

WYROK
z dnia 5 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawcę **R. P., prowadzącego w Spóroku działalność gospodarczą pod nazwą R. P., Megamaszyny**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Wrzesiński z siedzibą we Wrześni**

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie w części dotyczącej zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. w Warszawie i zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę w zakresie części 1 zamówienia,**
2. **uwzględnia odwołanie w pozostałej części i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. P., prowadzącego w Spóroku działalność gospodarczą pod nazwą R. P., Megamaszyny w części ½ oraz Powiat Wrzesiński z siedzibą we Wrześni w części ½ i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. P., prowadzącego w Spóroku działalność gospodarczą pod nazwą R. P., Megamaszyny,**
 - 3.2. **zasądza od Powiatu Wrzesińskiego z siedzibą we Wrześni na rzecz R. P., prowadzącego w Spóroku działalność gospodarczą pod nazwą R. P., Megamaszyny kwotę 9.300 zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy).**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Wrzesiński z siedzibą we Wrześni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa, rozmieszczenie, instalacja i montaż sprzętu i urządzeń do Centrum Badań i Rozwoju Nowoczesnych Technologii w celu realizacji projektu pn. „Rozwój szkolnictwa zawodowego na terenie powiatu wrzesińskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 kwietnia 2018 r., nr 2018/S 077-171261.

10 sierpnia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy R. P., prowadzącemu w Spóroku działalność gospodarczą pod nazwą R. P., Megamaszyny, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze w części 1 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Abplanalp sp. z o.o. w Warszawie. W dniu 11 września 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 zamówienia.

Wobec:

- 1) czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia,
 - 2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 3) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Abplanalp w zakresie zadania 1
- odwołujący wniósł 21 września 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w części 1,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Abplanalp, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Abplanalp, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Abplanalp, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu ważności wadium.

- 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy Abplanalp, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Abplanalp jako najkorzystniejszej w części 1,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1,
- 4) odrzucenia oferty Abplanalp jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 5) wykluczenia wykonawcy Abplanalp z postępowania,
- 6) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych w części 1 postępowania przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że jako przyczynę faktyczną unieważnienia postępowania zamawiający podał wystąpienie rozbieżności pomiędzy podanymi ilościami sprzętu w opisie przedmiotu zamówienia a ilościami w załączniku 1 a - załączniku do formularza ofertowego. Odwołujący wywiódł, że wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła, tj. jakakolwiek wada postępowania, w tym w szczególności wystąpienie jakichkolwiek rozbieżności w dokumentach przetargowych. Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest zobligowany wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przepisów Pzp. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Zdaniem odwołującego w decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie wskazał żadnego związku pomiędzy zaistniałymi okolicznościami a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie odniesiono się w żaden sposób do art. 146 ustawy Pzp.

Według odwołującego nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest fakt, że wykonawcy dysponowali w postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia dokładnym zestawieniem ilościowo- przedmiotowym sprzętu wraz z rysunkami stanowisk pracy, które zinterpretowane zostały przez wszystkich jednoznacznie. W dokumencie podano

jednoznaczne ilości wymaganego asortymentu. Odwołujący wywiódł, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Z kolei choć art. 146 ust. 6 ustawy Pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się bowiem zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nawet nie próbował wykazać jaki wpływ na oferty miała rzekoma wada postępowania. Nie odrzucono żadnej z ofert ze względu na wystąpienie opisanej w unieważnieniu wady.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wykonawca Abplanalp nie wydłużył terminu związania ofertą i terminu ważności wadium. W związku z upływem terminu ważności wadium i związania ofertą wykonawca winien był dokonać ich przedłużenia. Wobec zaniechania dokonania tych czynności zamawiający winien był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że treść oferty wykonawcy Abplanalp nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca zaoferował urządzenia, które nie spełniają wymogów postawionych przez zamawiającego. Niezgodności te wynikają wprost z kwestionowanej przez odwołującego oferty lub ogólnodostępnych kart katalogowych oferowanych urządzeń. W kilku przypadkach wykonawca Abplanalp dopuścił się wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie parametrów urządzeń. Dane techniczne zostały tak zmodyfikowane aby dostosować je do oczekiwań zamawiającego. Szczegółowy opis niezgodności treści oferty z treścią SIWZ odwołujący dołączył do odwołania jako załącznik nr 1. Argumentował, że w toku badania i oceny ofert zamawiający nie wyjaśniał stwierdzonych przez odwołującego niezgodności, nie dokonywał również poprawienia oferty w przewidzianych ustawą trybach. Zaistniałe rozbieżności są na tyle istotne, że przesądzają o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Nie mogą być traktowane jako omyłki. W większości przypadków zaoferowanie urządzeń, które

nie spełniały parametrów wymaganych przez zamawiającego pozwoliło na znaczne obniżenie ceny oferty. W jednej z pozycji zamawiający został wprowadzony przez Abplanalp w błąd co do parametrów oferowanego urządzenia. Wykonawca zaoferował miernik elektroniczny jednego producenta a podał parametry miernika innego producenta. Oferta wykonawcy Abplanalp jest ofertą wariantową. W kilku pozycjach wykonawca w opisie oferowanych urządzeń zastosował określenia typu „sprzęt o równoważnych lub lepszych parametrach”, przez co należy rozumieć, że zakłada możliwość zaoferowania innych urządzeń, niż wskazał w ofercie. W prowadzonym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę wykonawcy Abplanalp sp. z o.o., ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do wykonawcy Abplanalp z 27 lipca 2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. 6 sierpnia 2018 r., wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą z 6 sierpnia 2018 r. skierowane do wykonawcy Abplanalp, oświadczenie ww. wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium z 6 sierpnia 2018 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 z 9 sierpnia 2018 r., zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w części 1, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w części 1 została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Następnie postępowanie w tej części zostało unieważnione. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy wybranego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty w części 1 oraz unieważnienia czynności

unieważnienia postępowania w tej części. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia wybranego wykonawcy z udziału w postępowaniu lub zaniechał odrzucenia jego oferty oraz bezprawnie unieważnił postępowanie skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia wykonawcy wybranego względnie odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w części dotyczącej zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. w Warszawie i zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę w zakresie części 1 zamówienia.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *odwołanie wnosi się: w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.* W myśl zaś art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Dostrzec należało, że w analizowanej sprawie odwołujący o tym, iż zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. i nie odrzucił jego oferty w części 1 dowiedział się już w dniu 10 sierpnia 2018 r. W tym dniu zamawiający przesłał odwołującemu, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 oferty złożonej przez wykonawcę Abplanalp sp. z o.o. Z tą też datą odwołujący powziął zatem wiadomość, że zamawiający po zbadaniu oferty jego konkurenta nie odrzucił jego oferty w części 1, ani nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania.

W tej sytuacji 10-dniowy termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wykluczenia Abplanalp i zaniechania czynności odrzucenia jego oferty w części 1 upływał odwołującemu 20 sierpnia 2018 r. Tymczasem odwołanie wobec zaniechania ww. czynności wniesiono do Prezesa Izby dopiero w dniu 21 września 2018 r., a zatem ponad miesiąc po upływie ustawowego terminu. Podkreślić należy, że termin z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest terminem zawitym. Wraz z jego upływem wygasło odwołującemu prawo do kwestionowania spornych zaniechań. Nic w tej kwestii nie zmieniła kolejna czynność zamawiającego z 11 września 2018 r. W dacie tej zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w części 1. Tego dnia rozpoczął bieg termin

na wniesienie odwołania ale wyłącznie wobec nowej czynności, jakiej zamawiający dokonał w postępowaniu, a mianowicie czynności unieważnienia postępowania w części 1. Unieważnienie nie zmieniło natomiast pierwotnego stanowiska zamawiającego prezentowanego od 10 sierpnia 2018 r. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy Abplanalp sp. z o. o. i odrzucenia jego oferty w części 1. Wobec powyższego, Izba postanowiła, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odrzucić odwołanie w części dotyczącej zaniechania wykluczenia wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia jego oferty, gdyż zostało wniesione po upływie ustawowego terminu.

Odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało na uwzględnienie

Jak wynika z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

Stosownie do art. 93 ust. 3 Pzp *o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:*

- 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,*
 - 2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert*
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Ustalono, że w zawiadomieniu o unieważnieniu części 1 postępowania zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie w części 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swej czynności wskazał jedynie, że *wada postępowania polega na rozbieżnościach pomiędzy podanymi ilościami sprzętu w opisie przedmiotu zamówienia, a ilościami w załączniku 1a – załącznik do formularza ofertowego dla części 1.*

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej uzasadnienie faktyczne kwestionowanej czynności podzielono stanowisko odwołującego, że zamawiający w ww. uzasadnieniu nie wykazał, ani nawet nie twierdził, iż niezgodność między opisem przedmiotu zamówienia a wzorem załącznika nr 1a do SIWZ miała lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Jak słusznie wskazał odwołujący, przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wyraźnie odsyła do przesłanek unieważnienia umowy wynikających z art. 146 ustawy Pzp. Katalog przesłanek unieważnienia z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jest zamknięty. Żadna z przyczyn wskazanych w tym przepisie nie wystąpiła w analizowanej sprawie. Zatem w grę musiała wchodzić generalna podstawa unieważnienia umowy opisana przez ustawodawcę w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Jak wynika z tego przepisu, powodem unieważnienia postępowania może być dopuszczenie się przez zamawiającego takiej czynności lub zaniechania niezgodnego z ustawą, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W świetle przytoczonego przepisu niewystarczające jest stwierdzenie jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy, ale naruszenia kwalifikowanego i istotnego w tym stopniu, że odcisnęło lub może odcisnąć swe piętno na wyniku postępowania. Oczywistym jest także, że za wynik w rozumieniu tego przepisu uznaje się wybór danej oferty jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że zamawiający w uzasadnieniu swej czynności w ogóle nie odnosił się do kwestii wpływu naruszenia na wynik postępowania. Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, że zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest podać przy unieważnieniu postępowania uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności. Dostrzec należało, iż uzasadnienie czynności unieważnienia, jakie sporządził zamawiający było bardzo lakoniczne, sprowadzało się tylko do wskazania istnienia rozbieżności między opisem przedmiotu zamówienia a załącznikiem nr 1a do SIWZ. Jak słusznie wskazał odwołujący, zamawiający w uzasadnieniu swej czynności nie podjął nawet próby wykazania, że wskazywana przez zamawiającego rozbieżność miała lub może mieć jakiś wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Już choćby z samego tego powodu zaskarżona czynność zamawiającego nie mogła się ostać.

Za spóźnione należało uznać podawanie dodatkowych przyczyn uzasadnienia w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy. Zamawiający w swym piśmie i w trakcie postępowania odwoławczego wskazywał, że w jego ocenie oferty złożone w postępowaniu miały okazać się nieporównywalne. Argumentował także, że w jego ocenie załącznik nr 1a do SIWZ i OPZ są dokumentami równoważnymi. Wskazanie tych przyczyn dopiero na tym etapie należało uznać za niedopuszczalne.

Z ostrożności jednak odnosząc się do argumentacji zamawiającego dostrzec należało, że zgodnie ze wzorem formularza oferty wykonawcy zobowiązani byli oświadczyć zamawiającemu, że oferują mu sprzęt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia (pkt 14 wzoru formularza oferty), a nie zgodnie ze wzorem załącznika nr 1a do SIWZ. Obydwaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, przedstawili zamawiającemu właśnie takie oświadczenie. Co istotne, wypełniony załącznik nr 1a do SIWZ nie był składany wraz z ofertą. Zamawiający w rozdziale X SIWZ w pkt 3 wskazał wyraźnie, że dokument ten będzie składany na wezwanie zamawiającego kierowane trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jedynie przez

wykonawcę, którego ofertę ocenioną najwyżej. W postanowieniu tym określono też cel składania omawianego dokumentu. Miał on być składany wyłącznie *w celu wykazania przez Wykonawcę spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: Zamawiający wymaga opisu produktów, które mają zostać dostarczone, tj. specyfikacji techniczno-funkcjonalnej - uszczegółowione dane techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia, pozwalające zweryfikować wszelkie wymagania minimalne zawarte w treści SIWZ, z podaniem nazw producenta oraz nazw modelu, typu oraz spełnienia każdego z parametrów minimalnych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w OPZ stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.* Dostrzec należało także, że wzór załącznika nr 1a do SIWZ odsyłał do OPZ, więc jego interpretacja musiała uwzględniać także postanowienia opisu przedmiotu zamówienia.

Faktycznie można było we wzorze załącznika 1a do SIWZ dostrzec rozbieżności wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że rozbieżności te nie wpłynęły na treść ofert złożonych w postępowaniu. Wykonawca Abplanalp sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp złożył wypełniony załącznik nr 1a do SIWZ i w załączniku tym wskazał prawidłowe ilości urządzeń wynikające z OPZ. W pozycji 18 wypełnionego załącznika 1a, w kolumnie „liczba sztuk/komplet”, wpisał 1, a wycenił 12 sztuk, tak jak w OPZ. W pozycji 20 wpisał 2, ale wycenił 1 komplet, zgodnie z OPZ. W pozycji 21 w załączniku 1a wpisał „1 sztuka”, ale wycenił 24 sztuki, zgodnie z OPZ. Wreszcie w pozycji 31, gdzie wpisał „1 komplet” zgodnie ze wzorem załącznika nr 1a, ale wycenił 6 sztuk, zgodnie z OPZ. Z kolei drugi wykonawca jak złożył ofertę, to jest odwołujący nie składał wypełnionego załącznika nr 1a do SIWZ, gdyż jego oferty nie oceniono jako najkorzystniejszej. Złożył jednak oświadczenie w pkt 14 formularza oferty o zgodności oferty z OPZ (a nie ze wzorem załącznika nr 1a do SIWZ) i wskazywał na rozprawie, że zrozumiał SIWZ, tak jak wykonawca wybrany, a mianowicie, że wiąże go OPZ.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że opisywana przez zamawiającego rozbieżność nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Żaden z oferentów nie zastosował się do treści błędnego załącznika nr 1a do SIWZ. Nie podzielono argumentacji zamawiającego, że do postępowania mógł nie przystąpić jakiś wykonawca ze względu na opisane rozbieżności. Izba wzięła pod uwagę ich charakter, a mianowicie kwestie krotności sprzętu niemającego charakteru unikalnego. W tej sytuacji trudno było przypuszczać, aby jakiś wykonawca mógł zrezygnować z postępowania wartego kilka milionów złotych, z uwagi na swe wątpliwości co do treści SIWZ. Raczej zależałoby spodziewać się, że zainteresowany wykonawca w opisanej sytuacji wniesie odwołanie, bądź będzie wnioskował do zamawiającego o zmianę treści SIWZ. Kierując się ww. rozważaniami Izba doszła do przekonania, że postępowaniem w części 1 zainteresowani byli tylko dwaj

wykonawcy. Rozbieżności między OPZ a wzorem załącznika nr 1a do SIWZ nie wprowadziły żadnego z wykonawców w błąd, gdyż obaj wycenili, zgodnie z intencją zamawiającego, ilości asortymentu określone w OPZ, co poświadczyli oświadczeniami złożonymi w formularzach ofertowych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż nie zostało wykazane przez zamawiającego, iż rozbieżności w SIWZ w tym przypadku miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp znalazł zatem potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio odrzucenia części odwołania i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów unieważnił bowiem postępowanie w części 1.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo uwzględniła i częściowo odrzuciła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku ½ (zarzuty dotyczące czynności unieważnienia) i spóźnione w pozostałej części (zarzuty dotyczące oferty wybranej). Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3.600 zł (łącznie 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 – 9.300,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: