vitrociset S.p.A. w Rzymie dokonał zmiany jej treści,

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Vitrociset S.p.A. w Rzymie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Polską Agencję

Żeglugi Powietrznej w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Vitrociset S.p.A. w Rzymie,

3.2. zasądza od zamawiającego Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej w Warszawie na rzecz wykonawcy Vitrociset S.p.A. w Rzymie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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

do wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1038/19

Zamawiający - Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa

- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja trackera ARTAS”, o numerze nadanym przez zamawiającego AMZP-2225-21/130/2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 6 lutego 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2019/S 026-057321, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 6 czerwca 2019 r. wykonawca Vitrociset S.p.A., Via Tiburtina 1020, 00156 Rzym (dalej zwany jako „odwołujący”) wniósł środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień SIWZ i uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego w SIWZ i w pełni odpowiada treści SIWZ,
2. art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. 7 ust. 1 PZP i art. 36 ust. 1 pkt 13) PZP poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria nie stanowiące kryteriów oceny ofert przedstawione w SIWZ w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę niepełną, powodującą niepewność po stronie Zamawiającego na etapie oceny ofert, co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz uznanie, że poprzez udzielone wyjaśnienia dotyczące treści oferty Odwołujący zmienił istotnie jej treść, podczas gdy Odwołujący wskazał w swojej ofercie wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ elementy i udzielił wyczerpujących wyjaśnień, które umożliwiły rozwianie wątpliwości Zamawiającego, a także przedstawił ofertę w całości zgodną z SIWZ, która umożliwiała dokonanie oceny na podstawie

kryteriów oceny ofert wskazanych na etapie postępowania w dokumentacji przetargowej,

3. art. 87 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie, że udzielając wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty Odwołujący dokonał zmiany w jej treści, podczas gdy w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący rozwiął wątpliwości Zamawiającego i potwierdził, że oferta została przygotowana w sposób uwzględniający wszelkie okoliczności, a tym samym nie dokonał żadnej zmiany w jej treści ponieważ od samego początku jej treść uwzględniała czynności, co do których powziął wątpliwości Zamawiający,

4. art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieudostępnienie Odwołującemu ofert i dokumentów złożonych w postępowaniu pomimo dwukrotnego przesyłania wniosku o udostępnienie tych treści drogą elektroniczną za pomocą poczty e-mail oraz poprzez umieszczenie wniosku na platformie zakupowej Zamawiającego służącej do przedstawiania ofert w tym postępowaniu, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany udostępnić na wniosek Odwołującego treść złożonych ofert i dokumentów albowiem są one jawne i możliwe do udostępnienia od chwili ich otwarcia, co znacząco utrudniło odwołującemu zweryfikowanie poprawności złożonych ofert i uniemożliwiło uzyskanie informacji, które mogłyby okazać się konieczne do wniesienia odwołania,

5. art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieudzielenie wyczerpującego uzasadnienia unieważnienia czynności wyboru oferty, podczas gdy jakakolwiek czynność zmierzająca do unieczynienia rozstrzygnięcia postępowania powinna zostać przez Zamawiającego wyczerpująco wyjaśniona, aby umożliwić wykonawcom biorącym udział w postępowaniu jej weryfikację i ewentualne skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Frequentis Comsoft GmbH jako oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, zgodnie z wymogami przedstawionymi w SIWZ. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, na okoliczności wskazane w odwołaniu i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przepisanych, na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący przytoczył stan faktyczny sprawy i podniósł co następuje.

I. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego, nieprawidłowej oceny oferty odwołującego i uznania, że wyjaśnienia przez niego udzielone doprowadziły do zmiany treści złożonej oferty.

Zgodnie z treścią SIWZ kryteriami oceny ofert w postępowaniu są: cena brutto, okres gwarancji i rękojmi oraz termin realizacji przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający wskazał wymagania techniczne, dotyczące przedmiotu zamówienia oraz dokumenty odniesienia, z którymi musi być zgodne oferowane przez wykonawców rozwiązanie. W ocenie odwołującego jego oferta jest całkowicie zgodna ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, a także z wymaganiami wskazanymi w dokumentach odniesienia.

Odwołujący, jako jeden z partnerów technologicznych EUROCONTROL, który uczestniczy w realizacji czynności wsparcia i utrzymania, w ramach umów CAMOS (Centralised ARTAS Maintenance and Organisational Support), które nadzoruje EUROCONTROL, jest świadomy tego, które wymagania są obowiązkowe w celu zagwarantowania bezpieczeństwa i poprawności rozwiązania. Przy konstruowaniu oferty odwołujący kierował się w całości opisem przedmiotu zamówienia, SIWZ i jak najlepszym interesem zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, jako nieodpowiadającą treści SIWZ, wyłącznie z powodu przyjęcia przez odwołującego innego, akceptowanego i stosowanego przez EUROCONTROL rozwiązania projektowego, wdrożonego już przez innych użytkowników systemu ARTAS. Przy czym, zgodnie z Manualiem Instalacji ARTAS-IM-V8B4 (strona 41 par. 5.5), oprogramowanie MMS Client może być instalowane na każdym urządzeniu, które posiada zainstalowane oprogramowanie Java Oracle Virtual Machine. MMS

Client może funkcjonować również na serwerze, na którym zainstalowane jest oprogramowanie ARTAS. Manual zaleca, bez żadnego stanowczego nakazu, dostosowania się do takiego zalecenia, używanie w celu instalacji oprogramowania MMS Client osobnych urządzeń. W ostatnim czasie jednak można zauważyć, że wśród użytkowników ARTAS stosuje się coraz częściej rozwiązanie „cgroups”, które umożliwia zainstalowanie i uruchomienie MMS Client na tym samym serwerze co oprogramowanie ARTAS. Rozwiązanie takie jest użytkowane operacyjnie w Austrii czy Turcji. Rozwiązanie to zostało zaakceptowane i wdrożone do użytku przez EUROCONTROL, użytkownicy, którzy z niego korzystają mają zagwarantowane wsparcie techniczne, w ramach umów CAMOS nadzorowanych przez EUROCONTROL. Odwołujący jest jedną z firm, która w ramach programu CAMOS takie usługi świadczy. (Dowód: Manual ARTAS-IM-V8B4 oraz ekstrakt z platformy MANTIS wspierającej użytkowników oprogramowania ARTAS nr ACP602-V8B4, potwierdzający uzyskanie wsparcia CAMOS dla tego samego rozwiązania stosowanego w Austrii).

W ocenie odwołującego, mając na uwadze treść złożonej oferty, jak i treść udzielonych zamawiającemu wyjaśnień, jednoznacznie należy wskazać, że nie doszło do zmiany oferty, a jedynie do wyeliminowania wątpliwości zamawiającego, co do zgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienia te są wyczerpujące i nie zawierają treści sprzecznych

z ofertą - nie zawierają ani rozszerzenia, ani zawężenia jej treści. Jednocześnie, zdaniem odwołującego, z treści wyjaśnień wynika, że wszelkie czynności, co do których wątpliwości miał zamawiający (analiza bezpieczeństwa) zostały już ujęte w ofercie, na etapie jej przygotowania. Tym samym nie jest prawdą, jak twierdzi zamawiający, że odwołujący w wyjaśnieniach zobowiązał się do dostarczenia dodatkowego sprzętu. Według odwołującego wyłącznie potwierdzono, że dostarczane rozwiązanie jest zgodne z wymaganiami zamawiającego i zgodne z wymaganiami EUROCONTROL. Zarzut, że takie stwierdzenie jest rozszerzeniem zakresu oferty i niedozwoloną jej zmianą, jest zatem nietrafiony, bowiem nie może być zmianą oferty stwierdzenie, że dane elementy zostały w niej zawarte już na etapie przygotowania.

Dalej odwołujący wskazał, że przeprowadzenie analizy bezpieczeństwa nigdy nie było jednym z elementów decydujących o zgodności oferty z SIWZ, ani nie było też jednym z kryteriów, określonych w dokumentacji postępowania. Wskazanie tego elementu miało miejsce w piśmie konkurenta i zamawiający, prowadząc postępowania na podstawie zasad wskazanych w p.z.p., powinien z większym obiektywizmem odnieść się do wskazań wykonawcy Frequentis. Bezpośredni kontakt z przedstawicielami EUROCONTROL mógłby rozwiązać wątpliwości zamawiającego, co do oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący stwierdził, że przyjęte przez niego rozwiązanie projektowe nie było nigdy przedmiotem oceny według SIWZ. Wykonawcy mieli dowolność w zaoferowaniu rozwiązania projektowego, o ile jest ono zgodne z wymaganiami SIWZ i EUROCONTROL. Oferta odwołującego spełnia wszystkie te wymagania i nie zawiera żadnego elementu, który mógłby zostać uznany za niezgodny z SIWZ lub wymaganiami EUROCONTROL.

Konkludując, odwołujący podniósł, że zamawiający uznał, że została mu przedłożona oferta nie spełniająca wymagań SIWZ, która podlega odrzuceniu, kiedy brak jest podstaw do zgodzenia się z taką interpretacją, ponieważ wskazane powyżej jednoznacznie potwierdzają, że oferta odwołującego jest zgodna ze wszystkimi wymaganiami i nie powinna zostać odrzucona.

II. Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia treści złożonych w postępowaniu ofert i dokumentów, na dwukrotnie wnioski odwołującego.

Odwołujący dwukrotnie występował do zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu. Pierwszy wniosek przekazano e-mailem 30 maja 2019 r., drugi został wgrany poprzez platformę zakupową zamawiającego w dniu 3 czerwca 2019 r. Oba wnioski odwołującego pozostały bez odpowiedzi, czym zamawiający bezpodstawnie pozbawił odwołującego dostępu do dokumentów postępowania, które są jawne i powinny być udostępniane bez zbędnej zwłoki.

Odrzucenie oferty na podstawie pisma konkurencji i uniemożliwienie wglądu w złożone oferty znacząco utrudniło odwołującemu przygotowanie niniejszego odwołania i całkowicie uniemożliwiło weryfikację prawidłowości czynności zamawiającego. Takie zachowanie narusza zasady uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę jawności, która jest jedną z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych. Brak reakcji zamawiającego na powtarzające się wnioski o umożliwienie wglądu w złożone oferty należy traktować jako rażące naruszenie p.z.p.

III. Zarzut dotyczący zaniechania wyczerpującego uzasadnienia przyczyn unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem odwołującego, w zakresie uzasadnienia unieważnienia czynności oceny ofert

i wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający dopuścił się szeregu zaniechań, które naruszają zasadę przejrzystości określoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.

W pierwszej kolejności, według odwołującego, należy zaznaczyć, że w decyzji o unieważnieniu oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał jedynie, że unieważnia tę czynność ze względu na art. 7 ust. 3 p.z.p., nie wskazując żadnego uzasadnienia faktycznego takiej decyzji. W ocenie odwołującego brak udostępnienia mu informacji niezbędnych do sporządzenia skutecznego odwołania - a tym są podstawy podejmowania przez zamawiającego decyzji wpływających na przebieg postępowania - jest nie do pogodzenia z art. 7 ust. 1 p.z.p., nakazującym przejrzystość postępowania.

Ponadto unieważnienie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, jako dokument mający wpływ na losy postępowania, powinno być opracowane z dokładnością, tymczasem pismo otrzymane przez odwołującego wprowadza w błąd, ponieważ odnosi się do obu ofert, czym mogło doprowadzić do nie skorzystania przez odwołującego z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Frequentis Comsoft GmbH, Wachhausstr. 5a, 76227 Karlsruhe (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a odwołującym, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowało by odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego norm p.z.p., wskazanych w odwołaniu, jego interes, jako zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, doznał uszczerbku. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, a w wyniku dokonania przez zamawiającego - w procesie badania i oceny ofert - naruszeń prawa, odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert, a tym samym odwołujący uzyska zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej, określone we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

I. Zgodnie z rozdziałem III SIWZ pkt 1 przedmiotem zamówienia jest modernizacja wraz z rozbudową trackera ARTAS, zaś na podstawie pkt 4 szczegółowy opis przedmiotu

zamówienia zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do SIWZ. Ponadto, w załączniku nr 2 do SIWZ, zawarto istotne postanowienia umowy.

II. Wezwanie do złożenia wyjaśnień:

1) pismem z 24.04.2019 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści jego oferty,

2) pismem z 03.05.2019 r. odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia.

III. W dniu 27.05.2019 r. zamawiający poinformował wykonawców, uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.).

IV. Pismem z 30.05.2019 r. zamawiający unieważnił „czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty”.

V. W dniu 06.06.2019 r. zamawiający ponownie poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, ponadto w pkt 4 zawiadomienia wskazano, że zamawiający nie unieważnił czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, dokonanej w dniu 30.05.2019 r.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie, mając na uwadze art.

192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład orzekający - uwzględniając materiał dowodowy, zgromadzony w sprawie, w szczególności po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania oraz dowodów przedłożonych przez strony, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Natomiast twierdzenia zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, a także dokonane w sprzeczności z wymaganiami zawartymi w dokumentacji postępowania, udostępnionej wykonawcom.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego oraz nieprawidłowego uznania, że udzielając wyjaśnień, dotyczących złożonej oferty, odwołujący dokonał zmiany jej treści. W ocenie Izby odwołujący wykazał, iż zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego, dotyczących treści jego oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.), co w konsekwencji spowodowało, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez niewłaściwe zastosowanie tej normy, kiedy z ustalonego stanu rzeczy wynika, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Ponadto nieprawidłowe czynności zamawiającego w postępowaniu naruszają zasady naczelne p.z.p., określone w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia wadliwego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert, złożonych w postępowaniu.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 - 3 petitum odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co następuje.

W ramach uwag natury ogólnej, skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym definicja oferty została zawarta w art. 66 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., tj. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zatem przesłanka odrzucenia oferty, określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem - dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania.

Innymi słowy, aby doszło do wypełnienia hipotezy 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie, zaoferował wykonawca. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaoferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.”

Ponadto wypada zauważyć, iż omawiana niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zatem dotyczy to sytuacji, kiedy zamawiający nie ma możliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, który wynika ze zdania drugiego wskazanej normy.

Skład orzekający zaznacza również, że zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga wykazania na czym niezgodność oferty

polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22.05.2017 r. sygn. akt III Ca 452/17). Zatem punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sporządzonej w danym postępowaniu. Krótko przypomnieć w tym zakresie należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15).

Skład rozpoznający spór powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Wypada także zaznaczyć, iż treść dokumentacji postępowania winna być interpretowane w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony - wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także - aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego (vide pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) zamawiający nie wskazał treści SIWZ, z którą oferta odwołującego byłaby niezgodna.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający zawarł ogólny wywód o rzekomej niezgodności oferty, tym niemniej w żadnym miejscu informacji o odrzuceniu nie wskazano konkretnej treści dokumentacji postępowania, z którą oferta odwołującego byłaby sprzeczna. Zatem już ta okoliczność powoduje, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy, bowiem nie można uznać, że czynność odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jest

prawidłowa, jeżeli zamawiający nie jest w stanie, w sposób jednoznaczny, wskazać z którym wymogiem dokumentacji postępowania zobowiązanie wykonawcy, zawarte w ofercie jest niezgodne. Niejasny wywód zamawiającego, pomijający obowiązek przytoczenia treści SIWZ, spowodowany był faktem, że zamawiający takiej treści nie mógł wskazać - bowiem taka treść nie istnieje i zamawiający, w oparciu o dokumentację postępowania, nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Ponadto próba konwalidowania czynności odrzucenia oferty odwołującego, poprzez wskazywanie - dopiero na etapie postępowania odwoławczego przez Izbą - z którą treścią dokumentacji oferta odwołującego jest rzekomo niezgodna w żaden sposób nie może sanować nieprawidłowej czynności zamawiającego. To nie na rozprawie przed Izbą wykonawca powinien powziąć wiedzę co stanowiło podstawę czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tylko w momencie poinformowania o tej czynności, z zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Tym niemniej, nieudolne próby uzupełniania braku informacji o odrzuceniu - poprzez oferowanie luźnych hipotez, co do tego z jaką treścią SIWZ oferta odwołującego mogłaby być niezgodna, dopiero w odpowiedzi na odwołanie - nie są w stanie konwalidować naruszenia prawa, w postaci bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Izba stwierdziła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób funkcjonalny, w załączniku nr 1 do SIWZ, będącym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (vide pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) zamawiający określił, że modernizacja trackera ARTAS „obejmuje wymianę oprogramowania i dostarczenie niezbędnego do obsługi tego oprogramowania sprzętu (zgodnie ze specyfikacją EUROCONTROL-ARTAS-MGT-STR-02) oraz rozbudowę eksploatowanego w PAZP trackera ARTAS, polegająca na dostawie oprogramowania oraz sprzętu dla systemu testowego P_21, tuning (personalizacja), fine tuning (optymalizacja) i przeprowadzenie szkoleń”.

Zakres prac, istotny dla rozpoznawanego sporu, stanowi m.in. „dostawę sprzętu i oprogramowania (zgodnie ze specyfikacją EUROCONTROL-ARTAS-MGT-STR-02)” oraz „instalację oprogramowania, w wersji V8B4, na dostarczonym sprzęcie (zgodnie ze specyfikacją EUROCONTROL - ARTAS-MGT-STR-02)”. Zamawiający zatem nie określił konkretnych rozwiązań projektowych, których oczekuje od wykonawców, a odesłał ich do wskazanej specyfikacji Europejskiej Organizacji ds. Bezpieczeństwa Żeglugi Powietrznej (dalej zwanej jako „Eurocontrol”). Zgodnie z rzezoną specyfikacją możliwe są różne rozwiązania projektowe, w tym rozwiązania tradycyjne (rekomendowane) i rozwiązanie oparte o „cgroups” (zaoferowane przez odwołującego). Tym niemniej - co istotne - w dokumentacji postępowania zamawiający nie uszczegółowił, którego rozwiązania oczekuje od wykonawców, bowiem brak jest jakiegokolwiek treści wskazującej, że zamawiający żądał konkretnego sposobu ujęcia architektury systemu. Pozostawienie wykonawcom wyboru dowolnego rozwiązania projektowego powoduje również, że brak jest - w oparciu o treść dokumentacji postępowania - możliwości stwierdzenia, że konkretne, zapewniające wymaganą funkcjonalność rozwiązanie, jest zgodne z treścią SIWZ, a inne jest z nią niezgodne. Innymi słowy, wykonawca winien spełnić wymagania zamawiającego, określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, zaś wybór sposobu, w jaki je spełni, tj. jak skonfiguruje architekturę systemu, pozostawiono swobodzie wykonawcy, ograniczając ją do rozwiązania zaakceptowanego i stosowanego przez Eurocontrol.

Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty odwołującego, odstąpił od treści dokumentacji postępowania i wbrew jej wymogom, na etapie oceny ofert, doszedł do przekonania, że jednak preferuje rozwiązanie rekomendowane przez Eurocontrol, a każde inne (pomimo, że dopuszczone przez Eurocontrol) powoduje, że oferta nie spełnia jego wymagań. Takie działanie zamawiającego, nie mające odzwierciedlenia w treści SIWZ, jest sprzeczne z prawem, a także stanowi rażące naruszenie zasad naczelných p.z.p., w postaci zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie jest uprawniony do nagłej „zmiany reguł gry” na etapie oceny ofert, ponieważ takie postępowanie odstępuje od zasady obiektywizmu na rzecz nieuzasadnionej uznaniowości, co stanowi zaprzeczenie istoty procedury udzielania zamówień publicznych.

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, w uzasadnieniu faktycznym, zawarto ogólny wywód o rzekomej niepełności rozwiązania zaoferowanego w ofercie odwołującego, z powodu konieczności przeprowadzenia oceny bezpieczeństwa, w celu potwierdzenia prawidłowości działania, w środowisku właściwym dla zamawiającego, co rzekomo miało być niezgodne z treścią SIWZ, a także - zdaniem zamawiającego - iż taką informację uzyskał on od odwołującego „dopiero w piśmie z dnia 03.05.2019 r., w odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienie.”

Jak już wyżej wskazano, w dokumentacji postępowania, na próżno szukać treści świadczącej o wymogu zaoferowania konkretnego rozwiązania projektowego, co do instalacji i konfiguracji systemu, w szczególności, iż z treści specyfikacji Eurocontrol wynika, iż „Klient MMS może działać na dowodnym komputerze, na którym zainstalowana jest Maszyna

Wirtualna Oracle Java. Może również działać na samym serwerze ARTAS." (vide pkt 5.5 Instalacja i konfiguracja klienta MMS, z dokumentu ARTAS V8B4-U2 Installation Manual). Dalej w specyfikacji Eurocontrol wskazał, iż „wyniki badania bezpieczeństwa sugerują zainstalowanie klienta MMS na zewnętrznym Hardware. Jeżeli Operator zdecyduje inaczej, ta świadoma decyzja powinna zostać potwierdzona odpowiednią oceną bezpieczeństwa”. Zatem Eurocontrol sugeruje konkretne rozwiązanie projektowe (bez żadnego stanowczego nakazu jego stosowania), zaś odejście od rekomendowanego rozwiązania powoduje konieczność przeprowadzenia oceny bezpieczeństwa. Zamawiający znał przywołaną treść specyfikacji, która stanowi część dokumentacji postępowania zamawiającego, tym niemniej zamawiający nie podjął decyzji o wyborze jednego - zalecanego rozwiązania, celem uniknięcia oceny bezpieczeństwa.

Z powyższego wynika, iż po pierwsze - twierdzenia zamawiającego są wewnętrznie sprzeczne. Zamawiający twierdził, że ocena bezpieczeństwa jest dla niego nowością i dopiero wyjaśnienia odwołującego spowodowały, że powziął wiedzę, że do takiej oceny może dojść. Tymczasem fakt konieczności przeprowadzenia analizy bezpieczeństwa wynika wprost z dokumentacji postępowania i przyjęcie, że zamawiający dopiero od wykonawcy dowiedział się, że inne rozwiązanie, niż sugerowane przez Eurocontrol, jest z taką analizą bezpośrednio związane, powoduje konieczność przyjęcia, że zamawiający nie przeczytał specyfikacji Eurocontrol, którą sam włączył do postępowania. Takie stanowisko jest nie do pogodzenia z faktem, że nie tylko wykonawca, ale i zamawiający jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, od którego wymagany jest podwyższony stopień staranności w działaniu. Zatem kuriozalnym, w korelacji z zasadą zachowania należytej staranności, wymaganej w profesjonalnym obrocie, jest przyjęcie, że zamawiający nawet nie przeczytał swojej dokumentacji postępowania, przed jej udostępnieniem wykonawcom.

Ponadto, gdyby zamawiający nie godził się na wykonanie oceny bezpieczeństwa, to taki zakaz zostałby zawarty w SIWZ, chociażby poprzez wskazanie, że wymaga się jednego, konkretnego, rozwiązania projektowego, np. zalecanego przez Eurocontrol i wtedy ocena bezpieczeństwa byłaby zbędna, czy też zamawiający mógłby ustanowić wymóg dokonania analizy bezpieczeństwa już na etapie składania ofert. Natomiast zamawiający nigdzie w dokumentacji postępowania nie określił takich wymagań, nie uszczegółowiono również, aby dopiero pozytywne przejście oceny bezpieczeństwa powodowało, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Takie ukształtowanie dokumentacji postępowania powoduje, że należy przyznać rację odwołującemu - wynik oceny bezpieczeństwa stanowi, w świetle bezspornej treści dokumentacji postępowania, ryzyko wykonawcy. W tym kontekście budzą też poważne wątpliwości twierdzenia zamawiającego, jakoby odwołujący nie wskazał w ofercie, że jego rozwiązanie wymaga oceny bezpieczeństwa - skoro zamawiający w ogóle nie postawił takiego wymogu w SIWZ (brak jest treści SIWZ wymagającej uszczegółowienia w składnej ofercie, czy zaoferowane rozwiązanie projektowe wymaga przeprowadzenia analizy bezpieczeństwa, czy też nie). Jeżeli zatem w dokumentacji postępowania nie wymaga się, żeby w ofercie wykonawcy zawarł takie informacje, to późniejsze twierdzenie, na potrzeby postępowania odwoławczego, że jakieś informacje w ofercie nie ma - informacji, której się od wykonawcy nie wymagało, jest nader osobliwą taktyką procesową, która zasługuje na krytykę.

Skład orzekający podzielił stanowisko odwołującego, iż w toku wyjaśnień, prowadzonych na kwiecień art. 87 ust. 1 p.z.p., nie doszło do zmiany jego oferty. Odwołujący rozwiął wątpliwości zamawiającego, co do zgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienia są wyczerpujące i nie zawierają żadnych treści sprzecznych z ofertą, czy rozszerzenia, bądź zawężenia jej zakresu, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Skoro potwierdzono, że przyjęte w ofercie rozwiązanie projektowe, jest zgodne z wymaganiami Eurocontrol i że dane elementy oferty zostały w niej zawarte na etapie przygotowania, to niezrozumiałe pozostało, w jaki sposób zamawiający doszedł do wniosku, że wyjaśnienia, w sposób nieuprawniony, prowadzą do zmiany treści oferty odwołującego.

Dalej Izba wskazuje, że procedura wyjaśnienia treści oferty nie służy rozwiewaniu wątpliwości wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (vide treść wezwania do wyjaśnień, pkt II ppkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), a zamawiającego, bowiem to na jednostkę zamawiającą ustawodawca nałożył obowiązek zbadania i oceny ofert. Zamawiający nawet nie próbował stwarzać pozorów, że ma wątpliwości co do treści oferty odwołującego, wskazując wprost, że weryfikuje w istocie stanowisko konkurencji. Trudno takie działania ocenić pozytywnie, zwłaszcza mając na uwadze wyżej wskazaną treść dokumentacji postępowania, którą to przyjęte przez zamawiającego stanowisko całkowicie pomijało.

Skład rozpoznający spór stwierdził również, iż odwołujący udowodnił, przedkładając dowód w postaci wyciągu z bazy danych ARTAS, że zaoferowane rozwiązanie, przy użyciu „cgroups”, jest rozwiązaniem wdrożonym przez innych użytkowników systemu ARTAS i jest ono stosowane i zaakceptowane przez Eurocontrol, w tym - objęte wsparciem technicznym, w ramach umów CAMOS, nadzorowanych przez Eurocontrol, pomimo, że to na zamawiającym spoczywał ciężar dowodu wykazania, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, czego zaniechano.

Wiedzą notoryjną jest fakt, iż doświadczenie przedsiębiorcy, będące całokształtem wiedzy w zakresie technologii i procesu produkcyjnego (know-how), przekłada się na możliwość zaoferowania niedostępnych dla innych uczestników rynku, jak również korzystniejszych cenowo, rozwiązań. Odwołujący, jako partner Eurocontrol, który uczestniczy w realizacji czynności wsparcia i utrzymania (w ramach umów CAMOS, nadzorowanych przez Eurocontrol) posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie tego, które wymagania są obowiązkowe, w celu zagwarantowania bezpieczeństwa i poprawności rozwiązania, o czym świadczą wykonane zamówienia w Turcji i Austrii.

Powyższe powoduje, że wykonawca może zaoferować własne rozwiązanie, np. bez dodatkowych urządzeń, co korzystnie wpływa na cenę, a przy tym wykonawca posiada praktyczną wiedzę, że Eurocontrol rozwiązanie takie zaakceptuje i oceni pozytywnie, co udowodniono przedkładając ww. dowód, w postaci wyciągu z bazy danych, dotyczący klienta MMS na serwerze ARTAS przy użyciu cgroups. Ponadto, okoliczność, że rozwiązanie „cgroups” jest wykorzystywane w praktyce dodatkowo potwierdza dowód zamawiającego - korespondencja elektroniczna (e-mail z 10.05.2019 r., godz. 13:51).

Natomiast w zakresie dowodu złożonego przez zamawiającego, w postaci wyciągu z bazy, dotyczącego poprawki ACP 602, Izba stwierdziła, że dowód ten został przedłożony w języku angielskim, co narusza § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. ze zm.), zatem został on przez Izbę pominięty.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, aby oferta odwołującego nie spełniała wymagań dokumentacji postępowania, nie wykazano również, iż składając wyjaśnienia odwołujący dokonał nieuprawnionej zmiany treści

oferty. Zatem zarzuty z pkt 1 - 3 petitum odwołania znalazły potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy - zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. i w sposób wadliwy ocenił wyjaśnienia odwołującego, co spowodowało, że nieprawidłowo odrzucono jego ofertę.

Skład orzekający wskazuje ponadto, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zamawiający, w postępowaniu rozpoznawanym sporem, odszedł od treści dokumentacji postępowania, a także nie dochował należytej staranności i nie podolał ciążącym na nim obowiązkom, czym naruszył również zasady naczelne, wskazane w art. 7 ust. 1 p.z.p.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 4 i 5 petitum odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak niżej.

Zamawiający przedłożył dowód, w postaci potwierdzenia przesłania odwołującemu oferty przystępującego, poprzez e-mail w dniu 03.06.2019 r., zatem nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym stanowisko odwołującego o braku udostępnienia mu oferty konkurencji, co powoduje, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez nieudostępnienie odwołującemu ofert i dokumentów złożonych w postępowaniu, został przez Izbę oddalony. Tym niemniej, skład orzekający zwraca uwagę, że zamawiający w dokumentacji postępowania określił sposób porozumiewania się z wykonawcami - poprzez platformę elektroniczną (pkt 2 rozdziału VIII SIWZ) i to w tej postaci powinna być prowadzona korespondencja, w szczególności, że zamawiający nie wskazał żadnego obiektywnego powodu, który dałby mu podstawę do odejścia od wiążących strony wymagań dokumentacji postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła również zarzut z pkt 5 petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez nieudzielenie wyczerpującego uzasadnienia unieważnienia czynności wyboru oferty, bowiem odwołujący nie wykazał jaki wpływ na wynik postępowania miałoby mieć niewyczerpujące uzasadnienie informacji z dnia 30.05.2019 r. o unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanego 27.05.2019 r. Ponadto, treść uzasadnienia unieważnienia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, ostatecznie, nie miała wpływu na możliwość skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej.

Skład rozpoznający spór, oddalając zarzuty nr 4 i 5 z odwołania, miał również na uwadze, iż odwołanie zostało uwzględnione, co powoduje, że nieprawidłowy wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, się nie ostał.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., ponieważ zamawiający w sposób przedwczesny dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego, bez uwzględnienia oferty odwołującego, którą w sposób bezpodstawny odrzucono.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego - w postaci wpisu od odwołania i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: