

WYROK
z dnia 12 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 roku przez wykonawcę W. ISS Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna ul. Leszczyńska 22 43-300 Bielsko Biała (adres dla doręczeń: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska Al. J. Ch. Szucha 8 00-582 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi ulica Wólczańska 111/113 90-521 Łódź

przy udziale Wykonawcy S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe przy ulicy Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy W. ISS Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna ulica Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko Biała.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi ulica Wólczańska 111/113 90-521 Łódź i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. ISS Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna ulica Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko Biała tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi ulica Wólczańska 111/113 90-521 Łódź na rzecz wykonawcy W. ISS Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna ulica Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko Biała kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

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 Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę samochodów zaopatrzeniowych z żurawiem – 35 szt.* dla Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi, o którym ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 29 września 2014 roku pod numerem 2014/S

12 grudnia 2014 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania i powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe w Kielcach oraz poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) oferty wykonawcy W. ISS Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna ul. Leszczyńska 22 43-300 Bielsko Biała.

22 grudnia 2014 roku Odwołujący w trybie art. 179, art. 180 ust 1 i ust 4 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy złożył odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy przez poprawienie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy w ofercie nie popełniono oczywistej omyłki, w związku z czym, Zamawiający zmodyfikował bezprawnie treść oświadczenia Odwołującego i w konsekwencji przyjął błędne dane do kryterium oceny ofert, co miało istotny wpływ na wynik postępowania;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie było ku temu żadnych proceduralnych przesłanek;
- 3) art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie uzyskał najwyższej liczby punktów w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ ponad to, naruszenie wskazanego przepisu przez błędne zastosowanie kryteriów oceny ofert co w sposób istotny wpłynęło na wyniki poszczególnych Wykonawców;
- 4) art. 87 ust 2 pkt 3, art.89 ust 1 pkt 7 w zw z art. 7 ust 1 ustawy przez nierówne

taktowanie Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, w wyniku czego oferta Odwołującego została odrzucona.

Odwołujący wniósł o:

o uwzględnienie przedmiotowego Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia poprawienia oferty Odwołującego, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w tym przede wszystkim w wyniku bezpodstawnego i sprzecznego z przepisami ustawy zastosowania przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający przyjął bowiem - całkowicie bezpodstawnie - iż oferta Odwołującego zawiera w swej treści inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i w związku z tym nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji nosi walor oferty najkorzystniejszej. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, wówczas to Odwołującemu - jako Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą - zostałoby udzielone zamówienie. Powyższe wyczerpuje przesłanki z przepisu art 179 ust 1 ustawy.

Odwołujący w sposób następujący uzasadnia swoje stanowisko:

Odwołujący wskazał, że w toku przeprowadzonej procedury przetargowej do Zamawiającego wpłynęło pięć ofert:

Oferta 1 - Odwołującego,

Oferta 2 – S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o.,

Oferta 3 - Dom samochodowy Germaz Sp. z o.o.,

Oferta 4 - Konsorcjum firm Zamęt - Głowno A. P. Z. Ł. Sp.J. i Cargotec Poland Sp. z o.o.,

Oferta 5 – S. M. PUH.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) kryteriami oceny oferty miały być cena o wadze 80 % [maksymalnie 80 punktów] oraz parametry techniczne „Ładowność samochodu” o wadze 20% (maksymalnie 20 punktów).

W kryterium „cena”- punktacja, wyliczona w sposób prawidłowy, kształtuje się następująco:

Oferta 1 - 77,71 punktów(20.714.400,00PIN)

Oferta 2 - 77,99 punktów (20.638.800,00 PLN)

Oferta 3 - 71,28punktów (22.581.720,00 PLN)

Oferta 4 - 79,89 punktów (20.149.290,00 PLN)

Oferta 5 - 80,00 punktów (20.120.940,00 PLN)

Punktacja w kryterium „Ładowność samochodu” miała być przyznawana wg poniższego wzoru:

Ładowność samochodu badana/Ładowność samochodu najwyższa x 100 x 20%

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 6 listopada 2014 roku, Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 5 (oferta) w pozycji „Oferujemy samochód o ładowności...” należy podać ładowność obliczoną jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia a masą całkowitą określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia.

