

Sygn. akt: KIO 1684/12

**WYROK**  
**z dnia 21 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2012 r. przez **Wykonawcę MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Jednostkę Wojskową nr 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Scania Polska S.A., Al. Katowicka 316, 05-830 Nadarzyn Stara Wieś**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Zeszuta Sp. z o.o., ul. Tużycka 8, 03-683 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Wykonawcę MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wykonawcę MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **Wykonawcy MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 4228 w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę pojazdów”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 16 czerwca 2012 r. pod nr 2012/S 114-188793.

W postępowaniu tym wykonawca MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy poczta Nadarzyn (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 sierpnia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy zasadniczo czynności modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) dokonanej przez Zamawiającego w dniu 27 lipca 2012 r.

W dniu 16 sierpnia 2012 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2012 r. (zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego) do Prezesa Izby wpłynęły trzy zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego:

- 1) zgłoszenie przystąpienia złożone na piśmie przez wykonawcę Zeszuta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zeszuta”) po stronie Zamawiającego;
- 2) zgłoszenie przystąpienia złożone dwukrotnie faksem przez wykonawcę Benepol Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Benepol”) po stronie Zamawiającego;
- 3) zgłoszenie przystąpienia złożone na piśmie przez wykonawcę Scania Polska S.A. z siedzibą w Starej Wsi, poczta Nadarzyn (dalej: „Scania”) po stronie Odwołującego.

Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 20 sierpnia 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności:

- 1) wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ z dnia 27 lipca 2012 r., jako czynności przedwczesnej (przed zakończeniem postępowania odwoławczego) oraz bezpodstawnej na gruncie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp,
- 2) zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.06.2012 r., nr 2012/S 114-114-188793,
- 3) wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6 sierpnia 2012 r., jak również samej czynności składania i otwarcia ofert w tym dniu,
- 4) odmowy zmiany treści SIWZ w części IV pkt. 2 podp. 3 - Załącznika nr 3 do SIWZ, poprzez nadanie mu brzmienia: „3. Autobusy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 294 kW oraz automatyczną lub manualną zsynchronizowaną skrzynię biegów o minimum 6 przełożeniach do przodu”.

Czynnościom tym Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie zmiany treści SIWZ w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jak również przez wyznaczenie nieodpowiedniego terminu składania i otwarcia ofert,
- 2) art. 12a ust. 2 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, przez brak przedłużenia terminu składania ofert o minimum 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
- 3) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przez nieuzasadnioną zmianę treści SIWZ (co Zamawiający wprost przyznaje w treści pisma z dnia 27 lipca 2012 r.),
- 4) art. 185 ustawy Pzp, przez naruszenie praw wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, a których zarzuty nie zostały rozpatrzone wskutek podjęcia przez Zamawiającego przedwczesnej czynności zmiany treści SIWZ,
- 5) art. 186 ustawy Pzp, przez podjęcie czynności zmiany treści SIWZ pomimo, iż postępowanie odwoławcze dotyczące takiej zmiany SIWZ (odwołania wniesione

przez Zeszuta Sp. z o.o. oraz EvoBus Polska Sp. z o. o.) nie zostało jeszcze zakończone.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

- a) unieważnienia czynności wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ z dnia 27 lipca 2012 r.
- b) unieważnienia czynności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.06.2012 r., nr 2012/S 114- 188793,
- c) ewentualnie w stosunku do wniosków z punktów a) i b) powyżej - nakazania zmiany treści SIWZ w części IV pkt. 2 ppkt 3 - Załącznika nr 3 do SIWZ, poprzez nadanie mu brzmienia: „3. Autobusy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 294 kW oraz automatyczną lub manualną zsynchronizowaną skrzynię biegów o minimum 6 przełożeniach do przodu”,
- d) unieważnienia czynności wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6 sierpnia 2012 r., jak również samej czynności składania i otwarcia
- e) nakazania wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert na dzień umożliwiający złożenie prawidłowej oferty.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na okoliczności faktyczne związane z podnoszonymi zarzutami Podniósł, że Zamawiający w dniu 27 lipca 2012 r. poinformował go, że Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołań wniesionych przez firmy Zeszuta Sp. z o. o. oraz EvoBus Polska Sp. z o. o. „*dokonał modyfikacji treści SIWZ, przez zmianę treści SIWZ w części IV pkt. 2 podp. 3 - Załącznika nr 3 do SIWZ, poprzez nadanie mu brzmienia: „3. Autobusy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 300 kW oraz automatyczną lub manualną zsynchronizowaną skrzynię biegów o minimum 6 przełożeniach do przodu.”* Ponieważ – jak wskazał - na rynku oferowanych jest dużo pojazdów z silnikami o mocy 294 kW, Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego, pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r., o modyfikację powyższego zapisu, przez dopuszczenie silników o pomocy minimum 294 kW. Podkreślił, że Zamawiający w piśmie z dnia 3 sierpnia 2012 r. wniosek Odwołującego oddalił. Na tę okoliczność Odwołujący powołał się a w toku rozprawy przedłożył wskazane pisma jako dowody w sprawie.

I. Co do zarzutu przedwczesnego podjęcia czynności zmiany treści SIWZ

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie powinien był dokonywać zmiany treści SIWZ dopóki nie zostało zakończone postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) dotyczące odwołań firm Zeszuta Sp. z o. o. oraz EvoBus Polska Sp. z o. o. Wskazał, że w

niniejszej sprawie zostały wniesione dwa odwołania:

- odwołanie Zeszuta sp. z o. o. z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1566/12),
- odwołanie EvoBus Polska sp. z o. o. z dnia 25 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1583/12)

przy czym każde z wymienionych wyżej odwołań zarzucało Zamawiającemu naruszenie przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie zmiany postanowień SIWZ dotyczących mocy silnika i pozostawienie ich w brzmieniu pierwotnym. Odwołujący jako dowody w sprawie przywołał w tym zakresie kopie tych odwołań, które zostały przez niego przedłożone jako uzupełnienie odwołania. Podkreślił, że przedmiotowe odwołania zawierały żądanie zmiany treści SIWZ - zgodne ze zmianą treści SIWZ, jak dokonana przez Zamawiającego pismem z dnia 27 lipca 2012 r. Odwołujący przywołał treść art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Według Odwołującego z tych przepisów wynika, iż Zamawiający podejmuje czynności żądane w odwołaniu - dopiero po zakończeniu postępowania odwoławczego, nawet jeśli Zamawiający uwzględni odwołanie w całości, a ten porządek czynności w sprawie został - w jego ocenie - naruszony.

II. Co do zarzutu naruszenie praw wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego

Odwołujący podkreślił, że jednocześnie wskazane działanie Zamawiającego naruszyło prawa wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego. Podniósł, że Odwołujący przystąpił do udziału w obydwu postępowaniach wszczętych odwołaniami Zeszuta sp. z o. o. oraz EvoBus Polska sp. z o. o., w celu obrony swoich interesów na gruncie niniejszego postępowania, w sposób przewidziany w ustawie Pzp. Tymczasem jednak, zanim doszło do rozpoznania wskazanych odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, podczas którego Odwołujący miałby okazję do zaprezentowania merytorycznych argumentów przemawiających za oddaleniem odwołań Zeszuta sp. z o. o. oraz EvoBus Polska sp. z o. o., Zamawiający w dniu 27 lipca 2012 r. dokonał zmiany zapisów w części IV pkt. 2 podp. 3 SIWZ zgodnie w wnioskami wspomnianych wyżej wykonawców, obniżając wymaganą moc minimalną oferowanych pojazdów z 320 kW do 300 kW. Zdaniem Odwołującego niedopuszczalna powinna być sytuacja, w której Zamawiający, dokonując *de facto* uznania odwołania wniesionego przez niektórych wykonawców, dokonuje żądanych przez nich czynności poza postępowaniem odwoławczym i tym samym pozbawia jednocześnie Odwołującego możliwości obrony swoich praw i zaprezentowania merytorycznej argumentacji w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Podkreślił, że sytuacja taka jest krzywdząca dla Odwołującego, ponieważ może doprowadzić do braku możliwości obrony swoich praw w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jednocześnie – według niego - powyższe godzi w interesy Odwołującego, skutkując nieuzasadnioną zmianą postanowień SIWZ w sposób premiujący niektórych z wykonawców, bowiem nie ulega wątpliwości, że wnosząc o zmianę treści SIWZ, zarówno Zeszuta sp. z o. o. jak i EvoBus Polska sp. z o. o., sugerowały nowe brzmienie SIWZ gwarantujące korzystną ocenę ich ofert (podczas gdy Zamawiający odmówił dopuszczenia silnika o mocy minimalnej 294 kW). Mając przy tym na uwadze, iż obydwie spółki są dystrybutorami autobusów marki Mercedes, Odwołujący podkreślił, że można się spodziewać, iż SIWZ w nowym brzmieniu faworyzują pojazdy tej właśnie marki.

### III. Co do zarzutu braku uzasadnienia dla zmiany treści SIWZ

Odwołujący przywołał treść art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując, że zarzuty podniesione w odwołaniach Zeszuty Sp. z o. o. oraz EvoBus Polska Sp. z o. o. były nieprawdziwe, stąd nieprawdziwy również był zarzut tych spółek o rzekomym ograniczeniu uczciwej konkurencji w ramach niniejszego przetargu. Według niego w tym przypadku Zamawiający, działając konsekwentnie, nie powinien był dokonywać zmiany treści SIWZ, skoro nie było uzasadnionych ku temu podstaw.

### IV. Co do zarzutu braku zasadności zmiany treści SIWZ na wymóg silnika o mocy minimalnej 300 kW

Odwołujący podkreślił, że obniżenie wymogów w zakresie mocy silnika z 320 kW do 300 kW było nieuzasadnione nawet w kontekście argumentów przytaczanych przez Zeszuta sp. z o. o. i EvoBus Polska sp. z o. o. Stanowisko takie - według niego - podzielił zresztą Zamawiający, który w wyjaśnieniach z dnia 27 lipca 2012 r. wskazywał, że bezpodstawnym jest twierdzenie tych wykonawców - stanowiące koronny argument ich odwołań - jakoby postanowienia SIWZ umożliwiały złożenie oferty dotyczących wyłącznie pojazdów MAN. Zamawiający wskazał przy tym, że kryteria przewidziane w SIWZ spełniają chociażby takie pojazdy jak:

- BOVA JSD 122,
- IRISBUS IVECO EN/ADYS,
- IRISBUS IVECO MAGELYC HD,
- IRISBUS IVECO MAGELYS PRO.

Wskazał, że - uwzględniając ofertę Odwołującego, oraz inne pojazdy niewymienione przez Zamawiającego, jak chociażby Scania Irizar, Scania Touring czy Volvo 970, czy też pojazdy marki Mercedes z silnikiem 350 kW (oferowane przez EvoBus Polska) - jest oczywistym, że zastrzeżenia Zeszuta sp. z o. o. oraz EvoBus Polska sp. z o. o. co do treści SIWZ były bezzasadne, ponieważ na rynku oferowane są liczne autobusy pasażerskie z

silnikami o mocy powyżej 320 kW. Powołał się w tym zakresie na dokumentację techniczną, którą przedłożył na rozprawie. W tym kontekście, według niego, zmiana SIWZ stosownie do żądań wskazanych wyżej spółek - dystrybutorów autobusów marki Mercedes, budzi poważne zastrzeżenia Odwołującego, tym bardziej, że pierwotne postanowienia SIWZ w zakresie specyfikacji technicznej, zostały opracowane w Szefostwie Służby Czołgowo - Samochodowej. Należy więc przyjąć, że wymagania te zostały poparte szeregiem analiz i badań - w tym kontekście niepokojące było zdaniem Odwołującego zmienianie jej przez Zamawiającego na wniosek dystrybutorów konkretnej marki pojazdów. Symptomatyczne jest bowiem, że dystrybutorzy innych marek autobusów - rzekomo dyskryminowani przez pierwotne brzmienie SIWZ - nie wnieśli odwołania. Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż określenie w SIWZ minimalnej mocy silnika oferowanych autobusów ma na celu zapewnienie optymalnej oraz bezpiecznej eksploatacji autobusów w Wojsku Polskim. Pojazdy te mają być użytkowane w różnych, często ekstremalnych warunkach terenowych, stąd konieczne jest zapewnienie im odpowiedniej mobilności, m. in. dzięki wyposażeniu ich w odpowiednio mocny silnik.

V. Co do zarzutu bezzasadnej odmowy zmiany treści SIWZ na wymóg silnika o mocy minimalnej 294 kW

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że postulowana przez niego zmiana treści SIWZ pozwalająca na zaoferowanie w niniejszym postępowaniu autobusów z silnikiem o mocy 294 kW stanowi konsekwencję dokonanej przez Zamawiającego w dniu 27 lipca 2012 r. zmiany SIWZ polegającej na obniżeniu wymaganej w niniejszym postępowaniu mocy silnika z 320 kW do 300 kW. Podniósł, iż mając na uwadze pożądaną przez Zamawiającego różnorodność ofert w niniejszym postępowaniu, zwrócił się o dokonanie kolejnej zmiany w treści SIWZ, pozwalającej na złożenie w niniejszym postępowaniu oferty dotyczącej autobusów pasażerskich o mocy silnika w przedziale 294 - 300 kW. Podkreślił, że w praktyce nie ma żadnych różnic w użytkowaniu i mobilności pojazdów z silnikiem o mocy 294 kW, a 300 kW - różnica mocy wynosi bowiem zaledwie ok. 2%. W związku z powyższym, przy braku różnic w zakresie właściwości użytkowych oferowanych pojazdów, w niniejszym postępowaniu mogłyby zostać złożone kolejne oferty, zapewne z niższą ceną, co w skuteczny sposób zapewniłoby Zamawiającemu możliwość „dokonania wyboru pojazdu, który spełni oczekiwania określone przez Siły Zbrojne RP”, w istotnie niższej cenie. Argumenty te, zaczerpnięte z uzasadnienia zmiany SIWZ w postaci obniżenia mocy silnika z 320 kW do 300 kW, nie znalazły jednak uznania w oczach Zamawiającego w przypadku dalszego obniżenia, nie o 20 kW, a jedynie o 6 kW. Sytuacja taka stanowi - w ocenie Odwołującego - wyraz dyskryminacji Odwołującego, bowiem Zamawiający powinien



zachowywać się w sposób konsekwentny - trwając przy pierwotnych wymogach co do mocy silników, lub przy takiej samej sile argumentów - uwzględnić wszystkie wnioski dotyczące zmiany SIWZ w tym zakresie.

VI. Co do zarzutu wadliwego terminu składania ofert

Odwołujący podniósł również, iż w piśmie z dnia 27 lipca 2012 r. wadliwie został określony termin składania ofert. Przywołał treść art. 12a ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu zamówienia zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich - w trybie przetargu nieograniczonego. W związku z powyższym według Odwołującego, uwagi na fakt zmiany dotyczącej przedmiotu zamówienia, wyznaczenie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu na dzień 6 sierpnia 2012 r. było niewystarczające.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz przyjętą tam argumentację. Dodatkowo wniósł o uzupełnienie materiału dowodowego i złożył do akt sprawy:

- wydruk ze strony internetowej Iris Bus Iveco w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski (13 strony),
- wydruk ze strony internetowej SCANIA Polska S.A. tj. informacja z dnia 21.10.2011 r. (2 strony),
- opinię techniczną nr 1230/08/2012 PZM wraz z załącznikiem (5 stron + 1),
- wydruk ze strony internetowej Mercedes Benz w wersji niemieckojęzycznej wraz z tłumaczeniem (2 strony),
- wydruk ze strony internetowej SCANIA w wersji niemieckojęzycznej wraz z tłumaczeniem (4 strony),
- kopię magazynu BUS KURIER nr 3(13)/2007 (16 stron),
- wydruk ze strony internetowej VDL Bus & Coach (2 strony),
- wydruk ze strony internetowej Mercedes Benz (1 strona),

na okoliczność wykazania, że szereg producentów autobusów oferuje pojazdy o mocy silnika powyżej 320 kW co ma wskazywać, iż niezasadna była zmiana SIWZ z uwagi na zapewnienie ochrony konkurencji w postępowaniu.

## II. Stanowisko Przystępującego Scania

Przystępujący Scania złożył swoje przystąpienie po stronie Odwołującego, popierając go w całości i wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo wskazał na brak uzasadnienia do wprowadzenia przez Zamawiającego zmiany do SIWZ w zakresie mocy silnika na poziomie 300 kW. Podkreślił, że na rynku są firmy i producenci pojazdów, którzy byłiby w stanie sprostać pierwotnemu wymogowi SIWZ mocy silnika na poziomie 320 kW.

## III. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2012 r. w piśmie z dnia 17 sierpnia 2012 r. złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie. W treści tego pisma złożył następujące wnioski:

- 1) wniósł o zwrot wniesionego odwołania z uwagi na jego nieopłacenie ewentualnie,
- 2) wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ewentualnie,
- 3) wniósł odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp z uwagi na naruszenie przez Odwołującego przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp to jest nieprzesłanie Zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, ewentualnie
- 4) wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to jest wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego, że w jego przypadku zachodzą obie przesłanki, o których mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp, a które winny być spełnione kumulatywnie, to jest interes w uzyskaniu zamówienia oraz, poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy ewentualnie
- 5) wniósł o oddalenie odwołania,
- 6) wniósł o zasądzenie od odwołującego się na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym przez KIO w kwocie 3600,00 zł.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, art. 185 ustawy Pzp czy też art. 186 ustawy Pzp. Wskazał także, że wobec

faktu, iż Odwołujący się złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która nie podlegała odrzuceniu, która *de facto* była ofertą najmniej korzystną nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Także z ostrożności procesowej na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w zakresie zadania nr 1 i 2, jako nieobjętego przedmiotem odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

1. Podniósł zarzut nieopłacenia odwołania

W tym zakresie podniósł, że w tytule płatności widnieje numer postępowania określony jako zmiana treści SIWZ w przetargu nieograniczonym nr 66/2012. Tymczasem przetarg organizowany przez Zamawiającego nosi numer 68/2012. Ponadto Zamawiający podniósł, że dołączony wydruk o nazwie „przeoglądanie płatności krajowej” nie stanowi dowodu opłacenia odwołania.

2. Podniósł zarzut wniesienia odwołania po upływie terminu z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, którego skutkiem winno być odrzucenie odwołania.

Wskazał, że w dniu 27 lipca 2012 r. za pośrednictwem faksu poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, o zmianie treści SIWZ oraz o zmianie terminu składania ofert w związku z ową zmianą. Odwołujący powyższą informację otrzymał w tym samym dniu to jest 27 lipca 2012 r., a wobec powyższego, zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania przez Odwołującego wynoszący 10 minut w dniu 6 sierpnia 2012 roku. Pokreślić należy, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, termin wniesienia odwołania jest zachowany tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w terminie zostało złożone w Kancelarii Izby.

3. Podniósł zarzut nieprzesłania Zamawiającemu przez Odwołującego odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, którego skutkiem winno być odrzucenie odwołania.

Według Zamawiającego Odwołujący nie przesłał mu odwołania przed upływem terminu do jego złożenia w takim sposób, żeby mógł się zapoznać z jego treścią, bowiem Zamawiający kopię odwołania otrzymał dopiero w dniu 10 sierpnia 2012 r., za pośrednictwem poczty, a dowodem faktycznej daty wpływu owego odwołania do Zamawiającego jest pieczęć kancelarii Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że nie otrzymał kopii odwołania faksem, ani też w jakikolwiek inny sposób przed dniem 10 sierpnia 2012 r., tymczasem ostatnim dniem terminu na wniesienie odwołania był 6 sierpnia 2012 r. Według niego Zamawiający skutecznie obalił domniemanie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym w jego ocenie zachodzą przesłanki do jego odrzucenia także na podstawie art. 182

ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Podkreślił także, że Odwołujący w dniu 7 sierpnia 2012 r. (a więc także po upływie terminu) przesłał Zamawiającemu tylko i wyłącznie pismo, które informowało o fakcie złożenia odwołania, natomiast nie zawierało jego kopii, a więc nie mogło zostać uznane za wypełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

4. Podniósł zarzut wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony a to z uwagi na fakt, że w stosunku do Odwołującego nie zachodzą przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający przywołał treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Według niego Odwołujący żadnej z przesłanek wskazanych w tym przepisie nie udowodnił, a w szczególności nie udowodnił, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy, jak również, że wskutek owego naruszenia została mu wyrządzona szkoda. Zamawiający podnosi, że Odwołujący jedynie lakonicznie podniósł, że w jego ocenie Zamawiający naruszył cały szereg przepisów, nie wskazując na czym konkretnie owe naruszenia miały polegać.

Podkreślił, że Odwołujący się wskazał, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przytoczył treść owego przepisu, jednakże nie wykazał, na czym w jego ocenie polegało dokonanie zmiany SIWZ z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie zaś z utrwalonym w orzecznictwie KIO poglądem, fakt naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp winien zostać przynajmniej przez wykonawcę uprawdopodobniony. Powołanie się zaś w treści uzasadnienia Odwołującego jedynie na fakt, że Zamawiający korzystając z przyznanych mu przez ustawę Pzp uprawnień dokonał zmiany SIWZ, w sytuacji gdy oba odwołania, do których nawiązuje Odwołujący nie zostały wniesione należycie i nie zostały opłacone, nie może w żadnym razie stanowić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego. Podkreślił, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje Zamawiającemu zmiany treści SIWZ po wniesieniu odwołania przez któregokolwiek z wykonawców. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego zdaniem, taki zakaz nie wynika z wykładni art. 183 ust. 3 czy też 2 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 12a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 12a ust.2 pkt 1) ustawy Pzp, wskazał, że również jest on bezzasadny, przywołując treść tego przepisu. Wskazał, że niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, która nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Wobec powyższego był on obowiązany jedynie do przedłużenia terminu składania ofert o taki termin, ażeby umożliwić wykonawcom zmiany w składanych ofertach. Taki termin według niego został zapewniony, o czym świadczy chociażby fakt, że Odwołujący się złożył ofertę. Jego zdaniem stanowisko Odwołującego, jakoby w niniejszym postępowaniu doszło do zmiany istotnej zmiany treści ogłoszenia, a w szczególności przedmiotu zamówienia lub zakresu zamówienia jest

chybione i niczym nie uzasadnione. Podkreślił, że przedmiot zamówienia określony został w ogłoszeniu jako „Dostawa pojazdów autobus 47 miejscowy” i ten przedmiot nie uległ zmianie. Zmianie nie uległ także zakres owego zamówienia to jest 27 sztuk. Z uwagi na powyższe według Zamawiającego zarzut nieprzedłużenia terminu do składania ofert o 22 dni jest chybiony. Z ostrożności procesowej, podniósł jednak, że gdyby jednakże Komisja uznała, że w doszło jednak do naruszenia owego przepisu, czemu Zamawiający z całą stanowczością zaprzeczył, podniósł, że ewentualne naruszenie owego przepisu i tak nie spowodowało szkody po stronie Odwołującego się, albowiem zdażył on złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Co do zarzutu nieuzasadnionej zmiany treści SIWZ (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp) wskazał, że owa czynność zmiany SIWZ została dokonana w dniu 27 lipca 2012 r., w tym samym dniu Odwołujący został o niej powiadomiony, a więc termin do złożenia odwołania od powyższej czynności upłynął w dniu 6 sierpnia 2012 r. Podniósł, że przepis ten daje Zamawiającemu możliwość zmiany treści SIWZ w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert. Wobec zmiany stanowiska Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych w zakresie możliwości obniżenia wymogów w zakresie mocy autokarów, w ocenie Zamawiającego zaistniała właśnie przesłanka do zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący nie udowodnił, że postępowanie Zamawiającego spowodowało wyrządzenie mu szkody. Wskazał, że w postępowaniu tym jedynym kryterium oceny ofert była cena, Odwołujący zaś złożył ofertę na zadanie nr 3 na kwotę ponad 32 miliony złotych. Oprócz niego ofertę złożyły także między innymi Scania Polska S.A. oraz Zeszuta Sp. z o.o. Oferta Odwołującego była ofertą najdroższą z tych wszystkich trzech złożonych. Wobec powyższego Odwołujący nie miał w jego ocenie realnej możliwości wygrania owego przetargu. Skoro zatem z tak złożoną ofertą nie mógł owego przetargu wygrać, to zdaniem Zamawiającego nie mógł on mu także wyrządzić mu szkody. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące interpretacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym w jego ocenie Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Zamawiający wskazał również, że w ogłoszeniu o zamówieniu podał wysokość środków finansowych, jakie jest w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia i kwota wynosiła netto około 23 300 000 zł. Tymczasem oferta złożona przez Odwołującego przekraczała i to znacznie środki finansowe jakimi Zamawiający dysponował na owo zadanie, co jego zdaniem potwierdza, że w stosunku do Odwołującego nie zachodzą przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

##### 5. Podniósł kwestię co do zarzutu składania ofert

Podkreślił, że czynność składania ofert nie jest czynnością dokonywaną przez Zamawiającego, ale jest to szereg czynności, których dokonują wykonawcy, wobec czego

nie wiadomo, w jaki sposób Odwołujący wyobraża sobie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności, której on nie dokonywał. Wniesione przez Odwołującego odwołanie od czynności otwarcia ofert w dniu 6 sierpnia 2012 r. i żądanie w tym zakresie: powtórzenia tej czynności, według Zamawiającego nie wskazuje, w jaki sposób Zamawiający miałby powtórzyć czynność *stricte* techniczną polegającą na otwarciu ofert, które to otwarcie *de facto* już się odbyło. Co do wniosku Odwołującego o nakazanie wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert na dzień umożliwiający złożenie prawidłowej oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a więc ofertę prawidłową. Co do wniosku Odwołującego o zmianę treści SIWZ w części IV pkt 2 podp. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający podkreślił, że odmówił dokonania wnioskowanej przez Odwołującego zmiany, ponieważ modyfikacja powyższego zapisu SIWZ nastąpiła w dniu 27 lipca 2012 r. Wobec powyższego, jeżeli Odwołujący chciał w tym zakresie złożyć odwołanie od powyższego zapisu, to winien to zrobić w terminie ustawowym liczonym od dnia 27 lipca 2012 r. Podkreślił również, że Odwołującemu przysługuje odwołanie jedynie od czynności przewidzianych w ustawie, tymczasem ustawa Pzp nie przewiduje takiej czynności wykonawcy jak sugerowanie zmiany zapisów SIWZ, przewiduje natomiast odwołanie od treści SIWZ.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego i podtrzymując stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

#### IV. Stanowisko Przystępującego Zeszuta

Przystępujący Zeszuta złożył swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego. Wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie zawitego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 i art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wniósł jednocześnie o jego oddalenie jako bezzasadnego, wskazując, że żaden przepis nie zabrania Zamawiającemu dokonywania modyfikacji SIWZ po wniesieniu odwołania. Podkreślił, że Odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutów odwołania i w oczywisty sposób zmierza do unieważnienia postępowania. Wskazał, że żądania odwołania są niemożliwe do spełnienia. Niemożliwe jest bowiem unieważnienie złożenia ofert, ponieważ składanie ofert nie jest czynnością Zamawiającego zatem nie może jej unieważnić Zamawiający, jak również Izba nie może nakazać mu dokonania tej czynności; po złożeniu ofert zaś niedopuszczalne są modyfikacje SIWZ. Podkreślił też, że Odwołujący złożył ofertę w niniejszym co także wskazuje na brak interesu po stronie Odwołującego. W związku z tym, że oferta Odwołującego nie jest

najkorzystniejszą upatruje on swojej szansy w ewentualnym przyszłym postępowaniu, co wskazuje także na brak interesu po jego stronie we wniesieniu odwołania.

Przystępujący Zeszuta podkreślił również, że wprowadzone przez Zamawiającego zmiany w opisie przedmiotu zamówienia obniżające pierwotne wymaganie 320 Kw na 300 Kw były uzasadnione, gdyż związane były z pozyskaniem szerszej oferty produktowej w postępowaniu, a jednocześnie dopuszczały do udziału w postępowaniu pojazdy oferowane przez Przystępującego Zeszuta więc stanowiły wypełnienie dyspozycji art. 7 i art. 29 ustawy Pzp. Podkreślił, że w przypadku braku tej zmiany SIWZ Odwołujący najprawdopodobniej byłby jedynym oferentem w postępowaniu. Według niego Zamawiający w prawidłowy sposób nie przedłużył terminu składania ofert o 22 dni, bowiem wprowadzona zmiana poszerzała konkurencję w postępowaniu poprzez obniżenie pierwotnego wymogu. Nie jest to zmiana istotna według niego, ponieważ nie powodowała konieczności wprowadzenia rozległych zmian do ofert. Podniósł, że zawarte w tym zakresie żądania Odwołującego są niewykonalne i powodują jedynie konieczność unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wskazuje na brak interesu po stronie Odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący Zeszuta podniósł również, że zarzut dotyczący odmowy wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia mocy silnika 294 Kw jest zarzutem odnoszącym się do pierwotnej treści SIWZ (320 Kw) znanej Odwołującemu od 16 czerwca 2012 r., a dodatkowo w żądaniu tym brak jest wykazania przez Odwołującego interesu i szkody.

W toku rozprawy Przystępujący Zeszuta podtrzymała swoje stanowisko i wnioski co do złożonego odwołania, wskazując dodatkowo na wyrok KIO wydany w analogicznej sprawie na dostawę pojazdów w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Innego zamawiającego, w którym Izba nakazała obniżenie wymogów SIWZ dotyczących mocy silnika z 320 Kw do 300 Kw.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba oddaliła w tym zakresie wnioski zgłoszone przez Zamawiającego i Przystępującego Zeszuta, uznając, iż odwołanie co do zasady zostało złożone w terminie z uwagi na zaskarżenie w nim czynności modyfikacji SIWZ i zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu dokonanej w dniu 27 lipca 2012 r. (informacja o modyfikacji zawieszona na stronie internetowej Zamawiającego) i jako takie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu, za wyjątkiem jednego podniesionego w nim zarzutu, o czym mowa poniżej. Odwołanie do Izby wpłynęło bowiem w dniu 6 sierpnia 2012 r., a zatem zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp przy ustalonej w tym postępowaniu wartości zamówienia (powyżej progów UE).

Izba stwierdziła także, że nie została wypełniona przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania, o co wnioskował Zamawiający. W niniejszej sprawie Odwołujący, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, w dostateczny sposób wykazał, iż przesłał Zamawiającemu w terminie na złożenie odwołania treść tego odwołania. Odwołujący przedstawił dowód na przesłanie kopii odwołania w dniu 6 sierpnia 2012 r. (dzień złożenia odwołania do Izby) mailem, a więc w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, do którego to przepisu odsyła art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający w toku posiedzenia potwierdził, iż adres mailowy, na który nastąpiło przesłanie kopii odwołania należy do niego. Z dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (automatycznego wydruku ze skrzynki pocztowej) wynika, iż załączono do tej korespondencji załącznik w formacie PDF o nazwie: „MAN odwołanie Kraków”. Korespondencja mailowa została przesłana Zamawiającemu 6 sierpnia 2012 r. o godz. 16.15. Powyższe w sposób wystarczający potwierdza przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania w terminie na złożenie odwołania do Izby. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, który obaliłby wskazane domniemanie, w szczególności – w dodatkowo wyznaczonym przez Izbę na wniosek Zamawiającego terminie - nie przedłożył raportu z korespondencji przychodzącej do Zamawiającego na wskazany adres mailowy w dniu 6 sierpnia 2012 r. Przesłanie korespondencji mailowej Zamawiającemu po jego godzinach pracy w kontekście dotrzymania terminów wynikających z przepisów zawartych w dziale VI ustawy Pzp – co podnosił w toku posiedzenia Zamawiający - nie ma żadnego znaczenia w tym zakresie. Podkreślić należy, że terminy przewidziane w ustawie Pzp liczone są zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, tj. w dniach. Zamawiający zatem potencjalnie w terminie na złożenie odwołania mógł zapoznać się z jego treścią. Odnoszenia powyższej możliwości do sytuacji indywidualnie każdego z podmiotów zamawiających, w zależności od jego godzin pracy, czy też innych okoliczności (np. obciążenie pracą, nieobecność w pracy pracownika odpowiedzialnego za prowadzenie zamówienia publicznego itp.), także w świetle



przywołanych regulacji Kodeksu cywilnego, nie można uznać za zasadne. Z tych też względów należało uznać, że domniemanie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu w terminie na złożenie odwołania Izbie nie zostało obalone przez Zamawiającego. Odwołujący bowiem w wystarczający sposób uprawdopodobnił wskazane okoliczności, Zamawiający zaś żadnego dowodu do czasu zamknięcia posiedzenia Izby, a także w toku rozprawy w tym zakresie Izbie nie przedstawił, kwestionując jedynie poprzez swoje oświadczenie, że kopii odwołania w dniu 6 sierpnia 2012 r. nie otrzymał. Przesłana w dniu 20 sierpnia 2012 r. do Krajowej Izby Odwoławczej korespondencja faksowa od Zamawiającego (3 str.), która nie została przedstawiona Izbie przed zamknięciem rozprawy, nie mogła być brana przez Izbę pod uwagę. Na marginesie tylko zauważyć należy, że z wydruków ze skrzynki pocztowej Zamawiającego wynika otrzymanie w dniu 6 sierpnia 2012 r. tylko dwóch korespondencji nie pochodzących od Odwołującego, nie wynika jednak jakie były godziny otrzymania tej korespondencji. Jednocześnie z trzeciej załączonej strony wynika otrzymanie w tym dniu ośmiu korespondencji od innych adresatów niż Odwołujący; raport ten obejmuje jednak korespondencję przesyłaną do wyłącznie do godziny 14:48. Z racji niespójności tych dowodów Izba także nie mogła ich wziąć pod uwagę.

Izba stwierdziła jednak, że nie jest uprawniona do merytorycznego rozpoznawania zarzutu odwołania związanego z odmową zmiany treści SIWZ w części IV okt 2 ppkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *„Autobusy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 294 kW oraz automatyczną lub manualną zsynchronizowaną skrzynię biegów o minimum 6 przełożeniach do przodu”*. Powyższe – w ocenie Izby – uzasadnione jest tym, że zarzut ten został podniesiony po terminie, co stanowi wypełnienie dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zarzut ten bowiem dotyczy zaniechania obniżenia przez Zamawiającego parametrów mocy silnika do poziomu 294 kW, co przy pierwotnie dopuszczonym w SIWZ z dnia 16 czerwca 2012 r. parametrze (320 kW) i w związku z obniżeniem tego parametru modyfikacją SIWZ z dnia 27 lipca 2012 r. (320 kW) wskazuje na możliwość podnoszenia tego zarzutu na etapie udostępnienia wykonawcom pierwotnych zapisów SIWZ. Wykonawca zatem powinien wykazywać na wcześniejszym etapie postępowania, w terminie 10 dni od dnia udostępnienia SIWZ na stronie internetowej (16 czerwca 2012 r.), że określone postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia naruszają przepisy ustawy Pzp. Podnoszenie takich zarzutów po tym terminie jest nieuprawnione i nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu Izby.

Izba uznała także, że odwołanie nie podlega zwrotowi z racji nieopłacenia go wpisem, o co wnosił Zamawiający. Wpis od odwołania w tej sprawie został bowiem uiszczony w wymaganej kwocie, na właściwy numer rachunku bankowego i w dacie na złożenie odwołania. Wskazanie w opisie tytułu przelewu niewłaściwego numeru postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, przy jednoczesnym braku w tym czasie jakiegokolwiek innego postępowania o zamówienie prowadzonego przez tego samego Zamawiającego, w którym odwołania składałby ten sam Odwołujący się, należy potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską bez wpływu na skuteczność opłacenia odwołania.

Izba, odnosząc się do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w zakresie zadania nr 1 i 2, jako nieobjętego przedmiotem odwołania złożonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołania na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp „z *najwyższej ostrożności procesowej*”, stwierdziła, że wniosek jako taki nie mógł zostać rozpoznany przez Izbę. Procedura wnoszenia i rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego związana co prawda z postępowaniem odwoławczym stanowi odrębną procedurę prowadzoną na odrębnych zasadach, w odrębnym trybie przez Izbę (odrębnie wyznaczany skład orzekający do rozpoznania wniosku, odrębne rozstrzygnięcie podejmowane w takiej sprawie w oparciu o inne przesłanki) w oparciu o art. 183 i nast. ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zasadniczo czynności modyfikacji SIWZ, która w sposób pośredni utrudniała Odwołującemu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego wykonawcy Zeszuta po stronie Zamawiającego i Scania po stronie Odwołującego z uwagi na wypełnienie wszystkich przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba w oparciu o dyspozycję art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia złożonego przez Benepol Sp. z o.o. Zgodnie z przywołanym przepisem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego powinno być doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej albo w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Tymczasem w terminie na złożenie przystąpienia do Prezesa Izby wykonawca Benepol Sp. z o.o. złożył dwukrotnie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jedynie w formie faksowej. Powyższe nie stanowi wypełnienia formalnoprawnego wymogu poprawności i skuteczności wniesienia przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 16 czerwca 2012 r. W niniejszym postępowaniu Zamawiający podzielił zamówienie na trzy zadania, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych. Zarzuty odwołania dotyczą części trzeciej zamówienia.

Zamawiający w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu zamieścił na stronie internetowej treść SIWZ. Zgodnie z treścią Załącznika nr 3 do SIWZ – Część IV pkt 2 ppkt 3 Zamawiający określił wymóg, iż zamawiane autobusy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 320 kW.

W dniu 23 lipca 2012 r. do Izby wpłynęło odwołania wykonawcy Zeszuta Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 1566/12) zaś w dniu 25 lipca 2012 r. odwołanie wykonawcy EvoBus Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 1583/12), w których wykonawcy ci podnosili zarzuty dotyczące postanowień SIWZ, w tym domagali się wprowadzenia modyfikacji SIWZ w zakresie mocy silnika na poziomie 300 kW. Do przedmiotowych postępowań odwoławczych swoje przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wówczas obecny Odwołujący, domagając się utrzymania poziomu mocy silnika: 320 kW. Obydwa odwołania zostały, postanowieniami Prezesa Izby z dnia 31 lipca 2012 r. i 6 sierpnia 2012 r., zwrócone z racji braku opłaty wpisów od odwołań i nie przedstawienia na wezwanie Prezesa Izby dowód ich opłaty.

W dniu 27 lipca 2012 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej modyfikację postanowień SIWZ w tym w zakresie odnosząca się m.in. do obniżenia parametru mocy silnika do poziomu 300 kW.

Wobec powyższego Zamawiający zmodyfikował treść ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wyznaczenia nowego terminu składania ofert, przesuając go na dzień 6 sierpnia 2012 r.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r. złożonym Zamawiającemu Odwołujący zażądał zmiany postanowień SIWZ w zakresie wymaganej mocy silnika i obniżenia jej do poziomu 294 kW. Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2012 r. odmówił Odwołującemu wprowadzenia takiej zmiany do SIWZ.

W terminie na składanie ofert, tj. do dnia 6 sierpnia 2012 r., Zamawiającemu zostały złożone 3 oferty na zadanie nr 3, tj. oferty Odwołującego i Przystępujących.

Odwołujący wobec powyższych czynności Zamawiającego złożył odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nieuprawniony jest zarzut dokonania czynności wyjaśnienia treści SIWZ i jej zmiany przez Zamawiającego w dniu 27 lipca 2012 r. jako czynności przedwczesnej i bezpodstawnej na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Po pierwsze stwierdzić należało, że aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wniesienia odwołania (przepisy nie obowiązującej już ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. taki skutek dla postępowania wprost przewidywały). Jedyne skutki zawieszający dla postępowania o zamówienie publiczne, jaki ma złożenie odwołania, przewidziany jest dla czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przez Izbę. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne poza zawarciem umowy jest możliwa do podjęcia przez Zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego. Tak więc, jeśli w toku postępowania wykonawca zaskarży w trybie odwoławczym postanowienia SIWZ, a czas na rozstrzygnięcie tych zarzutów ulegnie przesunięciu poza pierwotnie wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert, Zamawiający – zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp – ma prawo w dalszym ciągu prowadzić to postępowanie, oceniając zasadność zarzutów odwołania i zasadność podjęcia w tym zakresie pewnego ryzyka, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania dotyczących postanowień SIWZ po otwarciu ofert koniecznym będzie unieważnienie takiego postępowania. Zamawiający może także w takiej sytuacji przesunąć termin składania ofert do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. Ocena powyższych działań należy do podmiotu Zamawiającego, który jest odpowiedzialny za prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że w przedmiotowej sprawie nie wstrzymał się z określonymi czynnościami w postępowaniu, tj. modyfikacją SIWZ do czasu rozstrzygnięcia merytorycznego lub formalnego w przedmiocie złożonych do Izby odwołań. Każda bowiem czynność Zamawiającego podejmowana w postępowaniu o zamówienie publiczne podlega zaskarżeniu przez wykonawców, jeśli jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp i narusza interes wykonawcy związany z uzyskaniem danego zamówienia publicznego, co może

narazić go na poniesienie w tym zakresie szkody. Tak więc dokonana przez Zamawiającego w tym postępowaniu czynność modyfikacji SIWZ w dniu 27 lipca 2012 r. jako odrębna czynność Zamawiającego w postępowaniu podlega odrębnemu zaskarżeniu w trybie odwoławczym. Tym samym zatem nie można w tym zakresie mówić o jakimkolwiek naruszeniu praw wykonawców przystępujących do uprzedniego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawcy ci mogą także na zasadach przysługujących podmiotom ubiegającym się o zamówienie publiczne skarżyć zasadność dokonania określonej czynności przez Zamawiającego. Z mocy ustawy Pzp ograniczone prawo do odwołania miałyby tylko wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego, w sytuacji gdyby chciał zaskarżyć postanowienia zmodyfikowanej przez zamawiającego SIWZ w wyniku nakazu dokonania takiej modyfikacji zawartego w wyroku Izby, stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Taka sytuacja jednak w niniejszej sprawie nie miała miejsca.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w SIWZ przed rozstrzygnięciem przez KIO sprawy zarzutów odwołania dotyczących SIWZ nie można wywodzić z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepisy te stanowią jedynie, że zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania w całości i jeśli do tego toczącego się postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego albo taki przystępujący wykonawca nie wniósł sprzeciwu co do uwzględniania zarzutów odwołania, Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jednocześnie w takiej sytuacji przywołane przepisy stanowią, że zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na skutek takiego - zgodnego z żądaniem odwołania postępowania zamawiającego - niemożliwe jest podnoszenie zarzutów przez wykonawców w zakresie tych czynności zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp (ewentualne odwołanie byłoby odrzucone). Gdyby jednak zamawiający wykroczył poza żądania odwołania albo dokonał czynności w postępowaniu w sposób odmienny od żądań odwołania, dyspozycja wskazanego przepisu nie ziściłaby się i takie czynności podlegałyby zaskarżeniu w odrębnym trybie odwoławczym.

Co do kwestii związanej z nieuprawnioną modyfikacją SIWZ, ponieważ niegodną z dyspozycją art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Izba także nie stwierdziła tej niezgodności. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający przed upływem terminu składania ofert może w uzasadnionych przypadkach dokonać zmiany treści SIWZ. Za uzasadniony przypadek w ocenie Izby należy uznać sytuację, w której Zamawiający wprowadza modyfikację SIWZ prowadzącą do obniżenia określonych parametrów urządzeń, sprzętu, a w niniejszej sprawie parametrów zamawianego pojazdu, jeśli poszerza to konkurencję, tj. dostęp do zamówienia określonymu producentowi zamawianych urządzeń (w przedmiotowej sprawie producentowi

pojazdów Mercedes). Jednocześnie powyższe poszerzenie konkurencji w danym zamówieniu może być traktowane, w pewnym sensie, jako pogorszenie sytuacji innych wykonawców, którzy dzięki pierwotnym wymogom SIWZ w danym zamówieniu byli uprzywilejowani, ponieważ nie musieli liczyć się z większą konkurencją. Powyższe jednak nie może być utożsamiane z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez nie wyznaczenie dłuższego - minimum 22 dniowego terminu – na składanie ofert i naruszenie w tym względzie art. 12a ust. 2 pkt 2 w związku z art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Przywołany przez Odwołującego jako podstawa zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepis ustawy Pzp odnosi się do wyznaczenia w postępowaniu o zamówienie publiczne o wartości powyżej progów UE minimum 22 dniowego terminu do składania ofert, w sytuacji gdy mamy do czynienia ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem podstawą zarzutu odwołania jest dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ w dniu 27 lipca 2012 r., która nie prowadziła do zmiany merytorycznej treści ogłoszenia o zamówieniu co do określenia przedmiotu zamówienia jego wielkości lub zakresu, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, które zostały zmienione w ogłoszeniu o zamówieniu. Modyfikacja SIWZ z 27 lipca 2012 r., dokonana przez Zamawiającego, dotyczyła postanowień opisu przedmiotu zamówienia, zamieszczonych w treści Załącznika nr 3 do SIWZ, który w żaden sposób nie był odzwierciedlony w treści ogłoszenia o zamówieniu. W treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszcza się bowiem zgodnie z dyspozycją art. 41 pkt 4 ustawy Pzp określenie przedmiotu zamówienia, a nie - w odróżnieniu od informacji zamieszczanych w SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – opis przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert na dzień 6 sierpnia 2012 r. i czynności składania i otwarcia ofert w tym dniu, Izba - biorąc pod uwagę podjęte rozstrzygnięcie i przywołane uzasadnienie we wskazanych powyżej zarzutach odwołania - także uznała zarzut za niezasadny. Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, miał prawo do wyznaczenia terminu składania ofert przed merytorycznym rozstrzygnięciem spraw odwoławczych, nie musiał wyznaczać dłuższego terminu składania ofert zgodnie z art. 12a ustawy Pzp, skoro zmiana SIWZ nie dotyczyła wprost treści ogłoszenia o zamówieniu, tylko postanowień SIWZ. W takiej sytuacji zastosowanie znalazł tutaj art. 38 ust. 6 ustawy Pzp i odpowiednio art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, na podstawie których to przepisów Zamawiający przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach przez wykonawców i w konsekwencji powyższego

opublikował ogłoszenie o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu jedynie zakresie wyznaczenia nowego terminu składania i otwarcia ofert.

Izba, oceniając dowody na okoliczność wykazania, że szereg producentów autobusów oferuje pojazdy o mocy silnika powyżej 320 kW co ma wskazywać, iż niezasadna była zmiana SIWZ z uwagi na zapewnienie ochrony konkurencji w postępowaniu, przedłożone w niniejszej sprawie przez Odwołującego, tj.:

- wydruk ze strony internetowej Iris Bus Iveco w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski (13 strony),
- wydruk ze strony internetowej SCANIA Polska S.A. tj. informacja z dnia 21 października 2011 r. (2 strony),
- opinię techniczną nr 1230/08/2012 PZM wraz z załącznikiem (5 stron + 1),
- wydruk ze strony internetowej Mercedes Benz w wersji niemieckojęzycznej wraz z tłumaczeniem (2 strony),
- wydruk ze strony internetowej SCANIA w wersji niemieckojęzycznej wraz z tłumaczeniem (4 strony),
- kopia magazynu BUS KURIER nr 3(13)/2007 (16 stron),
- wydruk ze strony internetowej VDL Bus & Coach (2 strony),
- wydruk ze strony internetowej Mercedes Benz (1 strona),

stwierdziła, że pozostają one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Są to dowody, które mogłyby być przedstawione przez Odwołującego w ramach postępowań odwoławczych Zeszuta Sp. z o.o. i EvoBus Sp. z o.o., do których złożył on przystąpienie po stronie Zamawiającego W przedmiotowej sprawie odwoławczej bowiem nie ma znaczenia - jak wskazano powyżej - dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji i dla wprowadzenie zmian w SIWZ poszerzających konkurencję w postępowaniu, okoliczność, czy w danym segmencie zamówień istnieje jeden, czy kilka podmiotów, które mogą złożyć ofertę zgodną z przedmiotem zamówienia. Jeśli Zamawiający poprzez modyfikację SIWZ poszerzył konkurencję w postępowaniu dopuszczając pojazdy producenta, wcześniej niedopuszczonego do udziału w postępowaniu, poprzez określony opis przedmiotu zamówienia, bez znaczenia pozostaje – w ocenie Izby – okoliczność ilości na rynku podmiotów, mogących zrealizować niniejsze zamówienie.

Przedłożona przez Odwołującego korespondencja, prowadzona z Zamawiającym w dniach 1-2 sierpnia 2012 r. co do żądanej zmiany SIWZ i obniżenie parametrów mocy silnika do poziomu 294 kW, także nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Odwołujący wykazał przez nią, że faktycznie zwracał się do Zamawiającego z takim

wnioskiem w trybie, który na tym etapie postępowania nie był zasadniczo przewidziany w przepisach prawa. Nie był to wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, a wniosek o modyfikację jej zapisów, co należało podnosić na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – po zamieszczeniu SIWZ na stronie internetowej – w trybie ewentualnych zarzutów do SIWZ podnoszonych na drodze odwoławczej.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Wydając rozstrzygnięcie o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania i obciążyła nimi Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

**Przewodniczący:** .....