

Sygn. akt: KIO 2397/11

WYROK
z dnia 17 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Wioletta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2011 r. przez wykonawcę Auto Park Czarnik i S-ka spółkę jawną w Białymstoku, w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Auto Park Czarnik i S-ka spółkę jawną w Białymstoku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Auto Park Czarnik i S-ka spółkę jawną w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego Auto Park Czarnik i S-ka spółkę jawną w Białymstoku na rzecz Zamawiającego kwotę 2.952 zł 00 gr (słownie: dwóch tysięcy dziewięciuset pięćdziesięciu dwóch złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę sześciu fabrycznie nowych, rok produkcji 2011, samochodów terenowych z napędem 4x4” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2011 r. pod nr 2011/S 179-293326.

Odwołujący w dniu 28 października 2011 r. otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, zaś w dniu 7 listopada 2011r. wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty firmy „CONCEPT+” sp. z o.o. w Bielsku - Białej, czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty tego wykonawcy, zaniechania czynności wyboru oferty Auto Park Czarnik i S-ka spółka jawna jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie gwarantujący uczciwej konkurencji, czego skutkiem jest wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy „CONCEPT+” sp. z o.o. w Bielsku - Białej, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
2. art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż udzielone w dniu 21.10.2011 i 27.10.2011 odpowiedzi na pytania wykonawców nie są wiążące, skutkiem czego oferta „CONCEPT+” sp. z o.o. została uznana przez Zamawiającego za zgodną z treścią SIWZ, a następnie wybrana jako najkorzystniejsza,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „CONCEPT+” sp. z o.o. w Bielsku - Białej pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującej się Auto Park Czarnik i S-ka spółka jawna jako najkorzystniejszej i zgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty „CONCEPT+”,
2. odrzucenie oferty „CONCEPT+” z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
3. ponowne dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby treść oferty złożonej przez „CONCEPT+” była zgodna z treścią SIWZ. W formularzu nr 1a do SIWZ, w pkt 24 oraz w załączniku nr 6 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 24 Zamawiający wskazał, że oferowane samochody powinny być pokryte lakierem metalizowanym o preferowanym kolorze srebrnym lub szarym. W dniu 21 października 2011r. w odpowiedzi na pytanie nr 3, czy Zamawiający dopuszcza dostawę samochodów terenowych w kolorze bazowym białym - Zamawiający odpowiedział, iż lakier nadwozia powinien być metalizowany, preferowany kolor srebrny lub szary. Następnie w dniu 27 października 2011r. odpowiadając na pytanie nr 1 o dopuszczenie samochodów w kolorze ciemnofioletowym (ciemnoszarym), czarnym bądź białym, Zamawiający podtrzymał zapisy SIWZ w tym zakresie doprecyzowując, że lakier powinien być wyłącznie w kolorze srebrnym lub szarym (w odpowiedzi brak słowa „preferowany”). Jednocześnie w odpowiedzi nr 2 ponownie potwierdził zapisy SIWZ w zakresie koloru samochodów uściślając, iż wszystkie dostarczone pojazdy powinny być w jednym kolorze. Firma „CONCEPT+” zaoferowała w niniejszym postępowaniu dostawę trzech samochodów w kolorze czarnym i trzech w kolorze srebrnym. Tym samym jej oferta jest niezgodna ze SIWZ i jako taka powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Zgodnie z utrwalonym w tej kwestii orzecznictwem wyjaśnienia treści SIWZ, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu, zawartego w SIWZ. *„Nie ma wątpliwości, że wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację”* (wyrok KIO z 16 sierpnia 2011r., sygn. akt KIO 1648/11, publ. LEX nr 898389). Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2011r., sygn. akt KIO 387/11 wskazując, iż *„wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich, w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu. Udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem regulacji o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja Specyfikacji. Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, wyjaśnienia lub wyjaśnienia poczynione przez samego Zamawiającego stają się wiążące dla wykonawców, bowiem ich istotą jest uzupełnienie SIWZ poprzez jej skonkretyzowanie, dopuszczenie innego parametru”* (publ. LEX nr 786299).

Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie również w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.04.2011r. sygn. akt KIO/KD 28/11, gdzie stwierdzono: „*Udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem zapisu o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców, niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja SIWZ*” (publ. LEX nr 798068). Z powyższego wynika, iż firma „CONCEPT+” sporządzając ofertę powinna brać pod uwagę pełną treść SIWZ oraz wyjaśnień treści SIWZ. Wykonawca musi bowiem brać pod uwagę wyjaśnienia specyfikacji łącznie z pytaniami, gdyż wyjaśnienia są udzielane do konkretnego zagadnienia. (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2011r., sygn. akt KIO 580/11, publ. LEX nr 794753). Skoro oferta firmy „CONCEPT+” sp. z o.o. została sporządzona bez uwzględnienia wyjaśnień Zamawiającego, udzielonych w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym oferta ta powinna być odrzucona. Zamawiający przyjmując, iż udzielone przez niego wyjaśnienia nie są wiążące, naruszył art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skutkiem tego było uznanie przez Zamawiającego, iż oferta „CONCEPT+” jest zgodna z treścią SIWZ i jej wybór jako najkorzystniejszej. Zamawiający nie odrzucając oferty „CONCEPT+”, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skutkiem naruszenia wskazanych wyżej przepisów przez Zamawiającego, jest niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprzestrzeganie tych zasad znajduje wyraz w nieuwzględnieniu przy badaniu i ocenie ofert wyjaśnień, udzielonych przez Zamawiającego w dniu 21 października 2011r. i 27 października 2011 r., a w dalszej konsekwencji do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż wyjaśnienia do SIWZ z dnia 21.10.2011r. i 27.10.2011r. wpłynęły na treść oferty przedłożonej przez Auto Park Czarnik i S-ka, spółka jawna. Zapytanie z dnia 27.10.2011r. miało na celu usunięcie wszelkich wątpliwości co do przedmiotu zamówienia. Dostawa wszystkich samochodów w jednakowym kolorze wiąże się z koniecznością podjęcia dodatkowych czynności dla Odwołującej, w tym w szczególności złożenie stosownych zamówień u dealera, co nie pozostaje bez wpływu na wartość oferty. Odwołujący podał, iż nie wyklucza, że mógłby złożyć ofertę na dostawę samochodów w różnych kolorach. Jasne sprecyzowanie przedmiotu zamówienia i określenie, że samochody powinny być w jednakowym kolorze, a następnie dopuszczenie do udziału w przetargu oferenta, który nie spełnia tego warunku, a nadto wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Konsekwencją powyższych naruszeń stało się również naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem gdyby oferta „CONCEPT+” została uznana za niezgodną ze SIWZ i tym samym odrzucona, za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu zostałaby uznana oferta Odwołującej się Auto Park Czarnik i S-ka spółka jawna.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w formularzu (załącznik nr 1a do SIWZ), w pkt 24 oraz w załączniku nr 6 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 24 postawił wymagania dotyczące nadwozia w zakresie koloru i rodzaju lakieru: „*Lakier nadwozia metalizowany*”, następnie w dotyczącej tej pozycji kolumnie tytułowanej „Opis” Zamawiający podał: „*Preferowany srebrny lub szary*”. W kolumnie gdzie sprecyzowano, jakie informacje wykonawca w tym zakresie powinien podać w ofercie, zawarto instrukcję: „*Wpisać TAK (gdy spełnia) lub NIE (gdy nie spełnia wymagań SIWZ)*”. W formularzu ofertowym wykonawcy mieli – w kolumnie 5 podać, według tak opisanej instrukcji, spełnienie wymagań stawianych treścią specyfikacji.

Wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy złożyli pytania, na które Zamawiający w okresie od 21 września 2011 r. do 27 października 2011 r. udzielał w kilku pismach odpowiedzi, jednocześnie akcentując, które z nich stanowią modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedziach na pytania datowanych na 21 września 2011 r. (jedno pismo zawierające odpowiedzi), 4 października 2011r. (dwa pisma z odpowiedziami), 19 października 2011 r. Zamawiający podał, że powodują one modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie zawarł takiej informacji przy trzech spośród czterech pism zawierających odpowiedzi z dnia 21 września 2011 r., w jednej odpowiedzi z 4 października 2011r., a także odpowiedziach z dnia 21 i 27 października 2011 r.

W dniu 21 października 2011r. w odpowiedzi na pytanie nr 3, o treści: „*Czy Zamawiający dopuszcza dostawę samochodów terenowych w kolorze bazowym białym?*” - Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „*Lakier nadwozia winien być metalizowany, preferowany kolor srebrny lub szary*”.

W dniu 27 października 2011r. Zamawiający udzielił odpowiedzi do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pytania, dotyczące kolorów, następujących odpowiedzi:

Pyt. 1 „*Czy Zamawiający dopuszcza dostawę samochodów w kolorze ciemnofioletowym (ciemnoszarym), czarnym bądź białym*”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: *NIE. Zapisy SIWZ w tym zakresie pozostają bez zmian. Lakier nadwozia winien być metalizowany, w kolorze srebrnym lub szarym*”.

Pyt. 2 „*Czy Zamawiający dopuszcza dostawę samochodów w różnych kolorach (np. 2 ciemnografitowe, 2 srebrne, 1 biały, 1 zielony?)*”, Zamawiający podał: „*NIE. Zapisy SIWZ w tym zakresie pozostają bez zmian. Wszystkie pojazdy mają być dostarczone w jednym kolorze*”.

Dnia następnego – 28 października 2011 r. o godz. 10 upłynął termin składania ofert.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną brutto 898.936,00 zł oraz Concept + spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku – Białej z ceną brutto 864.936,00 zł. W każdej z tych ofert zaoferowano samochody marki Toyota Hilux SR 5 3.0 D-4D 171 km.

Odwołujący w części formularza nr 1a, dotyczącej koloru podał – za brzmieniem formularza ofertowego: „Lakier nadwozia metalizowany”, „Preferowany srebrny lub szary”: „TAK”.

Wykonawca Concept + spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku – Białej podał w formularzu nr 1 a: „Lakier nadwozia metalizowany”, „Preferowany srebrny lub szary”: „TAK 3 szt. – srebrny 3 szt. czarny metalik”.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Concept + spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku – Białej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z odpowiedziami na pytania dotyczącymi specyfikacji, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów brak jest podstaw do przypisania działaniom Zamawiającego w postępowaniu takich naruszeń ustawy.

Uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów, uwzględniono okoliczności:

Kluczowe dla rozstrzygnięcia kwestii spornej między Stronami jest ustalenie znaczenia odpowiedzi z dnia 21 i 27 października 2011 r. na pytania do dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla obowiązków wykonawców w zakresie zaoferowanego przedmiotu. Podkreślenia wymaga, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zał. 1 a oraz zał. 6 do specyfikacji, poz. 24) wyraźnie formułuje wymaganie, iż nadwozie pojazdów ma być pokryte lakierem metalizowanym. Jednocześnie Zamawiający podał, iż preferowanym przez Niego kolorem lakieru jest srebrny lub szary.

W świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferowane samochody obligatoryjnie musiały zatem spełniać warunek w zakresie pokrycia nadwozia lakierem metalizowanym, zaś kolor tego lakieru nie został narzucony, Zamawiający wyraził jedynie swoje preferencje, których niezachowanie nie mogło jednak skutkować uznaniem oferty za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Preferowany, to innymi słowy pożądaný; mile widziany; taki, który Zamawiający wolałby spośród innych kolorów.

Odwołujący podał na rozprawie, co Zamawiający potwierdził, iż nie wszystkie kolory lakieru mogą być stosowane w postaci metalizowanej. Takim kolorem jest między innymi biały.

Odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w odniesieniu do rodzaju i koloru lakieru, szczególnie ta udzielona w przeddzień terminu składania ofert, niewątpliwie utrudniły wykonawcom zadanie złożenia oferty, wprowadzając niepewność co do rzeczywistych wymagań i oczekiwań Zamawiającego. O ile bowiem specyfikacja istotnych warunków zamówienia pozwala wyczytać, że Zamawiający wymaga lakieru metalizowanego, zaś co do koloru wyraża jedynie swoje preferencje (taki też wniosek płynie z odpowiedzi na pytania datowanych na 21 października 2011 r.), to już kolejne odpowiedzi, datowane na 28 października 2011 r. poprzez swą wewnętrzną sprzeczność oraz sprzeczność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pozwalają mieć wątpliwości co do intencji Zamawiającego. Powyższe sprzeczności wynikają z treści odpowiedzi na pyt. 1: *NIE. Zapisy SIWZ w tym zakresie pozostają bez zmian. Lakier nadwozia winien być metalizowany, w kolorze srebrnym lub szarym*”, gdzie Zamawiający zdaje się wskazywać na kolor srebrny lub szary jako jedyne, nie wskazując już, że są to kolory preferowane. Jednocześnie Zamawiający wyraźnie podkreślił, iż zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie pozostają bez zmian. Dalsze sprzeczności płyną z odpowiedzi na pytanie 2, gdzie Zamawiający podał, iż nie dopuszcza zaoferowania samochodów w różnych kolorach, przykładowo wymienionych przez pytającego (2 ciemnografitowe, 2 srebrne, 1 biały, 1 zielony); zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie pozostają bez zmian; wszystkie

pojazdy mają być dostarczone w jednym kolorze. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia opracowana na użytek przedmiotowego postępowania nie zawiera jednak postanowień wskazujących, że wszystkie pojazdy mają być tego samego koloru. Zwrócić także należy uwagę, że udzielona odpowiedź wiąże się z treścią zadanego pytania, to zaś (zarówno pyt. 1 jak i 2) obejmuje paletę kolorów pojazdów, z których jeden jest biały. Negatywne odpowiedzi udzielone na tak postawione pytania, w pierwszym rzędzie zawierając brak zgody na zaoferowanie wymienionych kolorów pojazdów, następnie wskazanie, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie ulega zmianie, można traktować jako dotyczące rodzaju lakieru – odstępiania od wymagania, by był on metalizowany, skoro jeden z zaproponowanych kolorów (biały) tego wymagania nie spełnia.

W okolicznościach sprawy, uwzględniając, że Zamawiający wyraźnie podkreślił w treści odpowiedzi na pytania z dnia 21 i 28 października 2011 r., iż zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie pozostają bez zmian, przy czym przy innych odpowiedziach jednoznacznie wskazywał, że udzielone odpowiedzi powodują modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należało przyjąć, że Zamawiający, poprzez te odpowiedzi nie dokonał zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zwrócić w tym miejscu warto uwagę na brzmienie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl art. 38 ust. 6 ustawy, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert w związku z udzielonymi w przeddzień tego terminu odpowiedziami na pytania.

Wskazuje się w orzecznictwie, że jeśli zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odpowiednio: udzielone odpowiedzi na pytania w związku z brzmieniem specyfikacji) wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. W przeciwnym bowiem wypadku skutkami nieprecyzyjnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie publiczne musi uwzględniać pewną

równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Jakkolwiek postępowanie to jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać należyłą staranność wynikającą z zawodowego charakteru prowadzonej działalności, to staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie niejednoznacznych w treści dokumentów postępowania o intencji zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu, odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w przeddzień terminu składania ofert, informująca z jednej strony, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ulegają zmianie, z drugiej zaś wskazująca, że może być inaczej, mogła wprowadzać wykonawców w błąd co do oczekiwań Zamawiającego. Jeśli mimo braku takiego obowiązku wynikającego z treści art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zdecydował się udzielić odpowiedzi na zadane pytania, to nie sposób ich pomijać, uznawać za nie mające znaczenia. Odpowiedzi te należy jednak w takiej sytuacji oceniać z uwzględnieniem, że wykonawcy nie mogą ponosić ujemnych konsekwencji niestaranności Zamawiającego. Powyższe przemawia za uznaniem, że oferta wykonawcy Concept + sp. z o.o. w Bielsku – Białej nie mogła zostać oceniona przez Zamawiającego jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Nieuwzględnienie w treści oferty tego wykonawcy odpowiedzi na pytania, które pozostawały w sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazujących jednocześnie, że nie zmieniają jej postanowień i wewnątrznie sprzecznych, nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Z tego powodu nie sposób uwzględnić żądania odrzucenia oferty wykonawcy Concept + sp. z o.o. w Bielsku – Białej.

Mając na uwadze powyższe, uznano, że stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą powodować uwzględnienia odwołania, poprzez nakazanie unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty Concept + sp. z o.o. w Bielsku Białej, ponownego badania i oceny ofert i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Nie podzielono tym samym zarzutów naruszenia art. 38, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 3 pkt 1 i 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: