

WYROK

z dnia 19 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2015 r. przez wykonawcę

SOFTIQ Sp. z o.o. ul. Esperantystów 20, 44-105 Gliwice

w postępowaniu prowadzonym przez

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych

Al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SOFTIQ Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych na rzecz SOFTIQ Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy**

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju oraz transferu wiedzy e-PFRON2” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 100-182805. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Czynność unieważnienia postępowania

28 września 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania wskazując jako podstawę prawną tej czynności art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. okoliczność, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

W uzasadnieniu czynności zamawiający wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje usługi: asysty technicznej i konserwacji systemu e-PFRON2 przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy; modyfikacji i rozwoju e-PFRON2 przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy, realizowane na podstawie zleceń zamawiającego w ramach maksymalnego limitu 5000 roboczogodzin; transferu wiedzy przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy, realizowane na podstawie zleceń zamawiającego, w ramach maksymalnego limitu 500 roboczogodzin.

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia podał informacje, które miały umożliwić wykonawcom zapoznanie się z budową i parametrami systemu e-PFRON2, a następnie na tej podstawie dokonać kalkulacji ceny ofertowej.

W trakcie badania i oceny ofert zamawiający powziął wątpliwości co do poziomu i realności zaofertowanych przez dziewięciu wykonawców cen ofertowych i możliwości wykonania

zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Po analizie otrzymanych wyjaśnień zamawiający wywnioskował, że podane przez niego informacje spowodowały przyjęcie przez wykonawców błędnych założeń do skalkulowania cen ofertowych. Zamawiający stwierdził bowiem, że oferty sześciu wykonawców zawierają ceny rażąco niskie, w związku z czym podlegają odrzuceniu z postępowania.

Po analizie okoliczności sprawy, zamawiający stwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia, w punkcie nr 19 podał informacje o występujących wadach systemu: „W okresie od dnia 1 grudnia 2014 r. do 8 maja 2015 r. stwierdzono 2 Wady Systemu (Usterki), dotyczące walidacji pól”, Podana informacja o stwierdzonych wadach była nieścisła, gdyż odnosiła się do okresu funkcjonowania systemu e-PFRON2, w którym nic wprowadzono zmian czy nowych funkcji. Gdyby wziąć pod uwagę cały okres funkcjonowania systemu, liczba usuwanych błędów jest znacznie wyższa. Zamawiający stwierdził, że wybrany przedział czasu nie był okresem miarodajnym, co mogło wprowadzić w błąd uczestników postępowania przetargowego. Bez tej wiedzy nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, co przyczyniło się do zaoferowania cen, za które nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Ponadto z przedstawionych wyjaśnień wynika, że żaden z wykonawców nie uwzględnił konieczności utrzymywania systemu przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku przez okres 2 lat. Wykonawcy do kalkulacji ceny asysty technicznej i konserwacji przyjęli założenie odnośnie faktycznego czasu pracy niezbędnego do realizacji usługi, w szczególności założyli, że usługa ma być realizowana wyłącznie w dni robocze. Dodatkowo w kalkulacjach nie uwzględniono godzin przeznaczonych przez zamawiającego na tzw. okienko serwisowe, w trakcie którego wskazane jest przeprowadzanie zmian w systemie i aktywne działanie wykonawcy np. na rzecz usuwania błędów w kodzie źródłowym. Powyższe prowadzi do wniosku, że sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia również w tym zakresie był niewystarczająco precyzyjny, co skutkowało złożeniem ofert, które w konsekwencji podlegałyby odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę.

Z uwagi na fakt, że nieprecyzyjność i niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma innych narzędzi i możliwości, jak tylko uznać, że w zaistniałym stanie faktycznym nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy z wykonawcą. Zawarcie umowy, podlegającej unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowałoby poważne zagrożenie dla realizacji przez zamawiającego zadań publicznych. Funkcjonowanie w obrocie prawnym takiej umowy mogłoby również narazić interes podmiotów korzystających ze świadczeń PFRON.

Opis przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania dotknięty jest istotną wadą, ponieważ narusza obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych, tj. obowiązek

jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Opis przedmiotu zamówienia uniemożliwił wykonawcom stwierdzenie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, ryzyk oraz odpowiedzialności związanych z wykonaniem przedmiotowego zamówienia, co przełożyło się na niemożność prawidłowego oszacowania ceny oferty. Opis ten posiada więc istotne uchybienia, których waga powoduje, że umowa w sprawie udzieleniu zamówienia publicznego zawarta w niniejszym postępowaniu dotknięta byłaby wadą umożliwiającą jej unieważnienie w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Zarzuty odwołania

Od tej czynności odwołanie wniósł odwołujący – SOFTIQ Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 97 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, mimo iż nie zachodzą przesłanki opisane przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 28 września 2015 r.,
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania badania złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. z ostrożności procesowej – art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie bez wskazania uzasadnienia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu, mimo iż zarówno treść wyjaśnień i załączonych dowodów potwierdza możliwość realizacji zamówienia w zaoferowanej cenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz jego dalsze prowadzenie i wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. przeprowadzenie badania złożonych przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnień i dowodów w odniesieniu do treści zapytania oraz dokonanego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem treści całej dokumentacji postępowania, względnie w przypadku dalszych wątpliwości skonkretyzowanie pytań dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny,
3. z ostrożności procesowej – uznanie, iż oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu z postępowania.

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

W kwestiach formalnych dotyczących skuteczności wniesionego odwołania Izba ustaliła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania ze względu na to, że potencjalnie zajmowałby drugie miejsce w rankingu ofert (potencjalnie, ponieważ zamawiający nie dokończył czynności badania i oceny ofert oraz takiego rankingu w postępowaniu nie sporządził). Jak słusznie wskazał odwołujący, ma on możliwość uzyskania tego zamówienia, szczególnie przy założeniu, iż oferta z niższą ceną, niż cena jego oferty, może być uznana za ofertę z ceną rażąco niską – tym bardziej, że sam zamawiający również poczynił takie założenie w stosunku do szeregu ofert.

IV Ustalenia Izby w kwestiach merytorycznych

Swoje stanowisko zamawiający przedstawił w piśmie z 28 września 2015 r. informującym o unieważnieniu postępowania oraz w odpowiedzi na odwołanie z 16 października 2015 r., a odwołujący w odwołaniu z 8 października 2015 r., a także podczas rozprawy.

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami – został on przedstawiony w ww. dokumentach, a także w powołanych w nich dokumentach stanowiących część dokumentacji postępowania przetargowego.

Dodatkowo zamawiający potwierdził podczas rozprawy, iż żadnej z ofert nie odrzucił ze względu na rażąco niską cenę. Tym samym Izba uznała, że prowadzenie w tym zakresie postępowania dowodowego, a następnie rozstrzygnięcie sprawy, jest bezprzedmiotowe, gdyż formalnie brak przedmiotu sporu – zamawiający nie dokonał ww. czynności.

W stosunku do czynności dotyczącej unieważnienia postępowania, w oparciu o ustalony stan faktyczny, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Unieważniając postępowanie zamawiający powołał się na następującą podstawę prawną: art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy te stanowią odpowiednio:

art. 93 ust. 1 pkt 7 – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

art. 146 ust. 6 – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania,

art. 29 ust. 1 – Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,

art. 7 ust. 1 – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający podał też następujące podstawy faktyczne unieważnienia postępowania.

Zamawiający wskazał, że w punkcie 19. opisu przedmiotu zamówienia podał: „W okresie od dnia 1 grudnia 2014 r. do 8 maja 2015 r. stwierdzono 2 Wady Systemu (Usterki), dotyczące walidacji pól”. Zdaniem zamawiającego podana informacja o stwierdzonych wadach była nieścisła, gdyż odnosiła się do okresu funkcjonowania systemu e-PFRON2, w którym nie wprowadzano zmian, czy nowych funkcji, natomiast w całym okresie funkcjonowania systemu, liczba usuwanych błędów jest znacznie wyższa (ok. 400), zatem wybrany przedział czasu nie był okresem miarodajnym, co mogło wprowadzić w błąd uczestników postępowania przetargowego i uniemożliwić prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Izba nie uznała ww. przyczyny oraz zmiany przez zamawiającego stanowiska co do tego, jaki okres występowania błędów byłby miarodajny, za przesłankę faktyczną, która mogłaby uzasadniać unieważnienie postępowania, a w szczególności za „wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy”. Przy tym Izba podziela stanowisko odwołującego, że skoro błędy, które występowały w pierwszych miesiącach użytkowania systemu (niezależnie, czy było to środowisko testowe, czy produkcyjne), przy jego intensywnym użytkowaniu nie powtórzyły się przez kolejnych kilka miesięcy, oznacza to, że zostały trwale usunięte i jest małe prawdopodobieństwo, że wystąpią w przyszłości. Przy czym, zdaniem Izby, dla każdego podmiotu zajmującego się profesjonalnie utrzymaniem, konserwacją, modyfikacjami itd. tego typu systemów musi być oczywiste, że w trakcie trwania usługi mogą się zdarzyć różne ilości i rodzaje błędów, w szczególności w związku z modyfikacją takiego systemu, która jest częścią przedmiotu zamówienia – tym mniej, im lepiej taka modyfikacja zostanie przez wykonawcę przeprowadzona.

Dodatkową istotną dla rozstrzygnięcia w tym zakresie kwestią było to, że zamawiający swoje twierdzenie o tym, że „wybrany przedział czasu nie był okresem miarodajnym, co mogło wprowadzić w błąd uczestników postępowania przetargowego i przyczynić się do zaferowania cen, za które nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia” oparł jedynie na własnych przypuszczeniach (nawet zdanie zostało sformułowane w trybie przypuszczającym), których nie poparł nawet żadnym racjonalnym uzasadnieniem, czy uprawdopodobnieniem, a nie na udowodnionych okolicznościach, z których wynikałoby, że podanie innego (dłuższego) okresu w jakikolwiek sposób wpływałoby na kalkulację cen przez wykonawców i o jaką kwotę by je zmieniło.

Zamawiający wskazał także, że z przedstawionych przez wykonawców wyjaśnień wynika, że żaden z nich nie uwzględnił konieczności utrzymywania systemu przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku przez okres 2 lat, także nie uwzględnił godzin przeznaczonych na tzw. okienko serwisowe, co prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia był niewystarczająco precyzyjny, co skutkowało złożeniem ofert, które w konsekwencji podlegałyby odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę.

Twierdzeniu takiemu zaprzeczył odwołujący wskazując, że założenia zamawiającego, iż nie uwzględnił konieczności utrzymywania systemu przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku, są błędne, gdyż zdaje sobie sprawę, że zadaniem wykonawcy jest system monitorować i utrzymać jego ciągłą pracę. Odwołujący wskazał też, że zamawiający nie prosił w tym zakresie o wyjaśnienia, czemu zamawiający nie zaprzeczył.

Potwierdzają to także przedstawione przez zamawiającego podczas rozprawy wyjaśnienia odwołującego z 14 lipca 2015 r., dotyczące wyjaśnienia ceny. Owszem, odwołujący wskazał w nich na wynikający z opisu przedmiotu zamówienia limit 5.000 godzin oraz założenie co do liczby godzin pracy specjalistów na miesiąc, ale nie odniósł się do tego, jak praca owych wskazanych kilku inżynierów-informatyków zostanie podzielona dobowo.

Zdaniem Izby, jeśli żaden z nich nie uwzględnił konieczności utrzymywania systemu przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku, to wynika z tego, że opis przedmiotu zamówienia jednak był precyzyjny, tylko wskazywał na to, że nie jest to przez zamawiającego wymagane. Jeśli zaś zamawiający chciałby sprawdzić, czy rzeczywiście tak jest i czy oferty wykonawców są porównywalne, powinien przeprowadzić ukierunkowane na te okoliczności wyjaśnienia, zadając wykonawcom konkretne pytania.

Owszem, nieporównywalność ofert może być podstawą unieważnienia postępowania, gdyż w takim wypadku zamawiający może nie być w stanie stwierdzić, która oferta jest rzeczywiście najkorzystniejsza, ale musi to być w jakiś sposób wykazane, nie może

pozostawać w sferze przypuszczeń. Przy tym, jeśli wszyscy wykonawcy wycenili oferty w ten sam sposób, tj. przyjmując liczbę godzin i godziny pracy podane przez zamawiającego, trudno mówić, że oferty są nieporównywalne. Dodatkowo nieporównywalność wtedy miałaby znaczenie, gdyby niektóre oferty były tańsze ze względu na wycenę mniejszego zakresu robót, a droższe przy wycenie większego zakresu, a przyczyna tego leżałaby po stronie zamawiającego (nieprawidłowo skonstruowany opis przedmiotu zamówienia i warunki umowy). Jeśli zaś dany wykonawca wyceni większy zakres robót z własnej inicjatywy – uznając, iż w taki sposób usługa powinna być wykonana, to jest to jego prawo jako podmiotu odpowiedzialnego za prawidłowe wykonanie zamówienia. Do tego, jeśli oferty tańsze uwzględniałyby większy zakres zamówienia niż oferty droższe albo nieporównywalność ofert miałaby miejsce na dalszych pozycjach rankingu, również nie miałoby to znaczenia dla postępowania, gdyż istotne jest dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Co do rażąco niskiej ceny, Izba zwraca uwagę, iż cena musi być rażąco niska „w stosunku do przedmiotu zamówienia” – takim opisem posługuje się zarówno art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym chodzi tu o opis przedmiotu zamówienia rzeczywiście dokonany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie ten, który być może powinien być zamiast niego.

Co do potencjalnej nieważności zawartej umowy – wskazanie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnych godzin zgłaszania usterek przez zamawiającego, godzin ich usuwania, czy okresu porównawczego dla pojawiających się usterek, trudno uznać za podstawę do unieważnienia umowy. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak i następnie sąd, bada postępowanie zamawiającego pod względem legalności, czyli zgodności z prawem. Trudno zaś uznać, że wskazanie danej liczby roboczogodzin, konkretnych godzin zgłaszania i usuwania usterek itd. jest niezgodne z prawem. Może ono w konsekwencji być niedogodne dla zamawiającego, czy nie prowadzić do optymalnej realizacji celu, ale nie oznacza to jeszcze braku legalności takiego działania. Poza tym przesłanką konieczną dla unieważnienia umowy jest wykazanie, że dokonana przez zamawiającego czynność lub zaniechanie jej dokonania nie tylko nastąpiła z naruszeniem przepisu ustawy, ale też naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Dodatkowo należy przypomnieć zamawiającemu, że w stosunku do niniejszego zamówienia przewidział zamówienia uzupełniające, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Są one doskonałym narzędziem do korekty ewentualnych nieprawidłowości (braków) opis przedmiotu zamówienia i zostały przewidziane m.in. właśnie

dla takich przypadków, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu, tj. kiedy zamawiający stwierdzi, że powinien był wymagać od wykonawców więcej, niż opisał.

Co do wskazanej przez zamawiającego podczas rozprawy, uchwalonej 25 września 2015 r. ustawy o zmianie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, która, zdaniem zamawiającego, powoduje zmianę wszystkich formularzy zamieszczonych w systemie, a w związku z tym diametralną zmianę tego systemu od 1 sierpnia 2016 r., o której to okoliczności zamawiający nie wiedział ogłaszając postępowanie (projekt nowelizacji został zgłoszony dopiero w sierpniu 2015 r.), a która mogłaby być powodem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć – Izba stwierdziła, że nie może tej okoliczności wziąć pod uwagę przy orzekaniu. Zamawiający nie wskazał jej jako podstawy unieważnienia postępowania, i to pomimo tego, że 28 września o tej okoliczności najprawdopodobniej już wiedział – albo przynajmniej powinien był wiedzieć. Tym samym okoliczność ta ani nie stała się elementem czynności unieważnienia postępowania, ani, w konsekwencji, przedmiotem odwołania. W związku z powyższym już same względy proceduralne uniemożliwiają Izbie uwzględnienie tej okoliczności – zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba nie uznała także za zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych odwołanie się do art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji oznacza to, że Izba powinna oddalić odwołanie, jeśli brak jest wpływu na wynik postępowania, czyli, jak podniósł zamawiający, jeśli postępowanie i tak podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak, zdaniem Izby, oznaczałoby to tak samo orzeczenie, że wskazana zmiana przepisów jest prawidłową przesłanką unieważnienia postępowania, a tym samym orzeczenie wykraczające poza czynność zamawiającego i zarzuty odwołania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: