

Sygn. akt: KIO 2005/10

## POSTANOWIENIE

z dnia 24 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **24 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 16 września 2010 r. przez wykonawcę: **Octapharma AG Seidenstrasse 2 CH-8853 Lachen, Szwajcaria, adres do korespondencji: JPZ Firma Doradcza, ul. Jagiellońska 76, 03-301 Warszawa,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa.**

orzeka:

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania w kwocie 15 000,00 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: Octapharma AG Seidenstrasse 2, CH-8853 Lachen, Szwajcaria, adres do korespondencji: JPZ Firma Doradcza, ul. Jagiellońska 76, 03-301 Warszawa.**

**Przewodniczący**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego znak: ZZP-94/10 na dostawę czynnika krzepnięcia VIII (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2010/S 141-217184 z 23.07.2010 r.), w dniu 16 września 2010 r. zostało złożone bezpośrednio w siedzibie Izby w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Octapharma AG z siedzibą w Szwajcarii, z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) udostępnionej wykonawcom zainteresowanym uczestnictwem w przedmiotowym postępowaniu w dniu 23 lipca 2010 r. przez publikację na wskazanej stronie internetowej, a szczególności wobec odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego: Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia na zapytania wykonawców, w tym odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sposób naruszający przepisy:

1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.),

2) ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr 249 poz. 2104 ze zm.),

3) ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.)

- przez udzielanie odpowiedzi na zapytania w sposób niezgodny ze stanem faktycznym i prawnym, wbrew wymaganiom art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkowałoby odrzuceniem oferty z mocy art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyby wykonawca dostosował się do wymagań zamawiającego.

Powyższe działania zamawiającego, zdaniem odwołującego, prowadzą do niemożności złożenia ważnej oferty cenowej i zawarcia ważnej umowy w związku z czym odwołujący żądał unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne znak: ZZP-94/10, jako obarczonego wadą prawną.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż w dniu 23 lipca 2010 r. na stronie internetowej zamawiający zamieścił ogłoszenie i specyfikację istotnych

warunków zamówienia (SIWZ), odnoszące się do zamówienia publicznego na dostawę czynnika krzepnięcia VIII, znak: ZZP- 94/10. Dostawa przedmiotu zamówienia - czynnika krzepnięcia VIII miała według zamawiającego mieć miejsce zarówno do Centrum Leczenia Hemofilii (CLH) jak również i przede wszystkim do domu pacjenta.

Odwołujący podnosił, iż dnia 19 sierpnia 2010 r. zwrócił się do zamawiającego z 19-a pytaniami odnoszącymi się do zapisów SIWZ, które przedstawił w załączeniu do odwołania. W dniu 23 sierpnia 2010 r. zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania potencjalnych wykonawców (w sumie wpłynęło 78 pytań).

W przekonaniu odwołującego, część udzielonych odpowiedzi wykluczała się wzajemnie, część okazała się po sprawdzeniu niezgodna ze stanem faktycznym i prawnym, mianowicie:

1) odpowiedzi na pytania: 9 i 59 wzajemnie się wykluczają:

PYTANIE 9: dot. rozdz. IV ust. 1 pkt. 1.2.1 SIWZ: Czy zamawiający przewiduje realizację odbioru i utylizacji odpadów medycznych zgodną z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 sierpnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz. U. z 2007 r. Nr 162 ze zm.)?

ODPOWIEDŹ: tak zamawiający przewiduje realizację odbioru i utylizacji odpadów medycznych zgodną z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 sierpnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz. U. z 2007 r. Nr 162 ze zm.)

PYTANIE 59: Czy zamawiający wyraża zgodę aby odbiór odpadów medycznych następował przy kolejnej dostawie czynników krzepnięcia do domu pacjenta, w świetle rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 lipca 2010 r. w sprawie szczególnego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz. U. z dnia 4 sierpnia 2010 r.)?

ODPOWIEDŹ: odbiór zgodnie z rozporządzeniem.

2) PYTANIE 30: dot. § 4 ust. 1 projektu umowy, załącznik nr 1 do SIWZ - Ogólne warunki umowy: Ponieważ ustawa z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271) oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie podmiotów uprawnionych do zakupu produktów leczniczych w hurtowni farmaceutycznej określają szczegółowo warunki dostawy i odbioru produktów leczniczych, zgodnie z którymi odbiorcami nie mogą być osoby fizyczne nie posiadające specjalistycznych uprawnień (tj. nie są lekarzem, położną ani pielęgniarką), to prosimy o podanie jak zamawiający rozwiąże kwestie prawne dotyczące faktycznego miejsca dostawy leków?

ODPOWIEDŹ: Odbiorcą przedmiotu zamówienia jest CLH. Realizacja odbioru przedmiotu zamówienia następuje w aptece CLH, po otrzymaniu dokumentów potwierdzonych przez pacjenta.

Zdaniem odwołującego, odpowiedź na pytanie 30 jest niezgodna z prawem, gdyż w pozwoleniach na dopuszczenie do obrotu, które załączył do odwołania, istnieją ograniczenia: „Produkt leczniczy wydawany na receptę, oznaczony symbolem „Rp” (w przypadku czynnika krzepnięcia Immunate Baxter) lub „Produkt leczniczy stosowany wyłącznie w lecznictwie zamkniętym - „Lz” (w przypadku czynników krzepnięcia Octanate i Fandhi), a zamawiający przewiduje odbiór przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentów potwierdzonych przez pacjenta.

3) PYTANIE 31: dot. § 5 ust. 3, 4 i 5 projektu umowy, załącznik nr 1 do SIWZ - ogólne warunki umowy: W związku z tym, iż miejscem dostaw przedmiotu zamówienia ma być miejsce zamieszkania bezpośredniego pacjenta prosimy o podanie jakie gwarancje może uzyskać wykonawca zamówienia publicznego od zamawiającego, dotyczące prawidłowości sposobu i warunków przechowywania czynnika krzepnięcia?

ODPOWIEDZ: Realizator dostaw domowych jest zobowiązany do sprawdzenia prawidłowości sposobu i warunków przechowywania czynnika krzepnięcia w momencie realizacji dostawy.

Zdaniem odwołującego, odpowiedź zamawiającego na pytanie 31 stanowi niebezpieczną dla zdrowia i życia pacjenta fikcję, której konsekwencjami zamawiający obarcza wykonawcę, gdyż dostawy mają być realizowane w cyklach miesięcznych, a realizator dostaw jest zobowiązany do sprawdzenia prawidłowości sposobu i warunków przechowywania czynnika krzepnięcia w momencie realizacji dostawy. Oznacza to, że w dniu dostawy wykonawca jest w stanie sprawdzić prawidłowość sposobu i warunków przechowywania, a w pozostałe dni miesiąca czynniki krzepnięcia (wymagające temperatury przechowywania +2 C - + 8 C) są poza kontrolą co nie zwalnia, zdaniem zamawiającego, wykonawcy z odpowiedzialności.

4) PYTANIE 40: Jaka jest podstawa prawna umożliwiająca obciążenie podmiotu odpowiedzialnego (w rozumieniu ustawy Prawo farmaceutyczne) kosztami leczenia powikłań nowopowstałego krążącego inhibitora czynnika VIII/IX u pacjentów z hemofilią, a w przypadku, gdy wykonawcą nie jest podmiot odpowiedzialny (który nie jest i nie musi wcale być uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne) a jedynie hurtownia farmaceutyczna, której nie można ograniczyć udziału w postępowaniu zgodnie z ustawą o swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej ?

ODPOWIEDŹ: Obowiązki wynikające z przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.) ponoszą w tym postępowaniu wykonawcy zamówienia publicznego.

PYTANIE 76: Czy zamawiający wykreśli z SIWZ pkt 8.12. dotyczący odpowiedzialności wyłącznie podmiotów odpowiedzialnych w rozumieniu ustawy Prawo farmaceutyczne w sytuacji, kiedy oferty w niniejszym postępowaniu zamierzają złożyć także wykonawcy nie będący podmiotami odpowiedzialnymi ?

ODPOWIEDŹ: nie nie wykreśli.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w odpowiedziach na 2 różne pytania ( 40 i 78) sam sobie przeczy.

5) PYTANIE 66: Co to jest elektroniczna baza danych leczenia pacjentów z hemofilią, biorących udział w programie „Zapobieganie krwawieniom u dzieci z hemofilią A i B” oraz w jaki sposób wykonawca będzie miał możliwość zapisywania w niej danych, do których jest zobligowany i które są opisane w pkt. 8.7 SIWZ ?

ODPOWIEDŹ: wybrany wykonawca uzyska dostęp do elektronicznej bazy danych leczenia pacjentów z hemofilią.

Zdaniem odwołującego, odpowiedź zamawiającego na powyższe pytanie nie jest na temat przedstawiony w pytaniu:

Ponieważ odpowiedzi zamawiającego udzielone dnia 23 sierpnia 2010 r, zgodnie z tym co przedstawiono powyżej, okazały się dla odwołującego bądź niewystarczające, niejasne, bądź niezgodne ze stanem faktycznym i obowiązującym ustawodawstwem, odwołujący w dniu 30 sierpnia 2010 r. przedłożył zamawiającemu dodatkowe zapytania, przedstawione w załączeniu do odwołania, odnoszące się do zapisów SIWZ jak również do odpowiedzi z dnia 23 sierpnia 2010 r.

W dniu 6 września 2010 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania odwołującego - przedstawione w załączniku do odwołania.

Odwołujący zarzucił, iż odpowiedzi zamawiającego nie mają nic wspólnego z obowiązującym prawem, a wręcz go naruszają. A mianowicie: w odpowiedzi na PYTANIE 3 i inne zamawiający z pełną świadomością naruszył ustawy:

- ustawę z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r. nr 139 poz. 1323 z późn. zm.),

- ustawę z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr 249 poz. 2104 z późn. zm.).

PYTANIE 4: Czy zamawiający mógłby wyjaśnić/doprecyzować odpowiedź na pytanie 30, mianowicie: o jakie dokumenty chodzi, które ma obowiązek potwierdzić pacjent tak aby wykonawca mógł odebrać przedmiot zamówienia z apteki CLH? Czy te dokumenty dostarcza do CLH pacjent? Zamawiający nie udzielił odpowiedzi, potwierdził jedynie, że wykonawca dostarcza lek do domu pacjenta (dostawy domowe) i dostarcza dokumentację z potwierdzeniem odbioru leku przez pacjenta do apteki CLH.

Odpowiedź na PYTANIE 6 odwołujący poczytał za niezgodną ze stanem faktycznym –mimo cytowanego przez zamawiającego rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2009r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych (Dz. U. z 2009 Nr 140 poz. 1148) oraz za sprzeczną z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę -Prawo farmaceutyczne ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Dalej odwołujący wywodził, iż ustawa jest aktem prawnym wyższego rzędu aniżeli rozporządzenie, a w tym przypadku zamawiający pragnie stworzyć niebezpieczny precedens sprzeczny z prawem, a mianowicie: wykonawca - podmiot gospodarczy nie będący ani podmiotem odpowiedzialnym ani wytwórcą np. hurtownia farmaceutyczna miałaby odpowiadać za jakość produktu leczniczego. Art. 37 ust. 1 powołanej ustawy stanowi: „Uzyskanie pozwolenia oraz wyznaczenie przez podmiot odpowiedzialny przedstawiciela podmiotu odpowiedzialnego nie zwalnia podmiotu odpowiedzialnego od odpowiedzialności karnej lub cywilnej wynikającej ze stosowania produktu leczniczego, w tym na mocy przepisów dotyczących odpowiedzialności za produkt.”

ODPOWIEDŹ na pytanie 7, w opinii odwołującego, jest nie tylko niezgodna ze stanem faktycznym bo cytowane rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych (Dz. U. z 2009 r. Nr 140 poz. 1148) o tym nie stanowi, to jest jeszcze odpowiedź jest nielogiczna oznacza bowiem, że zamawiający pragnie obarczyć odpowiedzialnością wykonawcę, który nie ma wpływu na powstanie powikłań nowopowstałego krążącego inhibitora czynnika VIII, gdyż zależą one albo od genotypu pacjenta albo od wystąpienia takich zdarzeń losowych jak szczepienie albo konieczność wykonania zabiegu chirurgicznego (złamanie ręki czy zapalenie wyrostka robaczkowego), a tym samym konieczność podania dużej ilości czynnika, co może powodować działanie inicjujące powstawanie inhibitora. Oznacza to w

tym przypadku, że nie ma znaczenia jaki czynnik krzepnięcia - jakiego producenta zostanie zastosowany.

Odwołujący przyznał potrzeby zamawiającego wprowadzenia dostawy/leczenia domowego, ale podkreślił, iż dla osiągnięcia tego celu nie może łamać prawa. Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.) w art. 23a ust. 1 określa bowiem, że produkty lecznicze posiadające kategorii dostępności „Rp” są wydawane z przepisu lekarza na podstawie recepty (a nie pokwitowania), a produkty lecznicze posiadające kategorii dostępności „Lz” mogą być stosowane wyłącznie w lecznictwie zamkniętym. Czynniki krzepnięcia mają kategorię dostępności albo Rp (Immunate Baxter) albo Lz (Octnate, Fandhi). Art. 65 ww. ustawy stanowi w ust. 1, że „Obrót produktami leczniczymi może być prowadzony tylko na zasadach określonych w ustawie.” Rozporządzenie, na które powołuje się zamawiający w odpowiedzi, dopuszcza tylko 3 tryby realizacji świadczenia: 1) ambulatoryjny; 2) jednodniowy; 3) hospitalizacja.

Odwołujący argumentował, że gdyby natomiast wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje, mające jak powyższe, wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania to zostałby wykluczony zgodnie z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona. Dodatkowo, zwarta umowa byłaby nieważna z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, natomiast wykonawca w przypadku usiłowania jej realizacji podlegałby odpowiedzialności karnej.

Odwołujący podkreślił, iż na zamawiającym ciąży obowiązek prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a w tym udzielanie niezwłocznie odpowiedzi - art. 38 ust. 1 ustawy Pzp (merytorycznych, zgodnych ze stanem faktycznym i prawnym) na wpływające zapytania, ale również z poszanowaniem dla odrębnych aktów prawnych - art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w tym przypadku ustawy Prawo farmaceutyczne czy ustawy o finansach publicznych.

Reasumując, odwołujący podtrzymał zarzuty oraz żądania unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne znak: ZZP-94/10.

Izba na posiedzeniu dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, pism złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłoszonych zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba na posiedzeniu ustaliła i zważyła co następuje.

Okoliczność bezsporną stanowiło, co odwołujący wprost potwierdził w treści odwołania, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 23 lipca 2010 r. Odwołujący nie podnosił zarzutu, iż kwestionowane przez niego postanowienia specyfikacji oraz załącznika - wzoru umowy, zostały przez treść udzielonych odpowiedzi na pytania zmienione.

Przeprowadzone dowody na posiedzeniu z dokumentów akt postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień, protokołu postępowania z załącznikami, potwierdziły iż zamawiający nie wprowadzał w zakresie objętym zarzutami, zmian do SIWZ. Wręcz w udzielonych odpowiedziach przytoczonych w odwołaniu, w całości podtrzymał postanowienia zawarte w specyfikacji. Jedynie w odpowiedziach udzielonych pismem z dnia 23 sierpnia 2010 r. w zakresie PYTANIA 7 oraz PYTANIA 8, zamawiający dokonał modyfikacji wskazanych postanowień SIWZ.

Zdaniem Izby, odwołanie dotyczy zatem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli odwołujący uznawał, iż kwestionowane postanowienia specyfikacji naruszają przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż w następstwie ich spełnienia, wykonawca składający ofertę naruszyłby obligatoryjne przepisy przywołanych przepisów, w tym ustaw:

1) z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 249 poz. 2104 z późn. zm.),

2) z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.) ,

3) z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 139 poz. 1323 z późn. zm.),

- miał możliwość wniesienia odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku postępowań, których wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego.

Skoro specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty w dniu 23 lipca 2010 r., to termin



zaskarżenia jej postanowień w postępowaniu (o danej wartości przedmiotu zamówienia) upłynął w dniu 2 sierpnia 2010 r.

Przepisy art. 38 ust. 1 ustawy Pzp upoważniają zamawiającego do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert, o ile zachodzą uzasadnione ku temu przypadki. Dokonaną zmianę zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie przekazać wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia umieszczona jest na stronie internetowej, zamieścić te zmiany na wskazanej stronie. Odwołujący nie przedłożył dowodów, iż zamawiający zmienił specyfikację w wymienionym wyżej trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp i powiadomił o tym wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, w sposób określony ustawą Pzp, w odniesieniu do kwestionowanych odwołaniem postanowień SIWZ.

Odwołujący przyznał, iż odpowiedzi zostały udzielone w dniu 23 sierpnia 2010 r. Natomiast na dalsze pytania w tym samym zakresie, zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 6 września 2010 r., dokładnie potwierdzając swoje wcześniejsze stanowisko. Wyjaśnienia zamawiającego udzielone w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, o ile nie stanowią zmiany postanowień specyfikacji, nie przywracają terminu do zaskarżenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia z urzędu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ w dniu 2 sierpnia 2010 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Merytoryczna treść pytań, na które zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 6 września 2010 r., gdzie potwierdził w pełni swoje wcześniejsze stanowisko, od którego to terminu odwołujący zapewne liczył termin, wnosząc odwołanie w dniu 16 września 2010 r. pokrywa się z tematyką pytań i udzielonych na nie odpowiedzi w dniu 23 sierpnia 2010 r. Zdaniem Izby, również i z tego względu odwołanie należy uznać za spóźnione.

W oparciu o art. 189 ust 3 ustawy Pzp, Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym. O odrzuceniu odwołania Izba orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy jak stanowi art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Zgodnie z § 32 rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), postanowienia kończące postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym, ogłasza się przez wywieszenie sentencji na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia doręczany jest stronom postępowania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....