

Sygn. akt: KIO/889/10

WYROK

z dnia 28 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 maja 2010 r. przez **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1/B, 01-520 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr Tytusa Chałubińskiego, ul. Tochtermana 1, 26-610 Radom**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1/B, 01-520 Warszawa** oraz uzasadnione koszty **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1/B, 01-520 Warszawa** stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),
3. zasądza koszty od **Radomskiego Szpitala Specjalistycznego im. dr Tytusa Chałubińskiego, ul. Tochtermana 1, 26-610 Radom** na rzecz **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1/B, 01-520 Warszawa**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok –

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zakup, dostawę, montaż: inkubatora (8), komory laminarnej (1), CEPAP (2), respiratora dla noworodków (2), aparatu do przesiewowego badania słuchu (1) dla potrzeb wyposażenia Pawilonu Ginekologiczno-Położniczego Radomskiego Szpitala Specjalistycznego*”, zostało wszczęte przez Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr Tytusa Chałubińskiego, zwany dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 9 marca 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Zamawiający przekazał to ogłoszenie w tym samym dniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 51-075506 z dnia 13 marca 2010 r.).

W dniu 7 maja 2010 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informację o dokonaniu czynności unieważnienia postępowania. W tym samym dniu odpowiednią informację zamieścił również na stronie internetowej. Jako podstawę prawną dokonania tej czynności wskazał na art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 13 maja 2010 r. Wykonawca: PROMED S.A., zwany dalej Odwołującym, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Podnosił w nim niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania zarzucając jej, że została dokonana bezpodstawnie, na skutek błędnych ustaleń faktycznych i niewłaściwego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (uniemożliwiono mu złożenie oferty) i narażenia go przy tym na znaczną szkodę.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący podnosił w uzasadnieniu odwołania, iż zasadą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończyć się powinno zawarciem umowy w sprawie zamówienia, a unieważnienie postępowania powinno być wyjątkiem od tej zasady. Wskazywał, iż w ustawie Pzp nie przewidziano możliwości arbitralnego i swobodnego unieważnienia przetargu przed upływem terminu składania ofert. Tymczasem, w opinii Odwołującego, czynność unieważnienia postępowania dokonana przez Zamawiającego nie ma podstaw ani prawnych ani faktycznych. Odwołujący argumentował, iż Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania wskazał jedynie, że w opisie przedmiotu zamówienia użyto parametrów wskazujących konkretnego producenta, przez co ograniczono krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie wymienił on jednak ani jednej cechy, która sugerowałaby, że określenie przedmiotu zamówienia w którymkolwiek z pakietów wskazuje na urządzenia konkretnego producenta.

Odwołujący podnosił, iż trudna jest polemika z czynnością Zamawiającego, której motywów w rzeczywistości nie określono. Ogólnikowe i zdawkowe twierdzenia o ograniczeniu kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, nie dość że nie spełniają, w opinii Odwołującego, obowiązku uzasadnienia czynności unieważnienia (art. 93 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp), to uniemożliwiają ponadto precyzyjną kontrargumentację. Wskazywał również, iż na obecnym etapie postępowania, tj. przed upływem terminu składania ofert, nie mógł w ogóle znaleźć zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że warunkiem skorzystania z tego przepisu jest wystąpienie wady nieusuwalnej. Tymczasem przed upływem terminu składania ofert Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, może w uzasadnionych przypadkach zmienić treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ. Zatem skoro Zamawiający dostrzegł w opisie elementy, które mogłyby utrudnić uczciwą konkurencję, to błąd ten mógł łatwo naprawić dokonując stosownej zmiany SIWZ.

Odwołujący zaakcentował również zawarty w art. 93 ust. 1 pkt 7) *in fine* ustawy Pzp warunek, aby wada uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując jednocześnie, iż przesłanki unieważnienia umowy wskazuje art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, z których żadna nie została wypełniona w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenia zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący, uzupełniając powyższą argumentację, wskazał, że to na Zamawiającym spoczywa na tym etapie postępowania ciężar dowodu i to on zobowiązany jest wykazać, że spełniona została przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny wady, którą było obarczone to postępowanie, a ponadto nie wykazał przeszkód ku temu, aby ewentualna wada mogłaby zostać usunięta.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy nie wniósł odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie twierdził, iż odwołanie powinno zostać oddalone jako bezzasadne, ponieważ w informacji o unieważnieniu postępowania przekazanej Wykonawcom wskazał on zarówno podstawę prawną jak i uzasadnienie faktyczne swojej decyzji. Ponadto wyjaśnił, iż unieważnienie postępowania było efektem stwierdzenia, iż postępowanie to było dotknięte poważną wadą. Wada ta została stwierdzona w wyniku przeprowadzonego przez Zamawiającego sprawdzenia wszystkich prowadzonych przez niego postępowań, które to sprawdzenie zostało wszczęte po otrzymaniu wyniku kontroli przez Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Programów Unijnych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia, innych niż postępowanie, którego dotyczy niniejsza sprawa. W wyniku tego sprawdzenia, Zamawiający ustalił, iż osoby, które sporządzały opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy niniejsza sprawa, w sposób nieświadomy naruszyły zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego należy zmienić skład komisji przetargowej, gdyż koniecznym jest wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia daleko idących zmian, a w tym postępowaniu takiej zmiany dokonać nie mógł. Wyjaśnił, iż stwierdzona przez niego wada dotyczy każdej z 5 części zamówienia, a tym samym dotknięte jest nią całe postępowanie. Podnosił również, iż na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, a co istotniejsze na etapie przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania, nie dysponował osobami, które mogłyby opisać w sposób obiektywny sprzęt zamawiany w ramach tego postępowania.

Wskazywał również, iż w trakcie postępowania pismem z dnia 16 kwietnia 2010 r. zmieniono kryteria oceny ofert ustanowione w SIWZ. Wprowadzono parametr jakości, który w ocenie Zamawiającego był dyskryminujący dla innych wykonawców, gdyż promował produkty oferowane przez Odwołującego. Niezależnie od tego, wskazał jednak, że decydującym o podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania było stwierdzenie wad w sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia. Podnosił, iż za naruszenie zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określonych w ustawie Pzp, traktowana jest

sama możliwość dyskryminacji Wykonawców poprzez wadliwą konstrukcję opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym miał on podstawy do unieważnienia postępowania.

W opinii Zamawiającego Odwołujący nie poniósł straty, ponieważ będzie mógł ubiegać się o udzielenie tego zamówienia w kolejnym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia.

Odwołujący odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, wskazał, iż nadal nie określił on, które parametry opisu przedmiotu zamówienia naruszają wskazane w informacji o unieważnieniu przepisy oraz nie udowodnił, iż nie można było tych zmian dokonać na tym etapie postępowania. Podnosił, iż niezrozumiałym dla niego jest stwierdzenie Zamawiającego, iż potrafi ustalić, które zapisy SIWZ naruszają przepisy art. 7 i art. 29 ustawy Pzp, nie potrafi jednak dokonać odpowiednich zmian, które spowodowałyby usunięcie ewentualnej wady. Wskazywał również, iż przedstawione przez Zamawiającego argumenty, z uwagi na ich znaczny stopień ogólności, pasują do każdej sprawy. Odwołujący oświadczył, iż, w jego opinii, nie zostały naruszone przepisy Pzp w zakresie sformułowania opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślał, iż wg niego, opis ten jest konkurencyjny, sformułowany w sposób wystarczający, aby Zamawiający mógł kontynuować postępowanie.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający nie wskazał, jakie parametry miałyby ulec ewentualnej zmianie, a stwierdził jedynie potrzebę dokonania zmiany opisu tych parametrów. Dlatego też, w opinii Odwołującego, koniecznym było, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, dokonanie jedynie zmiany poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia, co nie miałooby wpływu na sugerowane przez Zamawiającego „odwrócenie opisu przedmiotu zamówienia”. Podnosił, iż procedury sanacyjne dopuszczone w ustawie Pzp, w tym w art. 38, powinny zostać przeprowadzone w postępowaniu tak, aby możliwym było udzielenie zamówienia objętego tym postępowaniem.

Odnosząc się do podnoszonego przez Zamawiającego faktu zmiany kryterium oceny ofert, wskazywał, iż kryterium jakości dotyczyło jedynie dwóch z pięciu części zamówienia, a ponadto okoliczność ta nie była podnoszona w decyzji o unieważnieniu postępowania.

Wykazywał również, iż w wyniku unieważnienia przez Zamawiającego postępowania już dostał strat, gdyż przygotowując swoją ofertę musiał podjąć negocjacje z producentami sprzętu, który zamierzał zaoferować, a ponadto może doznać dalszej szkody, z uwagi na fakt, iż pozbawiony został możliwości złożenia tej oferty w tym, unieważnionym, postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz stwierdzenie wypełnienia przesłanki interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, pismo zawierające informację o

unieważnieniu postępowania z dnia 6 maja 2010 r., treść odwołania oraz protokół postępowania ZP-1.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym zasadą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej, a unieważnienie postępowania powinno być wyjątkiem od tej zasady. Jako wyjątkowe powinno być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście unieważnienia tego postępowania, a przede wszystkim na wyczerpującym uzasadnieniu takiej decyzji, tak aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający unieważniając postępowanie pismem z dnia 6 maja 2010 r. jako podstawę tegoż unieważnienia wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji argumentował, iż przygotowując i przeprowadzając to postępowanie nie przestrzegał on zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, przez co naruszył art. 7 i art. 29 ustawy Pzp. Podnosił również, iż opisując przedmiot zamówienia użył parametrów wskazujących konkretnego producenta, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, ponieważ ograniczył przez to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Izba, po dokonaniu analizy powołanej informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 6 maja 2010 r., a także po uwzględnieniu stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, uznała, iż Zamawiający nie dochował wymaganej od niego należytej staranności w podjętym przez siebie działaniu prowadzącym do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a także konstruowaniu uzasadnienia tej decyzji.

Zgodnie z regulacją art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, treść art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, iż postępowanie o udzielenie zamówienia musi być obarczone stwierdzoną przez Zamawiającego wadą, która w danym etapie postępowania, w którym została stwierdzona, nie może być usunięta. Tym samym na tym etapie postępowania na jakim się ono znajduje, Zamawiający nie może zastosować żadnej z procedur sanacyjnych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych w celu usunięcia stwierdzonej wady. Niezależnie od tego wskazać należy, iż wada ta uniemożliwiać musi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, iż w rozpatrywanej przez nią sprawie, przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia określona w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp nie została wypełniona.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż Zamawiający nie uzasadnił w sposób wystarczający decyzji o unieważnieniu postępowania. Izba podzieliła pogląd wygłoszony przez Odwołującego, iż przedstawione przez Zamawiającego argumenty z uwagi na ich znaczny stopień ogólności pasują do każdej sprawy. Podkreślenia, w opinii Izby, wymaga fakt, iż Zamawiający nawet na rozprawie nie wskazał, które to parametry zamawianych urządzeń w poszczególnych pięciu opisach przedmiotu zamówienia, naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywistym, w ocenie Izby, jest w rozpatrywanym przypadku, iż to na Zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia w sporządzonym przez niego uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Tymczasem Zamawiający nie tylko w samym uzasadnieniu nie powołał się na konkretne zapisy SIWZ, które w jego ocenie miałyby naruszać przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i powodować, iż postępowanie obarczone było wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, ale nie wskazał takich zapisów nawet w trakcie rozprawy. W świetle przedstawionych przez Zamawiającego argumentów, Izba nie mogła podzielić stanowiska Zamawiającego, iż opis przedmiotu zamówienia naruszał interesy któregośkolwiek z Wykonawców. Jednoznacznym w ocenie Izby jest, iż argumentacja Zamawiającego w tym zakresie uznana musi zostać za niewystarczającą.

Niezależnie od faktu, iż Zamawiający nie wskazał, które to konkretnie zapisy SIWZ stanowią według niego o obarczeniu wadą postępowania, Izba ustaliła, iż Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania nie uwzględnił w swoim procesie decyzyjnym regulacji art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten w zdaniu pierwszym stanowi, że w uzasadnionych przypadkach Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ.

W ocenie Izby, Zamawiający, w przypadku, gdy stwierdził jeszcze przed upływem terminu składania ofert, iż poszczególne zapisy SIWZ, a w szczególności stanowiącego jej integralną część opisu przedmiotu zamówienia, naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien zmienić te zapisy zgodnie z przywołanym art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby stwierdzenie niezgodności zapisów SIWZ z przepisami ustawy stanowi wystarczającą podstawę do zmiany treści SIWZ, a dokonanie takiej zmiany jest wręcz obowiązkiem Zamawiającego. Braku takich działań ze strony Zamawiającego, w ocenie Izby, nie uzasadnia na pewno podnoszony przez Zamawiającego fakt niedysponowania odpowiednio wykwalifikowaną kadrą, która posiadałaby umiejętność sporządzania zgodnego z obowiązującymi przepisami opisu przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, jednoznacznie, w ocenie Izby, jest, iż ewentualna wada w konstrukcji SIWZ stwierdzona przez Zamawiającego, była w świetle regulacji art. 38 ust. 4 ustawy Pzp wadą usuwalną. Szczególnie, jeśliby przyjąć za Zamawiającym, iż wadliwe były jedynie opisy poszczególnych parametrów zamawianych przez niego urządzeń. Tym samym zmianie powinny podlegać jedynie wskazania na pojedyncze cechy zamawianego sprzętu, a nie całe grupy sprzętu. Zmianie nie podlegałby cały zamawiany asortyment, a jedynie charakterystyka wybranych jego wyróżników. Działanie Zamawiającego jest tym bardziej niezrozumiałe, iż w tym samym postępowaniu, dokonywał już zmian w postanowieniach SIWZ.

Izba uznała, iż również w przypadku zmienionych w trakcie postępowania kryteriów ocen ofert poprzez dodanie kryterium jakości, możliwe było, jeśliby zaistniała taka potrzeba, dokonanie zmian treści SIWZ w odpowiednim zakresie.

Zestawienie powołanego przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp z przepisem wskazanym wyżej, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7) tejże ustawy, pozwala, w ocenie Izby, jednoznacznie stwierdzić, iż Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia przed upływem terminu składania ofert i wskazując jako uzasadnienie tej decyzji jedynie wadliwą konstrukcję poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia, działał

w sposób nieuprawniony i swoim działaniem naruszył regulację art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Izba podzieliła pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 19 maja 2008 r. KIO/UZP/431/08, zgodnie z którym unieważnienie postępowania jest decyzją znoszącą to postępowanie od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak Zamawiających, jak również Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko.

Tym samym Zamawiający, w ocenie Izby, bezprawnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. Naruszenie to w ocenie Izby mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Uniemożliwiło ono zainteresowanym Wykonawcom złożenie oferty, a tym samym pozbawiło ich możliwości uzyskania zamówienia, którego zamierzał udzielić Zamawiający. Dlatego też mogli oni w tej sytuacji ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które miały wpływ lub mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba rozstrzygając o słuszności podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, uznała jednocześnie, iż z uwagi na brzmienie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, nie może uczynić zadość żądaniu Odwołującego i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, iż z uwagi, na okoliczność, iż zgodnie z powołanym przepisem, dokonanie zmian treści SIWZ możliwe jest jedynie przed upływem terminu składania ofert, niemożliwym jest w tym postępowaniu dokonanie takich zmian przez Zamawiającego. Zgodnie z ustaleniami Izby termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego upłynął w dniu 19 maja 2010 r. Tym samym nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia postępowania byłoby bezcelowe, bowiem Zamawiający nie mógłby w sposób zgodny z literą prawa dokonać jakichkolwiek zmian w treści SIWZ, w tym także zmiany

samego terminu składania ofert. A wobec faktu, iż w powołanym terminie wpłynęła jedna tylko oferta, którą to ofertę Zamawiający w sposób skuteczny (niezaskarżony przez Wykonawcę, który ją złożył) zwrócił, Zamawiający ponownie musiałby unieważnić to postępowanie. Dlatego też Izba, z uwagi na ekonomikę postępowania, powstrzymała się z nakazaniem Zamawiającemu dokonaniem jakichkolwiek działań i poprzestała na stwierdzeniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Istotne znaczenie dla podjęcia takiego rozstrzygnięcia przez Izbę miała również wskazana powyżej ocena możliwości wykonania wyroku wydanego przez Izbę w kontekście powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 38, oraz upływu w dniu 19 maja 2010 r. terminu składania ofert.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, 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, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 oraz § 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:

.....