Sygn. akt: KIO 1033/11

WYROK

z dnia 2 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2011 r. przez wykonawcę **ZESZUTA Sp. z o.o., ul. Tużycka 8, 03-683 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ZESZUTA Sp. z o.o., ul. Tużycka 8, 03-683 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa,** na rzecz **ZESZUTA Sp. z o.o., ul. Tużycka 8, 03-683 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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:
……

Sygn. akt KIO 1033/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa nowego mobilnego punktu poboru krwi na bazie wysokopokładowego autobusu turystycznego fabrycznie nowego wyprodukowanego nie wcześniej niż w 2011 r. dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Opolu, Rzeszowie i Wałbrzychu". Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2011 r., nr 2011/S 71-115557.

W dniu 13 maja 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców (faxem) o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż zaniechanie wprowadzenia przez zamawiającego postulowanych przez biorących udział w postępowaniu wykonawców zmian w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (dalej „SIWZ") w zakresie warunków technicznych mobilnego punktu poboru krwi spowodowało ograniczenie konkurencji w postępowaniu, co z kolei miałoby wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie takie na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp może być podstawą do wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP") z powództwem o unieważnienie umowy. Wprowadzenie zmian w SIWZ na etapie postępowania po złożeniu ofert nie jest możliwe. W konsekwencji spełnione zostały przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 18 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Zeszuta sp. z o.o., ul. Tużycka 8, 03-683 Warszawa, wobec unieważnienia przedmiotowego postępowania. Odwołujący zarzucał czynnościom zamawiającego naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez uznanie, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazywał, iż naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp uniemożliwia przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu został pozbawiony możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji odwołujący poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy Pzp. Zmiana decyzji zamawiającego pozwoli na stworzenie odwołującemu realnych szans w uzyskaniu zamówienia publicznego, którym jest on zainteresowany. Interes odwołującego w koniunkcji z możliwością poniesienia szkody rozumianej jako szkoda majątkowa dają legitymację odwołującemu do wniesienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu. Czynność zamawiającego została dokonana wbrew przepisom ustawy Pzp oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie odwołujący wnosił o :

1. unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania,
2. dokonanie badania i oceny złożonych ofert w postępowaniu,

Odwołujący wskazywał, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. poinformował o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w postępowaniu, zmiany dotyczyły rozdz. V, XIII, II pkt 1, V pkt 3, IX pkt 2, X pkt 1. Pozostałe postanowienia SIWZ nie uległy zmianie, a zatem nie uległ zmianie również wskazany przez zamawiającego termin do składania przez oferentów pytań do SIWZ. W wyznaczonym terminie żaden z oferentów nie wniósł pisemnych zapytań dotyczących przedmiotowego postępowania. Przesłane przez niektórych wykonawców, w tym odwołującego, pytania przekazane zostały po upływie wymaganego przez zamawiającego terminu, zatem zamawiający nie musiał na nie odpowiadać. Pytania odwołującego nie zawierały zarzutów ani postulatów co do wprowadzenia bezwzględnej zmiany w SIWZ. Ponadto, każdy z wykonawców złożył wraz z ofertą wymagane przez zamawiającego oświadczenie o zrozumieniu treści SIWZ i nie wniósł w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Po uzyskaniu w dniu 16 maja 2011 r. wglądu do ofert w przedmiotowym postępowaniu, w opinii odwołującego jego oferta nie zawierała żadnych braków formalnych i nie podlegałby z tego powodu wykluczeniu. Ponadto spełniała wszystkie wymagane przez zamawiającego kryteria. Odwołujący podnosił, iż niezrozumienie przez niektórych przez zamawiającego nie wady wykonawców treści czynności dokonanej stanowi postępowania, ale obciąża negatywnie wyłącznie tych wykonawców, którzy błędnie zinterpretowali wyjaśnienia zamawiającego. Powoływał stanowisko Krajowe Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z dnia 16 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10) „wadliwy *opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p".* W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji zamawiający podniósł, iż zaniechanie dokonania zmian w SIWZ może być podstawą do wystąpienia przez Prezesa UZP z powództwem o unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, nie sposób zgodzić się z powyższym stanowiskiem. Dyspozycja ww. przepisu wskazuje jedynie na potencjalną możliwość wytoczenia stosownego powództwa przez Prezesa UZP, a zakres jego zastosowania nie może rozciągać się na wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Powoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31

marca 2011 r. (Sygn. akt KIO/582/11): „Tym *bardziej niedopuszczalna jest zatem wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, która pozwalałby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się jakiekolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie".* Jednocześnie, z ostrożności procesowej odwołujący podnosił, że w dniu 18 maja 2011 r. ukazało się ponowne nowe obwieszczenie w przedmiocie wszczęcia nowego postępowania przetargowego dot. tego samego rodzaju dostaw.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 maja 2011 r. Odwołanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

W dniu 19 maja 2011 r. zamawiający wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 20 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Krajowej Izby Odwoławczej udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Jarosława Sotomskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARKOM Jarosław Sotomski, ul. Mokra 30, 05-504 Henryków Urocze, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, iż przedmiotowe postępowanie obarczone było wadą polegającą na złamaniu zasad uczciwej konkurencji, gdyż przedmiotowa specyfikacja techniczna wskazywała tylko na jedną markę producenta autobusów. Parametry specyfikacji przykładowo układ wtrysku oparty na technologii 6-ciu sekcji tłocząco-wtryskujących, czy też czystość spalin minimum EUR5 w technologii AdBlue wskazują na rozwiązania firmy Mercedes oferowaną przez odwołującego. Ograniczają one udział w postępowaniu innym znanym producentom autobusów, jak np. Scania, której rozwiązania techniczne niczym nie ustępują rozwiązaniom Mercedesa. Wykonawca podnosił, iż posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż ogłoszenie nowego postępowania dotyczące tego rodzaju dostaw z poprawną specyfikacją techniczną pojazdów pozwoli na równe traktowanie wszystkich oferentów, stwarzając szanse na równą konkurencję. Pozwoli to zgłaszającemu przystąpienie ubiegać się o powyższe zamówienie. Przystąpienie zostało podpisane przez Pana Jarosława Sotomskiego, a kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu, co zostało przez nich potwierdzone.

W dniu 30 maja 2011 r. na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący wniósł opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Jarosława Sotomskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARKOM Jarosław Sotomski, wskazując, iż wykonawca ten nie wykazał interesu w przystąpieniu do odwołania po stronie zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż decydującym kryterium wyboru wykonawcy w niniejszym postępowaniu była cena, postępowanie zostało unieważnione przez zamawiającego bez dokonania rozstrzygnięcia i wyboru określonego wykonawcy. Oferta zgłaszającego przystąpienie była pod względem ceny na drugim miejscu po ofercie innego wykonawcy, który nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Ponadto zgłaszający przystąpienie w wyznaczonym terminie nie wniósł pisemnych zapytań dotyczących przedmiotowego postępowania, złożył wraz z ofertą wymagane przez zamawiającego oświadczenie o zrozumieniu treści SIWZ i nie wniósł w tym zakresie żadnych zastrzeżeń, zaś jego oferta w opinii odwołującego nie spełniała kryteriów wskazanych w SIWZ. Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zgłaszający przystąpienie nie wykazał posiadania interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

W dniu 30 maja 2011 r. na rozprawie przed Izbą odwołujący złożył także pismo – wyjaśnienia do odwołania zawierające dodatkową argumentację uzasadniającą stanowisko odwołującego. Wskazywał w nim, iż wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu przez niego określonych wymogów i przesłanek, których to przyrzeczenie publiczne również dotyczy. Ewentualne konsekwencje

braku należytej staranności zamawiającego, zobowiązanego i uprawnionego do przygotowania SIWZ, a w niej kryteriów wyboru ofert oraz sposobu obliczania ceny, nie mogą stanowić wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania, gdyż oznaczałoby to przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione przez zamawiającego na wykonawców. Wskazywał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Unieważnienie *postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co nie daje zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji"* (sygn. akt KIO/UZP 54/07); *interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy (sygn. akt KIO/UZP 25/08) i nie może mieć charakteru rozszerzającego, jak próbuje to czynić Zamawiający (sygn. akt KIO/UZP 343/10).* Odwołujący podnosił, że pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność od

początku, a co za tym idzie – jej prawną bezskuteczność. Zatem nie każda wada postępowania może prowadzić do jego unieważnienia – a tylko taka, która prowadziłaby do zawarcia umowy nieważnej z mocy prawa. Odwołujący powoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 210/10, w którym wskazano: „Poprzez *art. 93 ust. 1 ustawy ustawodawca stworzył zamknięty katalog przesłanek, dopuszczających unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, ograniczając nadużywanie uprawnień w zakresie możliwości korzystania z unieważnienia postępowania przez zamawiających. Wprowadzone ograniczenia mają na celu uniknięcie dowolności działań zamawiającego, stwarzając gwarancję pewności obrotu dla podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne".* Przywołał też wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 831/10, w którym orzeczono, że jeżeli wykonawca złożył ofertę zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest podstaw dla unieważnienia postępowania, gdyż zamawiający wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy w dacie formułowania specyfikacji. Sąd uznał, że okoliczność ta nie może działać na niekorzyść wykonawców, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania zamawiającego. Przywoływał także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2010 r. sygn. akt KIO/1945/10, gdzie wskazano: *„Izba podkreśla, że nie każda wada czy naruszenie od razu skutkuje nieważnością czy to postępowania czy to umowy. Aby wada miała ten charakter muszą zaistnieć łącznie trzy przesłanki:*

1. *naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania,*
2. *nieusuwalny charakter tego naruszenie,*
3. *naruszenie musi powodować niemożność zawarcia ważnej umowy, a więc np. naruszać art. 7 ust. 3 ustawy Pzp , czyli sankcjonować wybór wykonawcy wybranego wbrew przepisom ustawy."*

Powoływał także wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 30 listopada 2006 r. sygn. akt II Ca 724/06,w którym Sąd stwierdził: *„Zatem sam fakt naruszenia przepisów proceduralnych związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, iż zachodzą przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania, konieczne jest również stwierdzenie w sposób nie budzący wątpliwości, że uchybienie to nie tylko mogło mieć wpływ, ale rzeczywiście miało wpływ na wynik postępowania".*
W ocenie odwołującego żadna z przesłanek skutkujących koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w kontekście wskazanych przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania okoliczność nie miała miejsca. Wskazywane przez zamawiającego podstawy unieważnienia związane są z organizacją pracy jednostki zamawiającego, nie dotyczą natomiast wad samego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co

następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa nowego mobilnego punktu poboru krwi na bazie wysokopokładowego autobusu turystycznego fabrycznie nowego wyprodukowanego nie wcześniej niż w 2011 r. dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Opolu (poz.1), Rzeszowie (poz. 2) i Wałbrzychu (poz. 3). W SIWZ rozdział 1 pkt 2 zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, a wykonawcy mogli składać oferty na jedną lub więcej części (pozycji). W SIWZ rozdział V pkt 1.2. zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 3 do SIWZ. Załącznik nr 3 do SIWZ zawierał szczegółową specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia w poszczególnych częściach (pozycjach).

W dniu 15 kwietnia 2011 r. zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie rozdziału V pkt 3 – termin dostawy, rozdziału XIII – termin i miejsce składania ofert, rozdziału II pkt 1 - termin wniesienia wadium. Zamawiający ustalił nowy termin składania ofert na 9 maja 2011 r. W dniu 26, 28 i 29 kwietnia 2011 r. oraz 5 maja 2011 r. wpłynęły zapytania wykonawców dotyczące treści SIWZ. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, uznając brak takiego obowiązku, jako że wniesione zostały po terminie przewidzianym ustawą Pzp. Zapytania dotyczyły m.in.: wyrażenia zgody na udział w przetargu pojazdu o pojemności silnika do 13 000 cm3, minimalnej mocy 290kW, spełniającego normę EUR5, jednak bez dodatku AdBlue, który zdaniem pytającego wykonawcy generuje dodatkowe niepotrzebne koszty użytkowania pojazdu, pojazdu z układem wtrysku opartym na technologii 6-ciu sekcji wtryskujących zasilanych pompą wysokociśnieniową, sterowanych komputerem (common rail), pojazdu ze skrzynią biegów manualną ze sterowaniem cięgnami elastycznymi i wspomaganiem włączania biegów lub automatyczną lub półautomatyczną, dopuszczenia w zakresie skrzyni biegów sterowania elektro-pneumatycznego, dopuszczenia nadwozia typu modułowego o charakterze mieszanym (tj. rama i elementy kratownicy).

W dniu 13 maja 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zakresie wszystkich trzech części (pozycji). W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał, iż zaniechanie wprowadzenia przez zamawiającego postulowanych przez biorących udział w postępowaniu wykonawców,

zmian w SIWZ w zakresie warunków technicznych mobilnego punktu poboru krwi spowodowało ograniczenie konkurencji, co z kolei miałoby wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie takie na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp może być podstawą do wystąpienia przez Prezesa UZP z powództwem o unieważnienie umowy. Wprowadzenie zmian do SIWZ na etapie postępowania po złożeniu ofert nie jest możliwe. W konsekwencji spełnione zostały przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowisko. Zamawiający wskazał, że wady specyfikacji technicznej dotyczyły załącznika nr 3 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt 1.1.3 - w zakresie wysokości zamawiający żądał nie więcej niż 3 900mm, natomiast po analizie ofert, które wpłynęły okazało się, że w ofercie dotyczącej pojazdu Scania (zaoferowanego przez wykonawcę Jarosława Sotomskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARKOM Jarosław Sotomski) nie jest ten wymóg spełniony. Oferta Germaz sp. z o.o. dotycząca Volvo wymóg ten spełniała. Kolejna przesłanka pkt 1.2.1 silnik wysokoprężny - wymagano pojemności 11500-12500 cm3, zaoferowano powyżej tych pojemności. Pkt 1.2.2. moc silnika - wymagano 300-350kW, zaoferowano 290 kW. Pkt 1.2.4 czystość spalin - zaoferowano bez technologii AdBlue. Pkt 1.3.1 wymagano skrzyni biegów manualnej, a zdaniem zamawiającego - powinna być dopuszczona także automatyczna lub półautomatyczna, która była wyraźnie wskazana w poz. 3 przedmiotowego zamówienia. W zakresie 1.10.3 drzwi otwierane pneumatycznie - powinno być dopuszczone także otwieranie elektryczne. Pkt 1.8.1 nadwozia - powinno być dopuszczone typu modułowego. W zakresie stanowiska kierowcy wymagano 2 składanych foteli, a powinno być 1 lub 2.

W oparciu o powyższy stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych,

uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

Izba uznała, iż odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, którą zamawiający pomimo braku oficjalnej informacji o badaniu i ocenie ofert oraz ich wyniku uznał ze spełniającą warunki zgodnie z SIWZ, a kwestionując czynność unieważnienia postępowania stwarza sobie szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności zamawiającego w postaci utraty zysku zakładanego w ramach przedmiotowej umowy.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przez wykonawcę Jarosława Sotomskiego

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARKOM Jarosław Sotomski, ul. Mokra 30, 05-504 Henryków Urocze, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uwzględniła opozycję wniesioną przez odwołującego w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, podzielając w tym zakresie argumentację podniesioną przez odwołującego i uznając, że uprawdopodobnił, iż wykonawca zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie w wyznaczonym terminie nie wniósł pisemnych zapytań dotyczących przedmiotowego postępowania. Złożył wraz z ofertą wymagane przez zamawiającego oświadczenie o zrozumieniu treści SIWZ i niewnoszeniu do niej żadnych zastrzeżeń. Nie wnosił środków ochrony prawnej wobec treści SIWZ, w tym w odniesieniu do specyfikacji technicznej. Nie zakwestionował również twierdzenia, iż jego oferta nie spełnia wymogów specyfikacji technicznej i nie mogłaby być wybrana w niniejszym przetargu. Stanowisko to potwierdził także zamawiający, który wskazał, iż wprawdzie nie dokonał formalnej oceny ofert, jednak oferta zgłaszającego przystąpienie podlegałaby odrzuceniu jako sprzeczna z SIWZ. Powyższe jednoznacznie zatem wskazuje na to, iż w niniejszym postępowaniu nie miałby żadnej możliwości uzyskania zamówienia. Zdaniem Izby dopuszczenie go do udziału w postępowaniu odwoławczym oznaczałoby faktyczne przywrócenie terminu dla kwestionowania postanowień SIWZ, które formalnie zaakceptował. Izba ponadto stwierdziła, iż w jej opinii interes, którym winien wykazać się zgłaszający przystąpienie, nie może dotyczyć jedynie hipotetycznego udziału w kolejnym postępowaniu, lecz pozycji wykonawcy w przetargu, do którego odnosi się postępowanie odwoławcze.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba stwierdziła, iż odwołanie jest zasadne. Potwierdził się bowiem zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez uznanie, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu złożono trzy oferty i jakkolwiek zamawiający nie dokonał formalnie czynności badania i oceny ofert oraz nie poinformował wykonawców oficjalnie o jej wynikach, z dokumentacji postępowania, informacji o unieważnieniu postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy można wnioskować, że zamawiający zweryfikował złożone oferty, zaś w wyniku tej weryfikacji oferty pozostałych dwóch oferentów podlegałyby odrzuceniu ze względu na niespełnienie wymogów specyfikacji technicznej. Ofertą spełniającą wymagania SIWZ była oferta odwołującego i zamawiający zapewne musiałby uznać ją za najkorzystniejszą, pomimo iż była droższa (jedynie w jednej pozycji odwołujący zaoferował cenę tożsamą z wykonawcą ARKOM Jarosław Sotomski).

Zamawiający argumentował, iż dopuścił się w postępowaniu nieprawidłowości polegającej na tym, że nie uwzględnił wniosków wykonawców o modyfikację SIWZ w zakresie specyfikacji technicznej, czym spowodował ograniczenie konkurencji. Zamawiający po analizie otrzymanych ofert doszedł bowiem do przekonania, iż gdyby dopuścił rozwiązania, o które wnioskowali niektórzy z wykonawców, oferty, które ci wykonawcy złożyli, byłyby uznane za ważne i spełniające wymogi SIWZ, a zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty spośród szerszego zakresu wykonawców, co miałoby wpływ na wynik

postępowania.

Przedmiotem oceny Izby było zatem, czy powyższe zaniechanie stanowiło wystarczającą podstawę dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a zatem czy stanowiło nieusuwalną wadę postępowania, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania, będącą, w razie zawarcia umowy, wystarczającą podstawą dla Prezesa UZP do wystąpienia o unieważnienie umowy.

Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która jest niemożliwa do usunięcia oraz uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Nowelizacja ustawy Pzp przyjęta ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) wprowadziła istotne *novum* w przepisach dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych polegające na przyjęciu w miejsce instytucji bezwzględnej nieważności umowy potwierdzanej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu – instytucję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, to mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Kolejną istotną zmianą jest wprowadzone nowelizacją brzmienie przepisów art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, który w poprzednim stanie prawnym w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Pzp (pkt 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie Pzp, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 6). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny wąsko i konkretnie sprecyzowane, dotyczące zastosowania niektórych trybów z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia w wolnej ręki, zapytania o cenę), braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill,* określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów – które nie podlegają wykładni rozszerzającej na inne działania lub zaniechania zamawiających. Izba podziela pogląd, iż dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową, należy

sięgnąć także do ust. 5 i 6 art. 146 ustawy Pzp, które to przepisy określają dodatkowe materialne przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z nich – wskazaną w ust. 6 i przywołaną przez zamawiającego - jest przesłanka wskazująca na czynności lub zaniechania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba wyraża zatem pogląd, iż zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem Izby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obarczone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp.

Tym samym zamawiający miał prawo uwzględnić okoliczności wskazane w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przy ocenie, czy zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania z uwagi na nieusuwalną wadę postępowania, która stanowić może podstawę do unieważnienia umowy przez Prezesa UZP. Jest jednak zobowiązany taką wadę wykazać. Izba podziela stanowisko wyrażone w przywoływanym przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2011 r. sygn. akt KIO 582/11 iż, choć przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, iż zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, iż w aktualnym stanie prawnym, wobec literalnej treści art.

146 ust. 1 ustawy Pzp, możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę zostały przez ustawodawcę dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez nich na inne niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Tym bardziej zatem niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, która pozwalałby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiekolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to bowiem wprost prowadzić do zagrożenia

przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie (jak również – jak w niniejszym postępowaniu - w oparciu o analizę złożonych przez nich ofert), a zamawiający miał możliwość sanacji swoich nieprawidłowości w toku postępowania, lecz z przyczyn leżących po jego stronie tego zaniechał.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które skutkować mogłoby uruchomieniem przez Prezesa UZP procedury unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, iż dopuścił się w postępowaniu nieprawidłowości polegającej na tym, że nie uwzględnił wniosków wykonawców o modyfikację SIWZ w zakresie specyfikacji technicznej, czym spowodował ograniczenie konkurencji. Zamawiający bowiem na podstawie analizy otrzymanych ofert doszedł do przekonania, iż gdyby dopuścił rozwiązania, o które wnioskowali niektórzy z wykonawców oferty, które ci wykonawcy złożyli, byłyby uznane za ważne i spełniające wymogi SIWZ, a zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty spośród szerszego zakresu wykonawców. Zamawiający zatem niejako a priori uznał, iż wykonawcy ci w ogóle nie byli w stanie złożyć ofert prawidłowych na skutek błędów, których dopuścił się w postępowaniu.

Przede wszystkim należy podkreślić, iż zapytania wykonawców składane w postępowaniu nie miały charakteru stanowczych żądań o zmianę SIWZ w zakresie objętym zapytaniem, lecz wykonawcy zwracali się o dopuszczenie rozwiązań innych niż określone w SIWZ. Wykonawcy nie odwoływali się również do okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia ma charakter dyskryminacyjny czy uniemożliwia im złożenie oferty. Izba zwraca uwagę, iż zamawiający nie ma ustawowego obowiązku uwzględniania postulatów wykonawców przedstawianych w zapytaniach do SIWZ. Oczywiście może to uczynić, kierując się oceną własnych potrzeb, jednak kreowanie treści SIWZ pozostaje w gestii zamawiającego. Zamawiający sam bowiem ocenia swoje potrzeby, w oparciu o które, z uwzględnieniem właściwych przepisów, opracowuje treść SIWZ i kształtuje wynikające z niej wymagania. Konsekwencje wynikające z ustalenia treści SIWZ obligują obie strony postępowania, tj. zamawiającego i wykonawców. Wykonawcy mają możliwość wpływu na treść SIWZ, korzystając z przewidzianych ustawą Pzp środków, w tym środków ochrony prawnej, jeżeli w ich opinii narusza ona ich interesy czy powoduje, iż nie mogą złożyć oferty w ogóle czy też oferty na warunkach, które w większym stopniu czynią ich ofertę korzystniejszą. Ustawa Pzp przewiduje w tym zakresie określony tryb oraz ramy czasowe jego zastosowania. Konsekwencje nieskorzystania z nich obciążają obie strony postępowania – zamawiającego i wykonawców, którzy zaniechali wystarczającej dbałości o

zabezpieczenie swojej pozycji w postępowaniu. Oczywiście nie oznacza to, iż nieskorzystanie ze środków ochrony prawnej czy innych dostępnych przewidzianych ustawą Pzp skazuje zamawiającego, gdy dopuścił się poważnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które skutkować mogłoby uruchomieniem przez Prezesa UZP procedury unieważnienia umowy, na zawarcie takiej umowy. Należy jednak podkreślić, iż w ocenie Izby wprawdzie art. 146 ust.6 ustawy Pzp obecnie zdaje się mieć szerszy charakter niż poprzednio obowiązujący art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, to interpretacji tego przepisu w kontekście kształtowania opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać ostrożnie i z poszanowaniem praw wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający

poprzez brak należytej staranności w formułowaniu SIWZ, którego konsekwencjom mógł zapobiec, mógłby z powołaniem się na art. 146 ust. 6 ustawy Pzp i ryzyko unieważnienia umowy pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia. Na taką wykładnię wskazuje także przywoływane orzeczenie Sądu Okręgowego Warszawa Praga z dnia 30 sierpnia 2010 r. IV Ca 831/10, gdzie wyraźnie podkreślono, iż błędy zamawiającego wynikające z nienależytego rozpoznania własnych potrzeb i rozeznania na ryku nie mogą obciążać wykonawców. Sąd wskazał, iż błędne opisanie – w winy zamawiającego – przedmiotu zamówienia – nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 i 30 ustawy Pzp. Wprawdzie wyrok ten zapadł w odmiennym stanie faktycznym (zamawiający opisał przedmiot zamówienia w oparciu o błędne założenia), lecz jednoznacznie wysnuć można z niego dyrektywę ostrożnego interpretowania podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia z winy zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wskazał właściwie, jaki przepis naruszył, lecz posłużył się ogólnikowym sformułowaniem ograniczenia konkurencji, co wypełniałoby dyspozycję art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie wykazał jednak, iż rzeczywiście sposób, w jaki opisał przedmiot zamówienia, stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 czy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem o niezapewnieniu czy utrudnieniu uczciwej konkurencji. Ze stanowiska prezentowanego w informacji o unieważnieniu oraz na rozprawie wynika, iż zamawiający dopiero po otwarciu ofert zorientował się, iż wykonawcy inni poza odwołującym złożyli oferty niezgodne z SIWZ. Wysnuł zatem wniosek, że swoim działaniem pozbawił ich możliwości złożenia ofert prawidłowych, co w jego opinii świadczy o niezgodnym z ustawą Pzp ograniczeniu konkurencji skutkującym możliwością unieważnienia umowy przez Prezesa UZP, a wada ta jest po otwarciu ofert nieusuwalna.

Zdaniem Izby w niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał, iż rzeczywiście dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który by bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiał złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców lub uniemożliwił wykonawcom mogącym złożyć ofertę konkurowanie na takich samych zasadach. Powyższy wymóg oznacza zatem m.in. konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Nie zostało jednak wykazane, iż w niniejszym postępowaniu wykonawcy, którzy złożyli oferty sprzeczne z SIWZ, w ogóle nie mieli możliwości złożenia ofert prawidłowych, ponieważ jedynie odwołujący taką ofertę mógł złożyć. Odwołujący, jak podkreślał, nie posiadał żadnej wyłączności na zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami SIWZ. Być może wykonawcy ci nie złożyli ofert takich, jak chcieli, co nie jest jednak tożsame z tym, iż nie byli w stanie zadośćuczynić wymogom SIWZ, których nie zdołali skutecznie zakwestionować, na skutek preferencyjnego dla odwołującego opisu przedmiotu zamówienia. Nie dowiedziono też, iż opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do specyfikacji technicznej opierał się na specyfikacji określonego, konkretnego przedmiotu (tj. w tym konkretnym przypadku pojazdu bazowego firmy Mercedes oferowanego przez odwołującego), co równocześnie uniemożliwiałoby złożenie oferty innym wykonawcom. Należy podkreślić iż rynek zamówień publicznych jest rynkiem profesjonalnym, a zamawiający nie może uwzględniać tylko interesów tych wykonawców, którzy pomimo takich możliwości nie skorzystali z dostępnych im środków wzruszenia niekorzystnej treści SIWZ kosztem wykonawcy, który do takiej SIWZ, opracowanej przez zamawiającego, się zastosował W przypadku zamówień tego typu, co objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, zawsze istnieje konieczność zdecydowania o określonych parametrach granicznych. Zamawiający, jak sam stwierdził, stosował te same parametry już w poprzednich postępowaniach, w których też były zapytania i ostatecznie składano 1 ofertę – odwołującego, którą uznawano za ważną i wiążącą. Ponadto specyfikację techniczną pierwotną, jak oświadczył zamawiający, sporządzono przy pomocy eksperta Polskiego Związku Motorowego. Specyfikacja techniczna była weryfikowana przez bezpośrednich zleceniodawców – Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa (dalej „RCKiK") – uwzględniając, jak należy sądzić, ich zróżnicowane potrzeby. Niewątpliwie bowiem

specyfikacja techniczna w poszczególnych pozycjach była zróżnicowana w obrębie tych samych parametrów (np. moc silnika w pozycji 1 określono na 300 do 350 kW, w pozycji 2 - 315 do 330 kW, a w pozycji 3 - 315 do 350 kW, podczas gdy w równolegle ustalanych warunkach technicznych dla RCKiK w Łodzi (nie objętego tym przetargiem) – 290 do 350kW. Oczywiście powyższe zróżnicowanie może też wskazywać na pewien brak staranności w kreowaniu SIWZ, co jednak nie wyczerpuje przesłanek wskazanych w art. 7 ust. 1 i art. 29

ust. 2 ustawy Pzp, o ile możliwe było złożenie ważnych i porównywalnych ofert. Ponadto wydaje się, iż zawsze istnieje możliwość zmiany postawionych parametrów tak, aby poszerzyć krąg wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty, co nie oznacza bynajmniej, iż bardziej rygorystyczne postanowienia SIWZ wyczerpują przesłankę utrudnienia uczciwej konkurencji, a zarazem unieważnienia postępowania z uwagi na ryzyko zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu jako obarczonej nieusuwalną wadą mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania. Zapewne także w każdym przypadku rozszerzenie tego katalogu mogłoby mieć potencjalny wpływ na wynik postępowania, bo być może ofertę złożyłby podmiot, który dotychczasowych warunków nie spełniał i być może jego oferta byłaby tańsza. Nie oznacza to jednak dopuszczalności weryfikacji przez zamawiających ustalonych przez siebie i nie zakwestionowanych skutecznie przez wykonawców w drodze dostępnych prawem środków postanowień, którym nie można postawić oczywistej sprzeczności z ustawą Pzp. Oznaczałoby to przyzwolenie na prowadzenie postępowania z naruszeniem procedur, w tym opracowywanie SIWZ bez dostatecznej analizy i rozeznania na rynku, ponieważ zamawiający nawet po otwarciu ofert miałby możliwość uchylenia się od skutków tak prowadzonego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp (wada tego typu jest bowiem ze swej istoty po otwarciu ofert nieusuwalna). Powyższe należy uznać za niedopuszczalne. Izba podkreśla, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający miał możliwość zmiany postanowień SIWZ, czego zaniechał. Fakt, że zapytania zostały złożone po terminie, nie pozbawiało zamawiającego możliwości zarówno odpowiedzi na zapytania, jak i modyfikacji SIWZ. Izba nie uznała za przekonywującej argumentacji, iż wynikało to z braku wystarczającego czasu na uzgodnienia zmiany parametrów z bezpośrednimi zleceniodawcami. Z dokumentacji postępowania wynika bowiem, że podczas przygotowywania SIWZ dla kolejnego postępowania okres konsultacji i akceptowania zmienionych parametrów był bardzo krótki. Tymczasem poprzednio zapytania były wniesione prawie 2 tygodnie przed terminem składania ofert i z pewnością istniała możliwość konsultacji. Nie jest również podstawą unieważniania postępowania fakt, że zamawiający, gdyby miał świadomość, że pozostali wykonawcy złożą oferty uwzględniające przedmiot zapytań, nie chcąc odrzucać tańszych ofert, inaczej sformułowałby postanowienia SIWZ. Taką argumentacją mógłby posłużyć się każdy z zamawiających zmuszonych do odrzucenia najtańszej oferty, jednak nie jest ona przewidziana przepisami ustawy Pzp. Przy tym trzeba zwrócić uwagę, że po złożeniu ofert należy brać pod uwagę nie tylko możliwe utrudnienie uczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, lecz także interesy wykonawców, którzy złożyli oferty, szczególnie potencjalnie najkorzystniejszą, aby przepis ten nie stanowił narzędzia do manipulowania wynikiem postępowania. Powyższe jednoznacznie wynika z zasady równego traktowania wykonawców, która podobnie jak zasada uczciwej konkurencji wynika z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W wypadku zamówień

publicznych zasadą jest bowiem – z zastrzeżeniem przypadków ustawą Pzp określonych – że zamawiający nie może zakończyć postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej i musi wybrać taką ofertę spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu, nawet jeśli nie jest to oferta ekonomicznie najlepsza i w drodze modyfikacji SIWZ poprzez zmianę wymaganych parametrów w kolejnym postępowaniu mógłby uzyskać lepszą (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011 r. KIO 1023/11). Brak uwzględnienia postulatów wynikających z zapytań wykonawców w niniejszym postępowaniu nie świadczy zatem, zdaniem Izby, o zaistnieniu wady postępowania, która mogłaby być podstawą dla jego zasadnego unieważnienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i odwołanie należało, w ocenie Izby, uznać za zasadne.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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. Nr 41, poz. 238), w tym wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury.

Przewodniczący:

……