W związku z powyższym, Odwołujący we wskazanej w załączniku nr 5 pozycji wskazał, że oferuje samochód o ładowności 13,9 tony (22 tony dopuszczalnej masy całkowitej - 8.1 tony masy własnej = 13.9 tony ładowności), obliczoną zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 6 listopada, na co wyraźnie wskazał w składanej przez siebie ofercie (dowód - oferta Odwołującego).

*Wykonawcy w złożonych ofertach oświadczyli, iż oferują samochody o następującej ładowności: Oferta 1 -13,9 **tony**, Oferta 2 -10,35, **tony** Oferta **3-8,6 tony**, Oferta4-10,289 **tony**, Oferta **5-11,26 tony**.*

Wskazując na powyższy, przyjęty w SIWZ sposób wyliczenia punktacji (wzór działania matematycznego) w kryterium „Ładowność samochodu” poszczególne oferty winny uzyskać następującą liczbę punktów:

Oferta 1-20 punktów

Oferta 2 - 14,89 punktów

Oferta 3-12,37 punktów

Oferta 4-14,8 punktów

Oferta 5-16,2 punktów

W związku z powyższym punktacja w kryteriach oceny ofert winna kształtować się następująco:

Oferta 1 - 97.71 punktów - oferta najkorzystniejsza zgodnie z treścią SIWZ i art. 91 ust 1 ustawy,

Oferta 2 - 92,88 punktów,

Oferta 3 - 83,65 punktów,

Oferta 4 - 94,69 punktów,

Oferta 5 - 96,20 punktów.

W dniu 2 grudnia 2014 roku Zamawiający, wystosował do Odwołującego pismo z żądaniem wyjaśnienia treści złożonej oferty przez wskazanie masy własnej oferowanego podwozia SCANIA N 321 P 320.

Odwołujący, w odpowiedzi z dnia 5 grudnia oświadczył Zamawiającemu, że przede wszystkim zgodnie ze SIWZ Zamawiający nie wymagał w żadnym jej punkcie wskazania masy własnej oferowanego podwozia w związku z czym pismo z dnia 2 grudnia nie może stanowić żądania wyjaśnień do złożonej oferty, a jedynie jako żądanie podania informacji dodatkowych. Pomimo tych uwag Odwołujący poinformował, że zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji oferowanego podwozia jego masa własna wynosi 8100 kg i w związku z tym oferowana ładowność samochodu obliczona jako różnica pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia wskazaną w homologacji podwozia, a masą własną podwozia wynosi 13.900 kg.

Pomimo, powyższej korespondencji, w dniu 8 grudnia 2014 roku, Zamawiający poinformował pisemnie Odwołującego, iż w trybie art. 87 ust 1 pkt 3 ustawy poprawił w jego ofercie inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ i przyjął, że Odwołujący oferuje samochód o ładowności 9,9 tony nie informując o sposobie przyjętych wartości do obliczenia ładowności oferowanych przez Odwołującego samochodów, jednocześnie Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 9 grudnia 2014 roku Zamawiający, po zauważeniu swojego błędu proceduralnego unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia poprzedniego i wystosował do Odwołującego pismo z informacją o poprawie omyłki powodującej niezgodność oferty ze SIWZ. Czynność ta nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający przyjął wartość dopuszczalnej masy całkowitej oferowanego przez Odwołującego samochodu w wysokości 18.000 kg co jest wartością niezgodną z rzeczywistością. Zamawiający nie wyjaśnił Odwołującemu, dlaczego przyjmuje taką wartość i w związku z czym poprawia w jego ofercie wartość ładowności oferowanego samochodu na 9,9 tony. Odwołujący miał prawo odnieść się do poprawki Zamawiającego w terminie 3 dni pod rygorem przyjęcia, iż brak odpowiedzi będzie poczytywane jako zgoda na poprawienie oczywistej omyłki (kolejny błąd proceduralny).

Odwołujący w dniu 10 grudnia 2014 roku wystosował do Zamawiającego pismo, w którym wyraźnie informuje, że nie wyraża zgody na poprawienie jego oferty w sposób zaprezentowany w piśmie z dnia 8 grudnia 2014 r., gdyż czynność Zamawiającego nie

stanowi poprawy oczywistej omyłki w rozumieniu powoływanych przepisów ustawy. Wykonawca jednocześnie wyraźnie oświadczył, że złożona przez niego oferta jest zgodna ze wszystkimi postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz zgodna z przepisami ustawy i w związku z tym nie podlega ona odrzuceniu.

Pomimo wskazanych powyżej okoliczności, Zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 roku odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W wyniku dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 12 grudnia 2014 roku Zamawiający naruszył przepisy art. 2 pkt 5, art 91 ust 1 oraz art 7 ustawy.

Na dowód swoich twierdzeń i w związku z tym poprawności złożonej oferty - Odwołujący przedstawia oświadczenie SCANIA Polska S.A., zgodnie z którym deklarowanym parametrem wskazanym w wyciągu ze świadectwa homologacji dla oferowanego przez Odwołującego podwozia P320 - Dopuszczalna Masa Całkowita wynosi 22 tony. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał od Wykonawców oświadczenia wskazywania parametru masy własnej.

W związku z przyjętą wartością dopuszczalnej masy całkowitej podwozia (22 tony) oraz masy własnej podwozia (8,1 tony) podana przez Odwołującego w ofercie ładowność samochodu (13,9 tony) obliczona zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, jest zgodna ze stanem rzeczywistym, a czynność dokonana przez Zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy, co w sposób istotny wpłynęło na wynik prowadzonego postępowania przetargowego, w wyniku czego została wybrana oferta, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy.

Na dowód niniejszym wywodom Odwołujący przedstawia również pismo z dnia 10 grudnia 2014 roku wystosowane do Odwołującego przez Państwowy Instytut Badawczy - Centrum Naukowo - Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej, z którego to wynika, że w przypadku samochodów specjalnych, o tym, jaka jest dopuszczalna masa całkowita decyduje producent pojazdu lub podwozia bazowego. Z przedmiotowego pisma wynika wprost poprawność złożonej oferty przez Odwołującego w postępowaniu, od którego wnoszony jest niniejszy środek ochrony prawnej.

W związku z powyższym odwołanie jest uzasadnione.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust 2 pkt 1-3 Zamawiający jest zobligowany dokonywać z urzędu poprawek oczywistych omyłek pisarskich. Wskazanie w pkt 3 nieostrego terminu „innej omyłki” pomimo braku definicji legalnej nie powoduje dowolności w interpretacji (rozszerzającej) przepisu przez Zamawiającego i w związku z tym do dobrowolności jego stosowania. Takie rozumienie tego przepisu powodowałoby

wypaczenie, każdego prowadzonego postępowania zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z przyjętą i już utrwaloną linią orzecniczą, za inne oczywiste omyłki powodujące niezgodność oferty ze SIWZ należy uznać takie, które muszą być zbliżone swym charakterem do niedokładności błędu pisarskiego lub rachunkowego. Za istotne zatem należy uznać te oświadczenie wykonawcy składane w ofercie, które są skonkretyzowane i niezmiennie i w związku z tym nie podlegają one poprawie w myśli przepisu art 87 ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu oświadczenie Odwołującego miało charakter istotny, i nie podlega ono poprawie w rozumieniu przywoływanego przez Zamawiającego przepisu. Wskazać również należy, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych do dokonywania wobec Odwołującego zaskarżanych czynności.

Oferta Odwołującego została złożona zgodnie z SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ i przepisami ustawy.

Wskazać również należy nawiązując do wyroku KIO o sygn. akt KIO 429/12, że z omyłką mamy do czynienia w sytuacji gdy Zamawiający może dokonać jej poprawienia samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Istotne jest, aby przy ocenie omyłkowej treści oferty nie ulegało żadnej wątpliwości, że faktycznie treść ta stanowi omyłkę. Ponadto istotne jest, aby nie ulegało wątpliwości jaka treść w miejsce treści omyłkowej powinna znaleźć się w treści oferty.

W związku z tym, Zamawiający w postępowaniu wbrew przepisom art. 87 ustawy dokonał czynności poprawy omyłki i w konsekwencji odrzucił ofertę Wykonawcy. Sam Zamawiający żądał złożenia od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp (2 grudnia), a gdy je uzyskał, wbrew ich treści dokonał nieuprawnionej czynności w rozumieniu przepisów art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 o sygn. akt XII GA 429/09 stwierdził, że przepis art. 87 ust 2 pkt 3 jest wyjątkiem od zasady, że złożona oferta musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i został wprowadzony w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic, które muszą jednak mieścić się w pojęciu "omyłki". Celem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z SIWZ (wyrok z dnia 3 kwietnia 2012 r., KIO 556/12).

Podobnie w wyroku KIO/UZP 11/09, w którym to Izba stwierdziła, iż omyłki, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy.

Z przytoczonego wyroku wynika, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy musi być oczywista dla Zamawiającego i wynikać w jednoznaczny sposób z treści oferty. Nie

ulega wątpliwości, że wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie oraz że działania Zamawiającego nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych postanowień oferty. Wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty.

Podobnie w wyroku KIO z dnia 30 września 2014 roku o sygn. akt KIO 1891/14, w którym to Izba stwierdziła, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści ofert zmian innych niż istotne).

W myśl przywołanego powyżej utrwalonego orzecznictwa, Odwołujący podniósł, że nie popełnił w złożonej przez siebie ofercie omyłki w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący wskazywał w wyjaśnieniach z dnia 5 i 10 grudnia 2014 roku, że jego oferta jest zgodna ze stanem rzeczywistym i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w tym ze SIWZ, oraz, że nie wyraża zgody na poprawienie jego oferty.

Odwołujący argumentował, że powołane orzecznictwo wskazuje, na dokonanie przez Zamawiającego czynności sprzecznej z ustawą i w związku z tym, dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszej. Gdyby Zamawiający nie dokonywał tej czynności to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza i w związku z tym niniejsze odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieuprawnionej czynności zmiany istotnej treści oferty, która była zgodna z postanowieniami SIWZ jednocześnie zmieniając treść oświadczenia Odwołującego w złożonej przez niego ofercie.

W konsekwencji, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy. Przez najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu przywołanych przepisów należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Wybór taki jest możliwy tylko wtedy, gdy kryteria są niezmiennie stosowane przy ocenie każdej oferty, w tym samym postępowaniu oraz skonkretyzowane, wymierne i zobiektywizowane (umożliwiające dokonanie obiektywnej oceny ofert). Uczestnik postępowania powinien od chwili jego wszczęcia znać zasady i warunki jego udziału. Ponadto, zgodnie z fundamentalną zasadą legalizmu określoną w przepisie art. 7 ust 3 ustawy zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący podał, że w kryteriach oceny ofert najwyższą liczbę punktów uzyskuje oferta Odwołującego, w związku z czym to jego oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku dokonanych sprzecznych z ustawą czynności przez Zamawiającego; wynik postępowania jest sprzeczny z przywołanymi przepisami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o orzeczenie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 grudnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu co potwierdził Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe przy ulicy Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie*

internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 12 wrze23 grudnia 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 24 grudnia 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego - wykonawcę W. ISS Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna ul. Leszczyńska 22 43-300 Bielsko Biała:

- dowód nr 1 – pismo z dnia 29 grudnia 2014 r. pochodzące od Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej Państwowy Instytut Badawczy (1 karta),
- dowód nr 2 – świadectwo dopuszczenia nr 1523/2013 Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej Państwowy Instytut Badawczy (1 karta),
- dowód nr 3 – wzór Oświadczenia o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji i ewidencji pojazdów (1 karta).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pismo z 8 stycznia 2014 roku zatytułowane *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie roku* wnosząc o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie, dopuszczenie dowodu z zeznań członka komisji przetargowej Zamawiającego – R. M., zwrócenie się do importera pojazdów SCANIA o złożenie homologacji podwozia SCANIA P320 lub o złożenie przez Importera pojazdów SCANIA oświadczenia zawierającego informację o parametrach podwozia SCANIA P320 oferowanego przez Odwołującego dotyczących dopuszczalnej masy całkowitej, technicznie dopuszczalnej masy całkowitej/ maksymalnej lub maksymalnej masy całkowitej, pozwalających na zarejestrowanie pojazdu i dopuszczenie do ruchu w RP oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył *Pismo procesowe uczestnika postępowania* z dnia 7 stycznia 2014 roku wnosząc o oddalenie odwołania, składając dowody załączone do pisma potwierdzające próbę wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Odwołującego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w punkcie 16 – *Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert* Zamawiający wskazał w punkcie 16.1:

Kryterium: *cena – 80 %*

Kryterium: *Parametry techniczne (ładowność samochodu) – 20 %*

16.3 Punktacja za kryterium „Ładowność samochodu” będzie wyliczona wg wzoru:

Ładowność samochodu badana

----- x 100 x 20%

Ładowność samochodu najwyższa (z ważnej oferty)

16.4 Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie uzyskania największej ilości punktów (suma punktów kryterium: cena + ładowność samochodu) obliczonych według wzoru z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W wyjaśnieniach do SIWZ:

- z dnia 23 października 2014 roku w odpowiedzi na pytanie 19 Zamawiający podał: *Zamawiający będzie oceniał oferty na podstawie parametrów technicznych podanych w homologacji podwozia,*
- z dnia 30 października 2014 roku w odpowiedzi na pytanie 1 Zamawiający podał: *Zamawiający będzie dokonywał oceny ładowności na podstawie dopuszczalnej masy całkowitej,*
- z dnia 6 listopada 2014 roku w odpowiedzi na pytanie 1 Zamawiający podał: *W załączniku nr 5 „Oferta” w pozycji „Oferujemy samochód o ładowności.....” należy podać ładowność obliczoną jako różnica pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia a masą własną podwozia określoną w wyciągu w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia.*

Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego odwoływali się do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku *w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia* (tekst jednolity: Dz. U. z 22 sierpnia 2013 roku poz. 951 złącznik do Obwieszczenia Ministra Transportu, budownictwa i gospodarki morskiej z dnia 6 czerwca 2013 roku *w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia*; dalej: rozporządzenie z 2002 roku). Odwoływali się również do ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu Drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1137, 1448 ze zmianami; dalej ustawa Prawo o ruchu drogowym)

Odwołujący powołał Rozporządzenie Ministrów: Spraw Wewnętrznych, Obrony Narodowej, Finansów oraz Sprawiedliwości z dnia 17 października 2014 roku *w sprawie warunków technicznych pojazdów specjalnych i używanych do celów specjalnych Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, kontroli skarbowej, Służby Celnej, Służby Więziennej i straży pożarnej* (Dz. U. z 20 października 2014 roku pozy.1421; dalej rozporządzenie z 2014 roku).

Uczestnik postępowania odwoławczego powołał Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. *w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania* (Dz. U. nr 143 poz.1002; dalej: rozporządzenie z 2007 roku).

Stan sprawy przedstawiony w uzasadnieniu odwołania jest spójny i odzwierciedla przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności na potrzeby rozpoznania sprawy konieczne jest ustalenie znaczenia określonych przez Zamawiającego w SIWZ kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium: Parametry techniczne.

Z wyjaśnień Zamawiającego poczynionych na rozprawie i zawartych w odpowiedzi na odwołanie wynika, że rozumienia znaczenia kryterium: *parametry techniczne* w zakresie uszczegółowionym, w wyjaśnieniach do SIWZ, *ładowności samochodu obliczonej jako różnica pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą a masą własną podwozia określonymi w wyciągu ze świadectwa homologacji* dokonał przez odniesienie określonych przez siebie pojęć w SIWZ do ustawy Prawo o ruchu drogowym (art. 66 ust. 1 i 5) i wydanego na jej podstawie rozporządzenia z 2002 roku (§ 3 ust. 1 pkt 6), z których to przepisów wynika, że dopuszczalna masa całkowita pojazdu, z zastrzeżeniem ust. 2-13, nie może przekraczać w przypadku dwuosobowego pojazdu samochodowego 18 ton.

Jednakże, należy to podkreślić, informacja taka nie została zawarta w SIWZ jak również w wyjaśnieniach do SIWZ tzn. w żadnym dokumencie Zamawiający nie wskazał na powyższe przepisy, jak również nie określił w SIWZ i wyjaśnieniach, że maksymalna dopuszczalna masa całkowita pojazdu nie może przekraczać 18 ton.

Wyjaśnienia czynione na rozprawie stanowią dodatkowe, nieokreślone w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia doprecyzowanie, ograniczenie określonego w SIWZ parametru technicznego stanowiącego kryterium oceny ofert. Niewątpliwie słuszny był argument Zamawiającego, że ma prawo określić kryteria oceny ofert, jednakże nie można zgodzić się tym, że ich doprecyzowanie, a w zasadzie określenie przez odwołanie się do konkretnych aktów prawnych następujące dopiero na etapie oceny ofert jest prawidłowe. Zamawiający powoływał, że są to przepisy powszechnie obowiązujące oraz uzasadniał, że są powszechnie znane, co również wskazywał uczestnik postępowania. Nie można uznać za prawidłowe odnoszenie się w sposób dorozumiany do danych definicji zawartych w aktach prawnych, których to aktów prawnych nie powołuje się w dokumentacji postępowania o zamówienie.

Nie można również pominąć faktu, że w rozporządzeniu z 2002 roku jednoznacznie zostało wskazane, że przepisów rozporządzenia nie stosuje się do pojazdu specjalnego lub używanego do celów specjalnych Policji, Biura Ochrony Rządu, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu

Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, kontroli skarbowej i Służby Celnej, Służby Więziennej i straży pożarnej, z wyjątkiem oznakowania określonego dla pojazdu uprzywilejowanego (§ 1 ust. 1 pkt 2).

Wynika z tego, że Zamawiający nie wyjaśnił znaczenia zdefiniowanych przez siebie pojęć a próbując w trakcie oceny ofert odnieść się do definicji zawartych w przepisach rozporządzenia z 2002 roku (których to definicji nigdzie w dokumentacji postępowania nie zdefiniował czy to przez ich opisanie czy odniesienie do danego aktu prawnego) powołał akt prawny, który nie ma zastosowania w stosunku do pojazdów specjalnych. Natomiast Prawo o ruchu drogowym wskazuje, jak należy rozumieć pojęcia: dopuszczalna masa całkowita – największą określoną właściwymi warunkami technicznymi masę pojazdu obciążonego osobami i ładunkiem, dopuszczonego do poruszania się po drodze (art. 2 pkt 54) oraz maksymalna masa całkowita – największą masę pojazdu obciążonego osobami i ładunkiem, określoną przez producenta pojazdu (art. 2 pkt 61) – jednakże i te definicje nie zostały powołane w SIWZ i wyjaśnieniach do SWIZ oraz nie określają żadnych dodatkowych wymagań dla pojazdów specjalnych dwuosioowych – w zasadzie, w przypadku samochodów specjalnych te dwie definicje dotyczą tej samej masy, z uwagi na brak ograniczenia w przepisach maksymalnej masy dopuszczającej do poruszania się po drogach, na co wskazywał również Odwołujący.

Sytuacja ta potwierdza jedynie to, że nie można określać kryteriów oceny ofert w sposób dorozumiany; to co nie zostało podane w opisie kryterium i sposobie oceny tego kryterium tego nie można brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny, a w szczególności przepisów, które nie obowiązują w danym stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 66 ust. 7 ustawy Prawo o ruchu drogowym Minister właściwy do spraw wewnętrznych, Minister Obrony Narodowej, minister właściwy do spraw finansów publicznych oraz Minister Sprawiedliwości, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw transportu, określają, w drodze rozporządzenia, warunki techniczne pojazdów specjalnych i używanych do celów specjalnych Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, kontroli skarbowej, Służby Celnej, Służby Więziennej i straży pożarnej. Na podstawie tego przepisu zostało wydane rozporządzenie z 2014 roku (wymienione w ustaleniach) obowiązujące od dnia 21 października 2014 roku. Wskazać należy, że Zamawiający udzielił wszystkich wyjaśnień do SWIZ w zakresie kryteriów oceny ofert po dacie wejścia w życie ww. rozporządzenia. Zgodnie z rozporządzeniem z 2014 roku maksymalna masa całkowita pojazdu, rozkład tej masy na osie oraz masa przypadająca na każdą z osi nie przekracza maksymalnych wartości określonych przez producenta pojazdu (§ 4 ust. 1). Rozporządzenie to, co potwierdził również uczestnik postępowania odwoławczego, nie posługuje się określeniem

dopuszczalna masa całkowita pojazdu. Tym samym wskazywane przez Odwołującego rozumienie, że dopuszczalna masa całkowita w przypadku pojazdów specjalnych jest równa maksymalnej masie całkowitej jest prawidłowe, bowiem w przypadku pojazdów specjalnych nie ma ograniczenia jakie zawarte jest w stosunku do innych pojazdów, których warunki techniczne reguluje rozporządzenie z 2002 roku i określa, że dopuszczalna masa całkowita nie może przekraczać osiemnastu ton.

Dowody przedstawione przez Odwołującego potwierdzają, że w zakresie pojazdów specjalnych Świadectwo dopuszczenia wydawane było również dla pojazdów, które przekraczały określony w rozporządzeniu z 2002 roku próg osiemnastu ton (dowód nr 2). Zamawiający kwestionował ten dowód, podnosząc że odnosi się on do innego rodzaju pojazdu, tj. do ciężkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego, natomiast przedmiotem zamówienia jest samochód zaopatrzeniowy, jednakże co do istoty wyjaśnił, że samochód ww., *jako pojazd specjalny o masie 18 615 kg, może poruszać się po drogach, co wynika z obowiązujących rozporządzeń*. Nie wskazał natomiast na konkretny akt prawny. Stanowisko Zamawiającego, w tym przypadku, potwierdza argumentację Odwołującego, która to argumentacja Odwołującego ugruntowana została również stanowiskiem samego Zamawiającego zawartym w piśmie Iveco Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 4 grudnia 2014 roku załączonym do odpowiedzi na odwołanie (wymienione w spisie załączników w pozycji 8 – Informacja Iveco Poland Sp. z o.o.), w którym czytamy między innymi: *Dla pojazdu dwuosowego w Polsce dopuszczalna masa całkowita ograniczona jest więc do 18000kg, nawet, gdy określona w p.16.1 Świadectwa zgodności masa maksymalna jest wyższa od tej wartości. Nadmieniam, że pojazdy pożarnicze nie są objęte tymi wymogami i MMR może przekraczać ten parametr*.

W powołanym piśmie (Iveco Poland Sp. z o.o.) wyjaśnione zostało również, co argumentował na rozprawie także Odwołujący, że dokument wyciąg ze świadectwa homologacji jest obecnie dokumentem nieistniejącym, a w to miejsce wystawiana jest Świadectwo Zgodności (lub Świadectwo Zgodności WE). Masa własna pojazdu nie występuje w Świadectwie Zgodności a jej odpowiednikiem jest masa pojazdu w stanie gotowym do jazdy. Natomiast krajowe przepisy w zakresie rejestracji i ewidencji pojazdów wymagają podania masy własnej to producent / importer pojazdu ma obowiązek wystawić dla pojazdów kompletnych i skompletowanych *Oświadczenie o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji i ewidencji pojazdów*. W tym to oświadczeniu podawana jest masa własna pojazdu jak również dopuszczalna masa całkowita pojazdu. Odwołujący złożył wzór takiego oświadczenia (dowód nr 3), ponieważ samo oświadczenie dla nieistniejącego jeszcze pojazdu nie może być złożone (co również w zakresie niemożliwości złożenia Świadectwa Zgodności podniesione zostało w piśmie Iveco Poland Sp. z o.o.) i we wzorze tego dokumentu wskazana jest dopuszczalna masa całkowita pojazdu [kg] - 22000. Zaznaczyć

należy, że dowód nr 3 nie był kwestionowany ani przez Zamawiającego ani przez uczestnika postępowania odwoławczego. Jeden z pełnomocników Odwołującego, który został upoważniony w imieniu Scania Polska S.A. z siedzibą w Starej Wsi do składania oświadczeń woli w imieniu spółki, złożył oświadczenie, że możliwa jest rejestracja samochodu specjalnego o dopuszczalnej masie całkowitej 22 tony i niezbędne dokumenty zostaną dostarczone wraz z pojazdami.

Zaznaczyć należy również, że powołane przez uczestnika postępowania odwoławczego rozporządzenie z 2007 roku również nie zostało wymienione w SIWZ i wyjaśnieniach, jednocześnie, zgodnie z załączonym do odwołania oświadczeniem Scania Polska Sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2014 roku zaoferowane przez Odwołującego podwozia P320 posiadają dopuszczalną masę całkowitą wynoszącą 22 tony, potwierdzoną deklarowanym parametrem w wyciągu ze świadectwa homologacji, co również zostało potwierdzone we wzorze dokumentu *Oświadczenie o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji i ewidencji pojazdów* (dowód nr 3), który podpisała osoba upoważniona do podpisywania pod dokumentami homologacyjnymi.

Reasumując powyższe, Zamawiający określił kryteria oceny ofert, dokonał tego w bardzo ogólny i nieprecyzyjny sposób a ich uszczegółowienia dokonał dopiero na etapie oceny ofert, co jest niedopuszczalne.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy:

Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona)

Zamawiający, w sposób nieuprawniony, przyjmując jako podstawę swojego działania sposób oceny w kryterium parametry techniczne a oparty na znaczeniach określonych w przepisach prawa (o czym była mowa powyżej), które stosował w sposób dorozumiany, i w oparciu o nie dokonał poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego, przyjmując jako dopuszczalną masę całkowitą - 18 ton. Tak dokonana czynność Zamawiającego była nieprawidłowa. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy potwierdził się.

Dodatkowo należy wskazać, że Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, czym stwierdziła, że Zamawiający przy ocenie ofert w kryterium technicznym posłużył się kryteriami oceny ofert nieokreślonymi w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Przyjęcie przez Zamawiającego do oceny ofert kryteriów, które nie zostały określone w SIWZ w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego dokonania poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust 2 pkt 7 ustawy:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 89 ust. 2 pkt 3;

Uwzględniając fakt uznania przez Izbę zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, Izba wskazuje, że w konsekwencji tamtego naruszenia Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył art. 89 ust. 2 pkt 7 ustawy.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych niż wskazane w SIWZ kryteria oceny ofert, przez to, że Zamawiający dokonał zmiany sposobu oceny w kryterium parametr techniczny przez dokonanie oceny z uwzględnieniem wymagań co do dopuszczalnej masy całkowitej (max. 18 ton) niewyartykułowanych w SIWZ i wyjaśnieniach do SIWZ oraz opierając swoje czynności na niewyartykułowanych w ww. dokumentach przepisach, które nie obowiązują w przypadku pojazdów specjalnych. Wynika powyższe z faktu, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, który nie wyraził zgodny na dokonanie poprawy inne omyłki.

Zamawiający ma obowiązek dokonywać oceny ofert na podstawie kryteriów i sposobu ich oceny zawartych dokumentacji postępowania i nie istnieją od tej reguły wyjątki.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy:

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w odwołaniu, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także*

środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zamawiający niewątpliwie naruszył powyższe zasady dokonując czynności w postępowaniu niezgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 2 pkt 7 ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: