

Sygn. akt: KIO/UZP 252/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5** protestu z 22 stycznia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 821 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia jeden złotych zero groszy) przez **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5** na rzecz **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika:
- 3) dokonać zwrotu kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Tramwaje Szczecińskie Spółka z o.o., ul. Sebastian Klonowica 5, 71-241 Szczecin, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 6 szt. fabrycznie nowych przegubowych, wielocłonowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

13.05.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 91-131457.

14.01.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań, gdyż treść oferty nie odpowiada treści rozdz. XV pkt 4.8.1. lit. a specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

22.01.2010 r. wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań, wniośł protest na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych interpretację prawomocnych orzeczeń wydanych przez KIO 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 oraz Sąd Okręgowy 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09 i dokonaniem powtórnej oceny ofert w zakresie przekraczającym ich (tj. sentencji oraz uzasadnienia ww. orzeczeń) właściwą treść;
- 2) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej – w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert – oferty protestującego, spełniającej warunku udziału w postępowaniu i zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11;
- 4) odrzucenie oferty protestującego
względnie na
- 5) zaniechanie czynności wezwania protestującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 191 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 198 ust. 2 Pzp przez powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie wykraczającym poza dyspozycję wynikającą z sentencji i uzasadnienia orzeczeń wskazanych w proteście;
- 3) art. 91 oraz art. 89 Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty PESA oraz odrzuceniem oferty H. Cegielski
względnie zamawiający naruszył:
- 4) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez H. Cegielski oferty;
- 5) inne przepisy prawa wskazane w treści uzasadnienia.

Protestujący wniośł o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PESA jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia odrzucenia oferty protestującego;
- 3) dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert (względnie wezwanie do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez protestującego);
- 4) dokonanie wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja protestującego:

W obecnym stanie sprawy umowa, która zostałaby ewentualnie zawarta z PESA byłaby umową nieważną w świetle postanowień art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, z uwagi na fakt, że Zamawiający dokonałby wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, oraz że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do naruszenia art. 191 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 198 ust. 2 Pzp, przez powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie wynikającym z sentencji i uzasadnienia orzeczeń KIO z 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 oraz Sądu Okręgowego z 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09, protestujący podniósł, co następuje:

Zgodnie z sentencją prawomocnego (oddalona w całości skarga zamawiającego na wyrok KIO) wyroku KIO z 15 października 2009 r., Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego. Jednakże sama sentencja, ze swej ogólnej natury, nie jest wyznacznikiem skonkretyzowanego działania. Interpretując zakres i właściwą treść postawionej tezy należy odwołać się do treści uzasadnienia. Analizując zaś treść uzasadnienia do wskazanego powyżej wyroku stwierdzimy, cyt.: „Tym samym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, które jest równoznaczne z nakazaniem dokonania wszelkich czynności typu unieważnienie wykluczenia odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty... etc... związanych z przywróceniem odwołującego do postępowania i umożliwieniem mu uzyskania przedmiotowego zamówienia” – str. 19 wyroku. Protestujący zauważa jednocześnie, iż powyższe ściśle koresponduje z treścią żądań, które były zawarte w rozpatrywanym przez KIO odwołaniu. Otóż, ówczesnie odwołujący – H. Cegielski wnosił m.in. o, cyt.: powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie bez powodu zatem, Krajowa Izba Odwoławcza w treści uzasadnienia zawarła dla zamawiającego zobowiązanie do powtórzenia badania spełnienia warunków zawartych w ofercie, które traktowała jako równoznaczne z nakazaniem dokonania wszelkich czynności związanych i umożliwiających odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Interpretacja odmienna, wykraczająca ponad przedstawione powyżej stanowisko, byłaby niezgodna i sprzeczna z powszechnie uznawaną mocą wiążącą prawomocnych orzeczeń. Dodatkowo, w świetle ostatecznego rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy, który oddalił w całości skargę (utrzymał w mocy zaskarżony wyrok) zamawiającego na cytowany wyrok KIO, z uwagi na jej bezzasadność, powyższa interpretacja i moc wiążąca orzeczenia zapadłego przed KIO nie powinna budzić żadnych wątpliwości.

Wobec powyższego, w związku z tym, iż nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert – zawarte w wyroku KIO – stało się konieczne. Izba wskazała na konieczność takiego działania, niemniej jednak zakres tych czynności został wyraźnie i precyzyjnie określony w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. Działanie zamawiającego wykraczające ponad treść wyroku, jest działaniem naruszającym przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Znamienne w tym względzie (jako przykład mocy wiążącej orzeczeń) będzie przytoczenie Wyroku KIO z 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1182; KIO/UZP 1183/08, cyt: „Aby zamawiający mógł dokonać czynności ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 p.z.p. w trakcie wykonywania wyroku KIO, musiałby mieć wyraźne wskazania w tym wyroku odnośnie do konieczności lub możliwości wezwania”. W podobnym tonie wypowiedział się Zespół Arbitrów w wyroku z 3 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1872/06, cyt.: „Zespół Arbitrów w wyroku uwzględniając odwołanie nakazał Zamawiającemu ponowną ocenę ofert. Zamawiający formalnie wykonał ten nakaz niemniej nie uwzględnił w najmniejszym stopniu wskazówek i zaleceń zawartych w uzasadnieniu tegoż wyroku. Zaznaczyć przy tym należy, że w międzyczasie, nie zaszły żadne nowe okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na przeprowadzaną ocenę ofert” oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z 27 lipca 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1131/04, cyt.: „Częścią wyroku jest – obok sentencji – również jego uzasadnienie. W uzasadnieniu arbitrzy formułują pewne wytyczne pod adresem zamawiającego, którymi powinien on się kierować wykonując wyrok. Wytyczne te są bowiem dla zamawiającego wiążące. W przeciwnym wypadku można by twierdzić, że wykonaniem wyroku jest samo tylko powtórzenie czynności, nawet jeśli w jego wyniku rozstrzygnięcie będzie dokładnie takie samo, jak w wyniku pierwotnej czynności. Wykonaniem wyroku Zespołu Arbitrów jest powtórzenie czynności z uwzględnieniem ocen sformułowanych przez arbitrów. Zamawiający nie może dokonać czynności, której powtórzenie nakazywał wyrok arbitrów (a więc powtórnej oceny ofert) w sposób, który jest sprzeczny z ustaleniami prezentowanymi w wyroku”.

A zatem, *per analogiam*, działanie zamawiającego powinno i mogło być skierowane wyłącznie w celu umożliwienia wykonawcy H. Cegielski uzyskania przedmiotowego zamówienia. Podobnie KIO w wyroku z 18 sierpnia 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 800/08, cyt.: „Uwzględnienie protestu lub odwołania winno otwierać drogę wnoszącemu je wykonawcy do uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym do uzyskania zamówienia”. Tym

samym, w świetle przedstawionej powyżej argumentacji, działanie Zamawiającego wykraczało poza treść i cel prawomocnego wyroku KIO.

Protestujący odniósł się również do zarzutów, które legły u podstaw odrzucenia jego oferty i bezpodstawnego wyboru oferty PESA.

Odnosząc się do naruszenia art. 91 oraz art. 89 Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty PESA oraz odrzuceniem oferty H. Cegielski, protestujący podniósł, co następuje:

W dniu 6 lipca 2009 r. zamawiający wystosował do protestującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów formalnych, tj. dokumentu potwierdzającego wymaganą zdolność finansową. Należy zatem zauważyć, z zgodnie z przepisami ustawy, że zamawiający wzywa wykonawców (...), chyba że mimo złożenia dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...). Powyższe jednoznacznie świadczy, iż aby wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w ww. trybie należy kompleksowo zweryfikować pełną jej zawartość i wykluczyć ewentualne podstawy do jej odrzucenia. Zamawiający w toku przeprowadzonej oceny nie stwierdził takich uchybień, dlatego zastosował procedurę przewidzianą dla uzupełnienia dokumentów. Powyższe uregulowania, jak również i szereg innych potwierdzają obowiązującą w ustawie zasadę koncentracji oceny ofert. Tym samym, aktualne twierdzenia zamawiającego i doszukiwanie się rzekomych podstaw do odrzucenia oferty protestującego jest rażącym naruszeniem i łamaniem podstawowych praw i reguł rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej, że odbywa się po prawomocnym rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego.

Podstawę odrzucenia oferty protestującego, które zamawiający zawarł w piśmie z 14.01.2010 r., oparto na nieprecyzyjnym i niedookreślonym postanowieniu rozdz. XV pkt 4.8.1 specyfikacji. Zaprezentowana interpretacja postanowień specyfikacji, została ewidentnie przygotowana dla potrzeb odrzucenia oferty H. Cegielski. Brak jakichkolwiek wcześniejszych wskazań, odnoszących się do takiego sposobu interpretacji postanowień, dyskredytuje całkowicie przedstawioną interpretację i świadczy o bezprawnym odrzuceniu oferty H. Cegielski.

Tytułem przykładu, protestujący wskazał powszechne i od długiego czasu utrwalone orzecznictwo. Wyrok KIO z 30 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1301/09, w którym stwierdza się, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny spełniania warunków. Powyższy wyrok, interpretowany *per analogiam* jak najbardziej przystaje do podstaw działania zamawiającego. Kolejny, jeszcze bardziej jednoznaczny wyrok KIO z 14 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1086/09, stwierdza, że skoro treść specyfikacji nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Powyżej wymienione orzeczenia, jak również wiele innych podobnego rodzaju, potwierdzają bezprawność działania zamawiającego, w zakresie oceny oferty protestującego.

Odnosząc się szczegółowo do uzasadnienia odrzucenia oferty H. Cegielski, które zawarto w treści pisma z 14.01.2010 r., protestujący przedstawił opinię (pismo z 19.01.2010 r., o nrze TK-W/16/01/10) Instytutu Pojazdów Szynowych „Tabor” w Poznaniu, która rozwiewa wszelkie wątpliwości i polemiki w zakresie zasadności odrzucenia oferty protestującego.

Podkreślając ekspercki charakter opracowania protestujący nadmienił, iż Instytut Pojazdów Szynowych TABOR jest jedyną w Polsce jednostką kompleksowo realizującą prace związane z projektowaniem, konstruowaniem oraz badaniem pojazdów szynowych. Istnieje na rynku od 1945 roku. Działa w oparciu o ustawę o Jednostkach Badawczo-Rozwojowych, a nadzór nad działalnością Instytutu sprawuje Minister Gospodarki. Kadra naukowo-techniczna odbywa staże w renomowanych europejskich firmach produkujących i badających tabor kolejowy. Wielu specjalistów Instytutu powołanych jest do udziału w pracach krajowych i międzynarodowych organizacji taboru szynowego, m.in. ERRI (European Rail Research Institute) oraz UIC (Union Internationale des Chemins de fer). Dbając o wysoki poziom merytoryczny prac, IPS TABOR stale współpracuje z wieloma uczelniami i innymi jednostkami naukowymi, badawczo-rozwojowymi oraz utrzymuje stałe kontakty z producentami taboru szynowego w kraju i zagranicą.

22.01.2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

25.01.2010 r. wykonawca **PESA** złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

02.02.2010 r. zamawiający oddalił protest w całości i doręczył za pośrednictwem poczty kurierskiej DHL.

Argumentacja zamawiającego:

Protestujący zarzuca zamawiającemu, iż niezgodnie z przepisami ustawy:

- 1) dokonał interpretacji zapadłych w przetargu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Szczecinie i dokonał ponownej oceny ofert w zakresie przekraczającym ich treść;
- 2) zaniechał wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonał wyboru oferty Wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza z ofert podlegających ocenie;
- 4) dokonał odrzucenia oferty Protestującego, względnie:

- 5) zaniechał czynności wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty przez co naruszył art. 7 ust. 1 i 3, 191 ust. 2 pkt 1 w zw. z 198 ust. 2, art. 91 oraz art. 89, względnie art.87 ust. 1 PZP,

i w związku z tym Protestujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako oferty PESA Bydgoszcz S.A. jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia odrzucenia oferty Protestującego;
- 2) dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert (względnie wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej przez Protestującego oferty);
- 3) dokonanie wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia ww. protestu przystąpiła po stronie Zamawiającego PESA Bydgoszcz S.A. wnosząc o oddalenie protestu.

Z przedstawionymi w proteście zarzutami zamawiający nie może się zgodzić z następujących powodów:

(1)

Protestujący, uznając iż z zapadłych w toku przetargu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w Szczecinie nakazujących zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert wynika – choćby pośrednio – nakaz wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej, w sposób jaskrawy dokonał ich nadinterpretacji.

Przede wszystkim należy wskazać, że sentencja wyroku KIO z 15 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1244/09) brzmi „Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego”. W uzasadnieniu zaś czytamy: „Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza za potwierdzone uznała naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania – odwołujący prawidłowo udokumentował swoją sytuację finansową umożliwiającą mu wykonanie zamówienia w granicach liczbowych zdolności kredytowej wskazanych w siwz i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy i rozporządzenia. Tym samym zasadnym stało się nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, które jest równoznaczne z nakazaniem dokonania wszelkich czynności typu unieważnienie wykluczenia odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty... etc... związanych z przywróceniem odwołującego do postępowania i umożliwieniem mu uzyskania przedmiotowego zamówienia”. Użyty w uzasadnieniu wyroku KIO zwrot „...umożliwieniem mu uzyskania przedmiotowego zamówienia” oznacza tu nic więcej, jak dokonanie oceny ofert z udziałem oferty protestującego. Wskazane „umożliwienie uzyskania zamówienia” sprowadza się właśnie do wzięcia pod uwagę przy rozstrzygnięciu postępowania oferty protestującego.

Nie może być jednak w żadnym wypadku mowy o udzieleniu zamówienia takiemu wykonawcy, którego oferta poddana ocenie, nie odpowiada wymaganiom zamawiającego (treści specyfikacji). Wskazany w treści protestu tok rozumowania, jakoby uwzględnienie środka odwoławczego miało wprost prowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy byłby uprawniony jedynie wtedy, kiedy najkorzystniejsza cenowo oferta uległaby niezasadnemu odrzuceniu, a wynik ponownej oceny ofert nie wskazałby na istnienie jakiegokolwiek innej podstawy odrzucenia tej oferty.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem badania i rozważań KIO była jedynie prawidłowość wykluczenia protestującego z przetargu z uwagi na niespełnienie finansowego warunku udziału w postępowaniu i w żadnym zakresie nie dotyczyły one treści oferty protestującego, a więc badania, czy odpowiada ona wymaganiom zamawiającego wyartykułowanym w specyfikacji. Jak wynika z treści art. 191 ust. 3 Pzp, Izba jest związana zakresem zaskarżenia i nie może orzekać co do zarzutów nie podniesionych w proteście. Tym samym, skoro protestujący w proteście podnosił zarzuty przeciwko wykluczeniu go z postępowania, to tylko w tym zakresie KIO mogła orzekać tylko co do zasadności pierwszego rozstrzygnięcia postępowania i w przedmiocie dokumentami znajdującymi się w ofercie protestującego (tj. dokumentu wystawionego przez bank).

Niezależnie od powyższego ani KIO, ani Sąd Powszechny, nie dokonują czynności w zastępstwie zamawiającego, a jedynie oceniają zaskarżone działania bądź zaniechania zamawiającego, mając na względzie kryterium legalności. Tym samym KIO nie mogła dokonać badania i oceny oferty protestującego, stwierdzić zgodność jej treści z treścią specyfikacji oraz uznać, że bilans kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji wskazuje, iż jest ona ofertą najkorzystniejszą w przetargu. Tylko bowiem w takiej sytuacji KIO mogłoby orzec – wprost bądź pośrednio – o obowiązku zamawiającego wyboru oferty protestującego.

(2)

Przywołana przez protestującego zasada koncentracji oceny ofert nie może przekreślać uprawnienia, a nawet obowiązku zamawiającego dokonania ponownej weryfikacji złożonych ofert, jeżeli przed ostatecznym rozstrzygnięciem postępowania zajdą okoliczności uzasadniające taką czynność. Art. 7 ust. 3 Pzp wskazuje bowiem jednoznacznie, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przede wszystkim spełniającemu warunki udziału w postępowaniu i który złożył ofertę odpowiadającą treści specyfikacji.

Zamawiający powołuje się na orzeczenie Zespołu Arbitrów z 3 lipca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/1-1879/06), w którym arbitrzy orzekli, iż »Zgodnie z sentencją wyroku zamawiający został zobowiązany do dokonania „powtórnej oceny ofert”. Użycie liczby mnogiej nie pozostawia wątpliwości, że powtórnej ocenie musiały być poddane wszystkie ważne oferty uczestniczące w tym postępowaniu. Z dniem uprawomocnienia się wyroku Zespołu Arbitrów

poprzednio dokonana ocena ofert utraciła swą ważność.<< Przed zamawiającym dokonującym ponownego badania i oceny ofert otwierają się zatem wszystkie możliwości przewidziane w ustawie, a więc np.: obowiązek poprawienia omyłek (art. 87 ust. 2), uprawnienie żądania wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1), obowiązek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3), obowiązek wyboru oferty najkorzystniejszej (art.91 ust. 1).

Jednocześnie dokonanie przez zamawiającego czynności nakazanych orzeczeniem KIO nie może pozostawać w sprzeczności z tym wyrokiem. Należy jednak podkreślić, że sprzeczność z wyrokiem KIO z 15 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1244/09) zachodziłaby tylko wtedy, gdyby w wyniku ponownego badania i oceny ofert zamawiający ponownie wykluczył protestującego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania środków finansowych albo zdolności kredytowej, a tak nie jest. Ponadto, wyrok KIO z 26 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1326/08) nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż „Nie można odmówić zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty, jeżeli stwierdzi niezgodność kosztorysu ofertowego (oferty), z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeszcze przed ostatecznym wyborem oferty, nawet przy dokonywaniu ponownej oceny ofert, nakazanej w tym przypadku wyrokiem KIO”.

Zamawiający nie podziela także zarzutów dotyczących zasadności odrzucenia oferty protestującego.

Nie ulega wątpliwości, że treść specyfikacji to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można zaś mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości.

Jednym z wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia był opisany w rozdz. XV pkt 4.8.1 specyfikacji warunek stanowiący, iż „Tramwaj musi być w części pasażerskiej całkowicie niskopodłogowy. Niska podłoga to taka, która w części pasażerskiej (po wyłączeniu kabiny motorniczego i pulpitu manewrowego z tyłu tramwaju) jest płaska lub zmienia łagodnie (zmiany wysokości podłogi części pasażerskiej mogą być zrealizowane przez zastosowanie pochylni z zastosowaniem maksymalnego nachylenia 15%) i bezstopniowo swoją wysokość, a ponadto spełnia warunek nie przekraczania wysokości mierzonej od poziomu główki szyny (pgs) tj. a) w strefach drzwiowych – maks. 350 mm, b) dla stref nad wózkami – maks. 480 mm, c) dla stref pozostałych – maks. 370 mm”.

To właśnie warunek nieprzekraczalnej wysokości niskiej podłogi w strefie drzwiowej nie został spełniony w ofercie protestującego. Zamawiający nie może się bowiem zgodzić z twierdzeniem, że oferta z której treści (konkretnie z treści załącznika Nr 2/5 do specyfikacji ofertowej) jednoznacznie wynika, iż wysokość 350 mm mierzona od poziomu główki szyny (dalej jako „pgs”) zachowana jest jedynie na krawędzi (linii) podłogi, spełnia wymóg takiej konstrukcji niskiej podłogi części pasażerskiej tramwaju, by podłoga w strefie drzwiowej miała wysokość maksymalnie 350 mm od pgs. Chociaż protestujący zarzuca zamawiającemu nieprecyzyjne i niedookreślone sformułowanie postanowienia rozdz. XV pkt 4.8.1 specyfikacji, skutkujące tym, że na etapie badania i oceny ofert nie może on być podstawą odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, to zdaje się on jednak nie brać pod uwagę faktu, iż żadną miarą nie można uznać, że niską podłogą w „strefie drzwiowej” jest jedynie krawędź (linia) podłogi tramwaju, od której od razu następuje wzrost jej wysokości. Skoro tak, to zamawiający miał podstawy do uznania, że protestujący zaoferował dostawę tramwaju o parametrze wysokości niskiej podłogi nieodpowiadającym wymaganiom zamawiającego.

Jednocześnie zupełnie niezrozumiałym jest marginalizowanie znaczenia przekrojów poprzecznych przedstawionych w załączniku Nr 2/5 do specyfikacji ofertowej. Nie można w tym przypadku uznać, że nie jest to dokument, którego treść podlegałaby szczegółowej weryfikacji pod względem spełniania przez oferowany przedmiot wymagań technicznych przedstawionych w specyfikacji. W wyroku z 8 czerwca 2009 r. (KIO/UZP 663/09) KIO zaznaczyła, że „Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy... itp.)”. Profesjonalista starający się uzyskać zamówienie winien mieć świadomość wagi wszelkiego rodzaju rysunków i projektów załączanych do oferty i stanowiących jej treść oraz dbać, by zamawiający dokonujący badania, czy złożona przez wykonawcę oferta odpowiada w pełni potrzebom i wymaganiom zamawiającego przedstawionym w specyfikacji, nie miał w tym przedmiocie wątpliwości.

Zamawiający wskazuje, iż nie uznaje załączonej do protestu opinii Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR” w Poznaniu za wiarygodną, bowiem została ona sporządzona na zlecenie protestującego, a jak wynika z treści opinii – instytut ten brał udział, jako projektant, w sporządzaniu oferty protestującego.

12.02.2010 r. wykonawca H. Cegielski złożył odwołanie:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych interpretację prawomocnych orzeczeń wydanych przez KIO 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 oraz Sąd Okręgowy 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09 i dokonaniem powtórnej oceny ofert w zakresie przekraczającym ich (tj. sentencji oraz uzasadnienia ww. orzeczeń) właściwą treść;
- 2) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej – w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert – oferty odwołującego, spełniającej warunku udziału w postępowaniu i zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11;
- 4) odrzucenie oferty odwołującego
względnie na
- 5) zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 191 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 198 ust. 2 Pzp przez powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie wykraczającym poza dyspozycję wynikającą z sentencji i uzasadnienia orzeczeń wskazanych w odwołaniu;
- 3) art. 91 oraz art. 89 Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty PESA oraz odrzuceniem oferty H. Cegielski
względnie zamawiający naruszył:
- 4) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez H. Cegielski oferty;
- 5) inne przepisy prawa wskazane w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o

- 1) uwzględnienie protestu i odwołania;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PESA jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert (względnie wezwanie do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez odwołującego);
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego:

Wnoszący odwołanie podtrzymuje w całości swoje zarzuty i argumentację zawartą w złożonym proteście z uwagi na ich nieuwzględnienie przez zamawiającego.

08.032010 r. wykonawca PESA Bydgoszcz przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu, odwołaniu i pismach w sprawie przystąpienia do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu i odwołania oraz stanowiska wyrażone przez strony podczas rozprawy, pismo procesowe odwołującego, a także biorąc pod uwagę opinie złożone przez zamawiającego na okoliczność przekroczenia maksymalnej wysokości podłogi zaproponowanej w ofercie odwołującego – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne w części dotyczącej zarzutu zaniechania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, odrzucenia oferty odwołującego i nie wzięcia jego oferty pod uwagę podczas oceny ofert. Natomiast odwołanie nie może znaleźć poparcia w części dotyczącej zarzutu niezgodnej z przepisami ustawy interpretacji prawomocnych orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą z 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 oraz przez Sąd Okręgowy z 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09 i dokonaniem powtórnej oceny ofert w zakresie przekraczającym ich (tj. sentencji oraz uzasadnienia ww. orzeczeń) właściwą treść.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 Pzp – przez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, odrzucenia oferty odwołującego i nie wzięcia jego oferty pod uwagę podczas oceny ofert – zasługuje na akceptację.

Istotą sporu między stronami jest stwierdzenie zamawiającego, że oferta odwołującego nie spełnia wymogów zamawiającego wyartykułowanych w rozdz. XV pkt 4.8.1, cyt.:

„Tramwaj musi być w części pasażerskiej całkowicie niskopodłogowy.

Niska podłoga to taka, która w części pasażerskiej (po wyłączeniu kabiny motorniczego i pulpitu manewrowego z tyłu tramwaju) jest płaska lub zmienia łagodnie (zmiany wysokości

podłogi części pasażerskiej mogą być zrealizowane poprzez zastosowanie pochylni z zachowaniem maksymalnego nachylenia 15%) i bezstopniowo swoją wysokość, a ponadto spełnia warunek nie przekraczania wysokości mierzonej od poziomu główki szyny (pgs) tj.:

- a) w strefach drzwiowych – maks. 350 mm,
- b) dla stref nad wózkami – maks. 480 mm,
- c) dla stref pozostałych – maks. 370 mm”.

Ponadto zamawiający nie zdefiniował pojęcia stref drzwiowych. Strefa ta, zgodnie z nazwą, musi obejmować obszar, na który oddziałują drzwi. W związku z możliwością otwierania się drzwi na zewnątrz, strefa ta nie może być definiowana jako obszar działania drzwi, gdyż na zewnątrz – drzwi działają poza tramwajem, czyli w powietrzu. Dlatego strefa drzwiowa musi być pojmowana jako linia styku drzwi z całością konstrukcji tramwaju. Stykająca się z tą strefą podłoga, zgodnie z przytoczonym postanowieniem specyfikacji, musi być płaska lub musi zmieniać łagodnie i bezstopniowo swoją wysokość (zmiany wysokości podłogi mogą mieć maksymalne nachylenie 15%).

Zamawiający w rozpoznawanym postanowieniu specyfikacji (rozdz. XV pkt 4.8.1) zastosował funktor alternatywy nierozłącznej „lub”. Zgodnie z regułami logiki warunkiem wystarczającym aby alternatywa nierozłączna była prawdziwa jest prawdziwość co najmniej jednego członu. Mogą być także oba człony prawdziwe, a zdanie będzie fałszywe tylko wtedy, gdy oba składniki będą fałszywe. Warunki prawdziwości alternatywy obrazuje tabela:

p	q	p V q
1	1	1
1	0	1
0	1	1
0	0	0

Objaśnienie: „p” i „q” - zdania, „1” – prawda, „0” – fałsz, „V” – symbol alternatywy nierozłącznej (zwykłej).

Dlatego postawione wymaganie z zastosowaniem alternatywy nierozłącznej (cyt. „Niska podłoga to taka, która [...] jest płaska lub zmienia łagodnie (zmiany wysokości podłogi [...] mogą być zrealizowane poprzez zastosowanie pochylni z zachowaniem maksymalnego nachylenia 15%) i bezstopniowo swoją wysokość...”) będzie spełniać oferta, w której wykonawca zaproponował podłogę bezstopniowo zmieniającą wysokość, a jedynie w strefach drzwiowych nieprzekraczającą 350 mm wysokości mierzonej od poziomu główki szyny, tak jak zaproponował wykonawca H. Cegielski.

Skład orzekający Izby także zauważa, że zamawiający nie dowiódł, iż wykazana przez odwołującego płaszczyzna w strefie drzwiowej jest linią bez zajmowania określonej

powierzchni, co zostało uwidocznione na rysunkach znajdujących się w dokumentacji zamawiającego.

Nie można wykluczyć, że zamawiający miał inne wyobrażenie o przedmiocie zamówienia. Jednak ze względu na zasadę formy pisemnej postępowania, wyrażonej w art. 9 ust. 1 Pzp zamawiający może brać pod uwagę tylko informacje wyrażone pisemnie w specyfikacji przed terminem składania ofert. Nie można obciążać wykonawców konsekwencjami nieprecyzyjnego sformułowania wymagań specyfikacji. Zamawiający ma obowiązek odczytywać i badać ofertę pod kątem jej zgodności z postanowieniami specyfikacji, a po terminie składania ofert nie może zmieniać specyfikacji w najmniejszym nawet zakresie, co wynika *a contrario* z przepisu art. 38 ust. 4 Pzp, który to przepis dopuszcza, aby zamawiający w uzasadnionych przypadkach zmienił treść specyfikacji, ale tylko przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający mając zastrzeżenia do zgodności treści oferty ze specyfikacją powinien wyjaśnić swoje wątpliwości zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia, na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp i zaniechanie tego działania przed odrzuceniem oferty stanowi naruszenia tego przepisu.

Biorąc pod uwagę przede wszystkim treść specyfikacji, treść oferty i załączony do oferty rysunek 2/5, wyjaśnienia odwołującego i reguły logiki oraz przytoczone przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne w części dotyczącej zarzutu niezgodnej z przepisami ustawy interpretacji prawomocnych orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą z 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 oraz przez Sąd Okręgowy z 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09 i dokonaniem powtórnej oceny ofert w zakresie przekraczającym ich (tj. sentencji oraz uzasadnienia ww. orzeczeń) właściwą treść i zamawiający w rozpoznawanym zakresie nie naruszył art. 191 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 198 ust. 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający ma obowiązek zastosować się do orzeczenia Izby tylko w zakresie wynikającym z sentencji i uzasadnienia wyroku, w tym przypadku z 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 (oraz Sądu Okręgowego z 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09).

Zasadnicza treść uzasadnienia do wskazanego wyroku brzmi, cyt.: „Tym samym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, które jest równoznaczne z nakazaniem dokonania

wszelkich czynności typu unieważnienie wykluczenia odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty... etc... związanych z przywróceniem odwołującego do postępowania i umożliwieniem mu uzyskania przedmiotowego zamówienia” – str. 19 wyroku KIO.

Jednak, zdaniem Izby, sformułowanie „umożliwienie danemu wykonawcy uzyskania zamówienia” nie jest równoznaczne z nakazaniem dokonania wyboru tego wykonawcy. Zwrot ten oznacza zobowiązanie zamawiającego do wzięcia pod uwagę przy rozstrzygnięciu postępowania oferty wskazanego wykonawcy.

Należy podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza ani sąd powszechny nie dokonują czynności w zastępstwie zamawiającego, a jedynie oceniają zaskarżone czynności bądź zaniechania zamawiającego. Tym samym Izba nie mogła dokonać badania i oceny oferty, stwierdzić zgodność jej treści z treścią specyfikacji bądź uznać, że bilans kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji wskazuje, iż jest ona ofertą najkorzystniejszą w przetargu.

Ponadto zamawiający może, a nawet jest zobligowany do weryfikowania przesłanek odrzucenia oferty w trakcie całego toku postępowania i ma obowiązek odrzucić ofertę w przypadku, gdy stwierdzi, że zaszła którakolwiek z przesłanek do odrzucenia oferty opisana w art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3 Pzp. Inne rozumienie przytoczonych przepisów mogłoby doprowadzić do wyboru ofert podlegających odrzuceniu i byłoby sprzeczne z art. 146 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zamawiający ma prawo i obowiązek w każdym momencie postępowania dokonać odrzucenia oferty, jeżeli zamawiający stwierdzi, że zaszła jakakolwiek przesłanka do odrzucenia oferty. Nie może tej reguły uchylić jakiekolwiek orzeczenie KIO czy sądu powszechnego. Dlatego skład orzekający Izby nie może się przychylić do zarzutu odwołującego odnośnie niezgodnej z przepisami ustawy interpretacji prawomocnych orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą z 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09 oraz przez Sąd Okręgowy z 8 stycznia 2010 r., sygn. akt VIII Ga 248/09 i dokonania powtórnej oceny ofert w zakresie przekraczającym ich (tj. sentencji oraz uzasadnienia ww. orzeczeń) właściwą treść. Zamawiający w rozpoznawanym zakresie nie naruszył art. 191 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 198 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby nie brał pod uwagę wszystkich przedstawionych przez strony orzeczeń, gdyż nie były one wydane w stanach faktycznych analogicznych do rozpatrywanego.

Ponadto z:

1) dowodu »Opinia na temat „Czy tramwaj zaoferowany przez H. Cegielski [...] spełnia warunek nieprzekraczalnej maksymalnej wysokości 350 mm, mierzonej od poziomu główki szyny, niskiej podłogi w części pasażerskiej tramwaju w strefach drzwi?» Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego – nie wynika czy oferta tego wykonawcy jest zgodna z treścią specyfikacji, gdyż treść specyfikacji jest inaczej sformułowana, a takie modyfikowanie pytania prowadziłoby do niedozwolonej modyfikacji treści specyfikacji po upływie terminu składania ofert;

2) dowodu »Spełnienia wymagań wzniosu podłogi do wartości 350 mm nad pgs w strefach drzwi« Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa – wynika, że sporządzający opinię nie wziął pod uwagę alternatywnej treści pkt 4.8.1 specyfikacji, a więc nie mogła ta opinia zostać wzięta pod uwagę przez Izbę i takie zawężenie odpowiedniego postanowienia specyfikacji należy traktować jako niedozwoloną modyfikację specyfikacji po upływie terminu składania ofert;

3) dowodu »Opinii: 11/2010« Akademii Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego – autor opinii udzielił odpowiedzi tylko na fragment zagadnienia nie biorąc pod uwagę drugiej części alternatywy dotyczącej łagodnej zmiany wysokości, czyli nie wziął pod uwagę alternatywnej treści pkt 4.8.1 specyfikacji, a takie zawężenie odpowiedniego postanowienia specyfikacji należy traktować jako niedozwoloną modyfikację specyfikacji po upływie terminu składania ofert i z tego względu ta opinia nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę.

Ponadto skład orzekający Izby oddalił wniosek dowodowy zamawiającego, aby powołać biegłego z zakresu budowy pojazdów szynowych, który dałby odpowiedź na pytanie czy podłoga znajduje się na wymaganej maksymalnej wysokości 350 mm, czy tylko jedna z krawędzi, a cała podłoga jest usytuowana wyżej, gdyż tak postawione pytanie wykraczałoby poza postanowienia specyfikacji lub modyfikowałoby je, a w kompetencjach Izby (ani żadnego innego podmiotu) nie zawiera się możliwość modyfikowania specyfikacji po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 Pzp.

Z przytoczonych powodów Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 599,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....