Sygn. akt: KIO 652/19

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: Bekerfix Sp. z o.o., ul. Fabryczna 9, 88-400 Żnin, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Bekerfix Sp. z o.o., ul. Fabryczna 9, 88-400 Żnin, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: wykonawcę: Bekerfix Sp. z o.o., ul. Fabryczna 9, 88-400 Żnin tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 150 zł 00 gr (słownie: sto pięćdziesiąt złotych zero groszy) od wykonawcy Bekerfix Sp. z o.o., ul. Fabryczna 9, 88-400 Żnin na rzecz zamawiającego: 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt: KIO 652/19

Uzasadnienie

Zamawiający: 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa technicznych środków materiałowych oraz części zamiennych”. Zamówienie zostało podzielone na 11 (jedenaście) zadań. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2019/S 012-023387 w dniu 17 stycznia 2019 r.

W dniu 8 kwietnia 2019 r. wykonawca Bekerfix Sp. z o.o. z siedzibą w Żninie wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego w dniu 29 marca 2019 r. postępowania, w zakresie zadania nr 8, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że w postępowaniu, w zakresie zadania nr 8, na skutek błędu Zamawiającego, powstała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która miałaby polegać na braku możliwości ustalenia czy oferty wykonawców dotyczyły palnika RIELLO czy produktu równoważnego, podczas gdy wada taka nie miała miejsca, ewentualnie: Zamawiający mógł z łatwością tę wadę usunąć w oparciu o wyjaśnienia wykonawców na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp, ewentualnie: wada taka nie miała charakteru istotnego;

2. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców, w tym także Odwołującego, do udzielenia wyjaśnień w zakresie przyczyny niedołączenia do oferty załączników w postaci karty katalogowej i deklaracji zgodności WE podczas gdy Zamawiający był uprawniony i powinien zastosować ww. wezwanie, gdyż wyjaśnienia wykonawców, w tym także Odwołującego, nie doprowadziłyby do zmiany treści złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w zakresie zadania nr 8;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert ewentualnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wezwania wykonawców, w tym Odwołującego, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp,

3. zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów

zastępstwa procesowego, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Termin składania ofert upłynął w dniu 21 lutego 2019 r. Odwołanie dotyczy zadania nr 8, które obejmowało dostawy 70 sztuk „Palnik RIELLO 40G2W KOMPLETNY oraz 15 sztuk Filtr zewnętrzny paliwa palnika RIELLO. Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena. Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która okazała się najkorzystniejsza.

W dniu 18 lutego 2019 r. Zamawiający przedstawił wyjaśnienia do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz dokonał zmiany SIWZ, która dotyczyła możliwości oferowania nie tylko Palnika RIELLO 40G2W lecz także produktu równoważnego. Dodano ppkt 6 w rozdziale XI pkt 1 SIWZ o treści:

„w przypadku gdy wykonawca złoży ofertę na realizację zadania nr 8 a oferowany przez niego produkt będzie produktem równoważnym wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć deklarację zgodności WE oraz kartę katalogową z oferowanym modelem urządzenia. Karta katalogowa musi zawierać informacje o wszystkich wymaganiach i parametrach technicznych wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Jeśli karta katalogowa nie zawiera opisu wyszczególnionych danych należy je odrębnie wyspecyfikować i złożyć w załączeniu do oferty. UWAGA! Karta katalogowa stanowi integralną część oferty i opisuje parametry oferowanego asortymentu. Jeżeli treść karty katalogowej będzie niezgodna z wymaganiami zamawiającego lub jeśli wykonawca nie załączy do oferty karty katalogowej, jego oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto w przypadku gdy wykonawca wraz z oferta nie złoży deklaracji zgodności WE jego oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ."

Zamawiający w dniu 29 marca 2019 r. unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 8 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jako przyczynę spełnienia przesłanki wystąpienia „wady uniemożliwiającej zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy" Zamawiający wskazał, że pomimo dopuszczenia do oferowania produktu równoważnego w stosunku do palnika RIELLO 40G2W, w formularzu oferty brak było odrębnego zapisu, w którym wykonawcy byliby zobowiązani do wskazania czy oferują palnik RIELLO czy produkt równoważny. Ponadto, zgodnie z SIWZ, w przypadku zaoferowania produktu równoważnego wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą deklaracji zgodności WE oraz karty katalogowej, w konsekwencji - wobec braku możliwości doprecyzowania przez wykonawcę w formularzu ofertowym rodzaju oferowanego asortymentu (palnik RIELLO czy produkt równoważny) - Zamawiający nie ma możliwości ustalenia czy wobec braku dołączenia karty katalogowej i deklaracji zgodności WE do oferty, dany wykonawca oferuje palnik RIELLO 40G2W, czy też oferuje produkt równoważny, ale złożył przy tym ofertę niezgodną z treścią SIWZ, a zatem podlegającą odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że w literaturze wskazuje się, w oparciu o wykładnię

celowościową, iż żeby zaistniała przesłanka wady postępowania, wpływającą na zawarcie

umowy, muszą wystąpić 4 elementy: a) fakt wystąpienia wady postępowania; b) wada musi mieć charakter istotny, a więc wady o marginalnym znaczeniu pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (zob. wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r., KIO 1893/17, wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r., KIO 2389/16); c) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady a brakiem możliwości zawarcia umowy, d) wada jest niemożliwa do usunięcia przy zastosowaniu procedur wynikających z ustawy Pzp.

Przesłanki unieważnienia umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego są określone w art. 146 ust. 1 Pzp i w niniejszym stanie faktycznym przesłanki te nie wystąpiły (zob. wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2013 r., KIO 2730/13). Treść art. 146 ust. 6 Pzp, który brzmi: „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" wskazuje, że możliwość unieważnienia postępowania jest dopuszczalna, a „Kluczowym argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom." (zob. wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r., KIO 1804/14).

Jako inne przypadki istotnego naruszenia przepisów Pzp wskazuje się w szczególności naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, np. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp), wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza przy prawidłowym zastosowaniu przyjętych kryteriów oceny ofert lub takie ich opisanie, które uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej (zob. wyrok KIO z dnia 27 marca 2017 r., KIO 479/17), pominięcie przez zamawiającego w SIWZ postanowień odnośnie przyszłej umowy, nieprawidłowe określenie kryterium oceny ofert. (zob. również: I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, komentarz do art. 93 p.z.p., LEX 2019).

Powyższe uwagi nie zmieniają jednak podstawowej zasady unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, które może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający zaniechał przedstawienia powiązania pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a spełnieniem przesłanki z art. 146 ust, 1 lub ust. 6 Pzp.

Zamawiający błędnie przyjął założenie odnośnie złożenia oferty sprzecznej z SIWZ. Takie założenie jest błędne z tego względu, że Zamawiający posiada środki ochrony przez

zawarciem umowy z wykonawcą niezgodnej z ofertą lub niezgodnej z SIWZ, poprzez odmowę zawarcia umowy i ewentualnie w dalszej kolejności eliminacji takiego oferenta, bądź dopiero wtedy unieważnienia przetargu.

Przedkładając powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, że w ogóle nie doszło do powstania wady postępowania. Zmiana SIWZ w zakresie zadania nr 8 dopuściła możliwość oferowania produktów równoważnych w stosunku do palnika RIELLO, wskazała ona, iż „w przypadku gdy wykonawca złoży ofertę na realizację zadania nr 8 a oferowany przez niego produkt będzie produktem równoważnym wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć deklarację zgodności WE oraz kartę katalogową z oferowanym modelem urządzenia."

Z treści zmienionej SIWZ wynika zatem, stosując rozumowanie logiczne a contrario, że jeżeli wykonawca oferuje palnik RIELLO to nie trzeba dołączać ani karty katalogowej ani deklaracji zgodności WE. Odwołujący złożył ofertę bez doręczenia karty katalogowej oraz deklaracji zgodności. Skoro zatem SIWZ przewidywała okoliczności, w których wykonawcy zobowiązani są do dołączenia dodatkowych załączników, a Odwołujący takich załączników nie dołączył, to znaczy, że przedmiotem oferty był palnik RIELLO, co też miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Jeżeli nawet uznać, że doszło do zaistnienia wady postępowania, to zanim postępowanie zostanie unieważnione należy zastosować przepisy Pzp, mające na celu usunięcie tej wady, co może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania (zob. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, komentarz do art. 93 p.z.p.. LEX).

Gdyby wada postępowania w niniejszej sprawie rzeczywiście powstała, to

Zamawiający powinien zastosować procedurę określoną w art. 87 ust. 1 zdanie 1 Pzp. W literaturze wskazuje się, że w ramach składania wyjaśnień, w żadnym wypadku nie można zmieniać ani uzupełniać treści oferty. Wyjaśnienia można dokonać wyłącznie w taki sposób, aby nie prowadziło to do jej zmiany lub poprawiać w jej treści omyłki (zob. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 87 p.z.p,, Legalis 2018).

W ramach wyjaśnień nie jest możliwe negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień, które może polegać np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Przykładowo, jeśli brak jest oznaczenia modelu oferowanego urządzenia i model ten nie wynika z pozostałych informacji zawartych w ofercie, nie będzie dopuszczalne prowadzenie wyjaśnień mających na celu uzupełnienie tej informacji (tak wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17). Podobnie w przypadku niewskazania przez wykonawcę terminu płatności czy okresu gwarancji, jeśli zamawiający nie zastrzeże w SIWZ, że brak tej informacji będzie skutkował przyjęciem określonej wartości, nie będzie podstaw do wyjaśnienia tej informacji. Prowadziłoby to bowiem do wprowadzenia do oferty nowego elementu zobowiązania, nieznajdującego się w niej pierwotnie.

Zamawiający powinien zatem ewentualnie zwrócić się do wykonawców z prośbą o złożenie wyjaśnień polegających na wskazaniu czy ewentualny brak załączenia wskazanych załączników (tj. karty katalogowej i deklaracji zgodności WE) był celowy i w konsekwencji dany wykonawca oferuje produkt RIELLO czy jednak przedmiotem oferty są palniki równoważne. Niedołączenie do oferty tych załączników powinno skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący podkreślił, że takie wyjaśnienia nie prowadzą do modyfikacji treści złożonej oferty i mieszczą się w dozwolonej dyspozycji określonej w art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp. W konsekwencji zatem zastosowanie tego przepisu pozwoliłoby w sposób zgodny z prawem i procedurą przewidzianą w Pzp na odpowiednią weryfikację poprawności złożonych ofert oraz w konsekwencji na odrzucenie tych ofert, które dotyczyły produktu równoważnego, a nie zawierały wskazanych przez Zamawiającego załączników w postaci karty katalogowej oraz deklaracji zgodności WE.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Nawet gdyby przyjąć, że doszło do wystąpienia wady oraz, że nie można tej wady usunąć w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to należy powołać się na treść art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi o tym, że „1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” W niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena i w konsekwencji ocena ofert w żadnym stopniu nie była uzależniona od tego czy wykonawcy oferują palnik RIELLO, czy też produkt równoważny. Oznacza to, że nie mogło dojść do wystąpienia istotnej wady postępowania, gdyż niedołączenie załączników oznaczałoby oferowanie produktu RIELLO, a więc ocenianego w ten sam sposób.

W postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący, którego oferta dotyczyła palnika RIELLO. Nawet gdyby pozostałe oferty podlegały odrzuceniu lub zostałyby uwzględnione, to postępowanie w pełni zgodnie z prawem, wygrałby Odwołujący. Zakładając nawet czysto hipotetycznie, że najkorzystniejsza oferta podlegałaby odrzuceniu ze względu na niedołączenie załączników, to Zamawiający, zamiast unieważniać całe postępowanie, powinien, po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy gdyby okazało się, że wykonawca oferowałby jednak produkt równoważny, unieważnić wybór oferty, odrzucić ją, oraz dokonać ponownej oceny i badania złożonych ofert, (zob. wyroki KIO: z dnia 06 marca 2018 r., KIO 298/18 oraz z dnia 27 października 2017 r., KIO 2108/17).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał na bezzasadność zarzutu błędnego zastosowania w postępowaniu art. 93 ust. 1 pkt

7 Pzp jak również niezastosowania art. 87 ust 1 Pzp

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania, jeśli jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym przepis ten nie pozostawia Zamawiającemu swobody w podjęciu decyzji w razie ziszczenia się przesłanek, o których mowa w ww. przepisie. W orzecznictwie przyjmuje się, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ma zastosowanie nie tylko w przypadku zaistnienia sytuacji wymienionych w art. 146 ust. od 1 do 5, ale także w przypadku zaistnienia przesłanki z ust. 6 ustawy. Zgodnie z treścią art. 146 ust 6 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.”

Zamawiający wyjaśnił, że w roku 2019, w wyniku kontroli doraźnej w bardzo zbliżonym stanie faktycznym, gdzie postępowania Zamawiający nie unieważnił, ale dopytał wykonawcę, jaki produkt oferuje, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy i stwierdził, że postępowanie winno być unieważnione z uwagi na fakt wystąpienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (sygn. UZP/DKZP/KND/29/18). Mimo

wniesienia zastrzeżeń, Krajowa Izba Odwoławcza wydała uchwałę, w której podtrzymała wyniki kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP. Zamawiający w niniejszej sprawie kierował się właśnie ową uchwałą.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą. Owszem była ofertą z najniższą ceną, ale aby poddać ofertę ocenie, w pierwszej kolejności obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie, czy zaproponowany w ofercie produkt spełnia wymogi SIWZ. Tymczasem Zamawiający na podstawie złożonej oferty nie mógł ustalić, jaki produkt zaoferował Odwołujący.

W treści oferty Odwołującego nie ma informacji o tym, czy oferuje on w zakresie zadania nr 8 palnik RIELLO 40G2 czy też produkt równoważny. Wręcz przeciwnie, z literalnej treści oferty wynika, że Odwołujący nie dokonał wyboru oferowanego produktu, użył bowiem spójnika „lub". Zgodnie z zasadami języka polskiego spójnik „lub" oznacza, że można zaoferować albo jeden produkt, albo drugi, ale także oba wymienione. A zatem skoro z treści oferty nie wynika, jaki produkt został zaoferowany: oryginał, czy też zamiennik (produkt równoważny), to Zamawiający nie mógł powziąć z treści oferty wiedzy w tym zakresie. Powyższe nie wynika bowiem ani z formularza oferty, ani z formularza cenowego, ani też z pozostałych załączników do oferty. Zamawiający podkreślił, że pozostali dwaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 8, jednoznacznie określili, że oferują oryginał, a nie produkt równoważny.

Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę, a Zamawiający bez narażenia się na zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców nie mógł

pozyskać informacji, jaki faktycznie produkt zaoferował Odwołujący, z uwagi na popełnione w postępowaniu błędy musiał unieważnić postępowanie, bowiem rzutowałyby one w sposób bezpośredni na wybór oferty.

Zamawiający, aby uzyskać wiedzę, jaki produkt oferuje Odwołujący, musiałby wykonawcę o to dopytać. Takim działaniem zaś doprowadziłby do uzupełnienia treści oferty, a więc do jej modyfikacji. Do oferty zostałyby bowiem wprowadzane dane, których pierwotnie ona nie zawierała, ewentualnie zostałyby z niej usunięte dane, które zawierała (poprzez pozostawienie spójnika „lub" i nieusunięcie jednego z wymaganych przez Zamawiającego produktów Odwołujący zaoferował więcej niż 1 rodzaj produktu). Z literalnego brzmienia nazwy oferowanego przez Odwołującego produktu wynika, że oferuje on „Palnik lub produkt równoważny", a ta czynność, jak słusznie w odwołaniu podnosi sam Odwołujący, wykraczałaby poza dopuszczalne ramy art. 87 ust. 1 Pzp. Takie zaś działanie jest niedopuszczalne i godzi w zasadę równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy oferta wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ, albowiem nie mógł w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustalić jaki produkt zaoferował Odwołujący. Przyczyną takiego stanu rzeczy były błędy popełnione przez Zamawiającego. Zamawiający, zmieniając w dniu 18 lutego 2019 treść SIWZ w zakresie zadania nr 8, dopuszczając możliwość złożenia produktu równoważnego do palnika RIELLO 40G2, zwiększając jednocześnie w sposób znaczny zakres danych opisujących przedmiot zamówienia, zaniechał zamieszczenia poprawionego druku formularza cenowego/opisu przedmiotu zamówienia. Dopisał jednakże w owym druku w opisie przedmiotu zamówienia wymaganie dodatkowe w postaci deklaracji WE. A zatem w realiach niniejszego postępowania deklaracja zgodności WE była ostatecznie wymagana dla produktu równoważnego, ale także dla produktu oryginalnego, to jest palnika RIELLO 40G2. Skoro Zamawiający nie wprowadził nowego wzoru formularza cenowego, a Odwołujący w poprawionym przez siebie druku i tak nie zamieścił wszystkich danych uzupełnionych w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 18 lutego 2019 roku (brak np. danych wymagań konstrukcyjnych, brak danych wymagania dodatkowe itp.), to nic nie stało na przeszkodzie, żeby tak jak inni wykonawcy również doprecyzował przedmiot, jaki oferuje poprzez wpisanie nazwy zamiennika, bądź usunięcie informacji o produkcie równoważnym, czego jednak nie uczynił. Być może został w tym zakresie wprowadzony w błąd przez Zamawiającego, który przez przeoczenie uniemożliwił mu wpisanie produktu, jaki faktycznie oferuje. Zatem skoro to Zamawiający swoim działaniem wprowadził Odwołującego w błąd, to jedyną możliwością było unieważnienie postępowania.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że w wyniku wyjaśnień i zmiany treści SIWZ w zakresie zadania nr 8 doszło do kolejnej zmiany, która uszła uwadze Odwołującego. A mianowicie, pierwotnie przedmiot zamówienia w zakresie tego zadania obejmował 2 pozycje — palnik w ilości 70 sztuk i filtry w ilości 15 sztuk. Tymczasem w wyniku modyfikacji, doszło w

istocie do usunięcia z przedmiotu zamówienia pozycji nr 2 — filtrów. Z literalnej bowiem treści wyjaśnień — strona 1 cz. II 1 wynika, że „w załączniku nr 2 do SIWZ dla zadania nr 8 zamawiający zmienia opis przedmiotu zamówienia na następujący: Palnik Riello 40G2 lub równoważny" i dalej następuje opis tego palnika, natomiast nie pojawia się już informacja o filtrach. A zatem, skoro Zamawiający w całości zmienił zapisy w zakresie przedmiotu zamówienia do zadania nr 8, to faktycznie — wbrew swoim intencjom usunął także pozycję dotyczącą filtrów. Tymczasem wszystkie złożone oferty zawierały także filtry. Ten fakt również

powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, bowiem oferty wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia w zakresie ww. filtrów.

Reasumując, postępowanie było obarczone wadą, która polegała na tym, że Zamawiający w postępowaniu przez niedopatrzenie zaniechał zamieszczenia poprawionego formularza cenowego/opisu przedmiotu zamówienia, w którym umożliwiłby wykonawcom wpisanie, jaki faktycznie produkt zaoferowali. Drugą wadą było takie sformułowanie zapisów wyjaśnień z dnia 18 lutego 2019 r., które w istocie doprowadziło do usunięcia z zadania nr 8 filtrów, czego wykonawcy, w tym Odwołujący, nie zauważyli i zaoferowali owe filtry. Powyższe wady są niemożliwe do usunięcia. Nie można bowiem w oparciu o treść art. 87 ust. 1 zdanie 1 dopytać wykonawcy, jaki produkt zaoferował. Jednocześnie wpisanie nazwy produktu jest niezbędne nie tylko do oceny ofert, ale także następnie do wpisania jej do umowy. Pozyskanie takich danych w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, stanowiłoby niedopuszczalną zmianę oferty i byłoby w istocie negocjowaniem jej treści. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp, instytucja wyjaśnień odnosi się wyłącznie do treści oferty, tymczasem zadanie pytania, dlaczego wykonawca nie dołączył do oferty dokumentów, nie odnosi się do treści oferty. Dotyczy innych dokumentów niż oferta. Owe dokumenty są opisane w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Dopytanie wykonawcy, z jakiego powodu nie dołączył do oferty deklaracji zgodności, która była wymagana zarówno dla produktu oryginalnego jak i zamiennika w żaden sposób nie mogłoby prowadzić do uzyskania, zgodnie z przepisami, niezbędnych Zamawiającemu do oceny ofert informacji. Biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, że brak wpisania nazwy produktu równoważnego eliminowałby jego ofertę z postępowania, oczywistym jest, że na potrzeby niniejszego postępowania będzie prezentował stanowisko, że od samego początku jego zamiarem było oferowanie oryginału. Jednak owego zamiaru nie wyraził w ofercie. Zamawiający podkreślił, że oferta Odwołującego jest o około 1/4 tańsza aniżeli druga z ofert i o tyle też niższa od kwoty, jaką Zamawiający przewidział na zakup produktu. Jest także niższa o ponad 35% od kolejnej, co także uprawdopodabnia, że w istocie Odwołujący chciał zaoferować zamiennik.

Zamawiający podkreślił, że w umowie przewidział konieczność wpisania nazwy oferowanego produktu, co również uzasadniało, iż Zamawiający musiał powziąć z oferty wiedzę, jaki konkretnie produkt oferuje wykonawca.

Odnosząc się do karty oceny oferowanego produktu, Zamawiający podniósł, że dołączenie tego dokumentu miało na celu uzyskanie informacji o parametrach wyrobu. A zatem, wbrew zapisom SIWZ, jego niezłożenie nie mogłoby skutkować odrzuceniem oferty. W rzeczywistości bowiem jest to dokument, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a zatem podlega on uzupełnieniu, niezależnie od tego, jaką informację w tym zakresie zawarł w SIWZ Zamawiający. Stąd też, wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak przedłożenia tego dokumentu wcale nie świadczy o tym, że w ofercie zaoferował on oryginał produktu. Nie można z błędnego zapisu SIWZ wnioskować, że a contrario nie przedłożenie jakiegoś dokumentu stanowi niepodważalny dowód na to, że nie zaoferowano zamiennika (produktu równoważnego).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 3 Pzp, udziela się zamówienia wykonawcy wybranemu wyłącznie zgodnie z przepisami ustawy, a zatem wybór oferty, której nie można poddać weryfikacji w zakresie oceny spełniania wymogów SIWZ, doprowadziłby do tego, że Zamawiający naruszyłby art. 7 ust 3 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, twierdzenia Odwołującego, że zaoferował on palnik RIELLO są czynione wyłącznie na użytek niniejszego postępowania i w żadnym razie nie wynikają ze złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 18 lutego 2019 r. dokonał zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie zadania nr 8, wprowadzając postanowienia ppkt 6 w rozdziale XI pkt 1 SIWZ, dotyczące możliwości zaoferowania produktów równoważnych do produktu referencyjnego - palnika RIELLO 40G2. W takim przypadku wykonawca miał obowiązek złożyć wraz z ofertą kartę katalogową oferowanego palnika potwierdzającą

spełnianie określonych w SIWZ wymagań oraz deklarację zgodności WE. Dokonując zmiany

SIWZ, Zamawiający nie wprowadził odpowiednich zmian do formularza ofertowego lub formularza cenowego, które umożliwiałyby podanie przez wykonawców w ofercie nazwy oferowanego produktu.

W postępowaniu na zadanie nr 8 zostały złożone trzy oferty, w tym oferta Odwołującego. Dwaj wykonawcy z własnej inicjatywy podali w formularzu cenowym zawartym w ofercie nazwę oferowanego palnika - „Palnik RIELLO 40G2W Kompletny", natomiast Odwołujący podał w tym samym miejscu formularza cenowego jako przedmiot swojej oferty - „Palnik RIELLO 40G2 Kompletny lub równoważny" wraz z opisem technicznym wynikającym z wymagań SIWZ (z wyłączeniem rysunków technicznych). Ani Odwołujący, ani pozostali dwaj wykonawcy, nie załączyli do swoich ofert karty katalogowej i deklaracji zgodności WE.

Biorąc pod uwagę, że cena oferty Odwołującego (jedyne kryterium oceny ofert) była najniższa, była to oferta w pierwszej kolejności podlegająca badaniu i ocenie przez Zamawiającego. Zamawiający nie dokonał jednak oceny tej oferty, lecz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości dokonania prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny ofert złożonych w ramach tego zadania, gdyż z treści oferty Odwołującego, nie wynika jaki produkt ten wykonawca zaoferował, co było wynikiem błędnego sformułowania przez Zamawiającego treści SIWZ oraz w konsekwencji - z powodu „braku możliwości ustalenia czy oferty wykonawców dotyczyły palnika RIELLO czy produktu równoważnego".

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 8, z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która powstała niewątpliwie na skutek błędu Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wada postępowania polegająca na braku możliwości ustalenia przez Zamawiającego w oparciu o treść złożonej oferty czy oferta Odwołującego obejmowała palnik RIELLO 40G2 czy też produkt równoważny, nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Z treści oferty Odwołującego, w szczególności z zapisu „Palnik RIELLO 40G2 Kompletny lub równoważny" nie wynika, jaki konkretny produkt stanowi przedmiot tej oferty. Spójnik „lub" powoduje, że oba wskazane przez wykonawcę rozwiązania zostały zaoferowane w sposób równorzędny. Jednocześnie, w ocenie Izby, z samego faktu, że wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów (karty katalogowej i deklaracji zgodności WE) dla produktu równoważnego, nie można wprost wnioskować, że przedmiotem tej oferty jest palnik RIELLO 40G2. Nie ma też znaczenia dla oceny treści złożonej oferty pismo Odwołującego z dnia 4 kwietnia 2019 r. zawierające oświadczenie wykonawcy w powyższym zakresie.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie mógł tej wady sanować w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców, w tym Odwołującego, do udzielenia wyjaśnień co do przyczyny niedołączenia do oferty załączników w postaci karty katalogowej i deklaracji zgodności WE nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, w danym stanie faktycznym Zamawiający nie był uprawniony do żądania wyjaśnień treści oferty co do przyczyn niezałączenia dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Nie ma bowiem znaczenia przyczyna niezałączenia dokumentów, skoro dokumentów tych i tak nie można uzupełnić (o czym poniżej).

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas gdy pojawią się wątpliwości co do treści złożonej oferty wymagające wyjaśnienia. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, a do tego de facto musiałyby prowadzić wyjaśnienia Odwołującego.

Wyjaśnienia co do zasady mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty. Zakazane jest natomiast prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty oraz dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian, czy też uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp. Należy przez to rozumieć, że wyjaśnienia treści oferty nie mogą doprowadzić do sytuacji, w której oferta wykonawcy uległaby zmianie. Należy podkreślić, że dyspozycja art. 87 ust. 1 Pzp wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty.

Zasadą jest, że już z samej oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania oferuje wykonawca, tak, aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty

pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Dopuszczenie, aby wykonawca określał (konkretyzował) oferowany przedmiot zamówienia dopiero po otwarciu ofert, w toku czynności badania ofert i dopiero na tym etapie precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność, co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 265/17).

Od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Weryfikacji ofert zamawiający może dokonywać jedynie w oparciu o postanowienia, które sam ustanowił, wiążące zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego.

Zamawiający nie jest uprawniony, aby postanowienia SIWZ zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny i nierówny wobec pozostałych wykonawców na etapie badania i oceny ofert. Zatem, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający może oprzeć tę czynność wyłącznie o treść oferty i dołączone do oferty dokumenty. Zezwolenie jednemu z wykonawców na wskazanie właściwego przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert należałoby uznać za rażąco sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że Odwołujący sam wskazywał w odwołaniu, że w ramach składania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie można zmieniać ani uzupełniać treści oferty. W ramach wyjaśnień, o które wnosił Odwołujący, musiałoby nastąpić wprowadzanie zmian w złożonej ofercie, np. poprzez usunięcie z oferty pewnej treści w tym przypadku - zawężenie oświadczenia Odwołującego co do oferowanego przedmiotu zamówienia (usunięcia stwierdzenia „lub równoważny"). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający mógł „zwrócić się do wykonawców z prośbą o złożenie wyjaśnień polegających na wskazaniu czy ewentualny brak załączenia wskazanych załączników (tj. karty katalogowej i deklaracji zgodności WE) był celowy i w konsekwencji dany wykonawca oferuje produkt RIELLO czy jednak przedmiotem oferty są palniki równoważne i niedołączenie do oferty tych załączników powinno skutkować odrzuceniem oferty". Zapytanie wykonawców, czy celowo nie złożyli załączników do oferty, oznaczałoby de facto zapytanie o to - jaki produkt oferują. Wykonawca musiałby złożyć zatem nowe oświadczenie (zobowiązanie) po terminie składania ofert co do przedmiotu jego oferty. Z pewnością byłaby to zmiana treści oferty złożonej pierwotnie.

Należy także w tym miejscu zwrócić uwagę na charakter dokumentów, wymaganych w ofercie na potwierdzenie parametrów równoważności, tj. deklaracji zgodności WE oraz karty katalogowej produktu. Skoro dokumenty te miałyby wskazywać oferowany przedmiot zamówienia, wobec braku określenia tego przedmiotu w formularzu ofertowym, to w istocie stanowiłyby one element oferty opisujący oferowany przedmiot zamówienia, a zatem nie mogłyby być przedmiotem uzupełnienia w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie Izby, tak jak złożenie karty katalogowej i deklaracji zgodności w ofercie nie może zastępować oświadczenia wykonawcy co do oferowanego przedmiotu zamówienia, tak brak złożenia ww. dokumentów nie zastępuje oświadczenia wykonawcy o treści przeciwnej.

Reasumując, opisane powyżej wyjaśnienia, zdaniem Izby, prowadziłyby do modyfikacji treści złożonej oferty, a tym samym należy uznać, że nie mieszczą się one w dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu nie ma zatem możliwości zastosowania tego przepisu w celu weryfikacji treści złożonych ofert, w tym w szczególności oferty Odwołującego co do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający, dopuszczając możliwość zaoferowania produktów równoważnych w stosunku do palnika RIELLO 40G2, w formularzu oferty nie umożliwił wykonawcom jednoznacznego wskazania w ofercie - jaki produkt dany wykonawca oferuje (palnik RIELLO czy też produkt równoważny). Fakt, że Odwołujący w formularzu cenowym wskazał jako przedmiot oferty „Palnik RIELLO 40G2 Kompletny lub równoważny" potwierdza, że wykonawca nie określił w ofercie konkretnego produktu, bowiem zaoferował alternatywnie - Palnik RIELLO lub też produkt równoważny. Treść oferty jest jednoznaczna w powyższym zakresie. Jednocześnie nie ma podstaw do przyjęcia domniemania faktycznego, że skoro wykonawca nie złożył określonych dokumentów dla produktu równoważnego, to znaczy że zaoferował produkt referencyjny. Z faktu, że SIWZ przewidywała okoliczności, w których

wykonawcy zobowiązani są do dołączenia dodatkowych załączników, a Odwołujący takich załączników nie dołączył, nie można wywodzić, że przedmiotem oferty był palnik RIELLO. Zgodnie z treścią SIWZ, fakt braku złożenia przez wykonawcę ww. dokumentów (deklaracji zgodności WE oraz karty katalogowej) wraz z ofertą, Zamawiający nie mógł poczytywać za równoznaczne z zaoferowaniem palnika RIELLO 40G2, czy też jako zaoferowania produktu równoważnego. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż nie mógł on dokonać oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Niezłożenie przez wykonawcę jednoznacznego oświadczenia co do skonkretyzowanego przedmiotu oferty powoduje, że braku tego nie można uzupełnić wyjaśnieniami, gdyż wyjaśnienia takie musiałyby ingerować w treść oświadczenia złożonego w ofercie uprzednio przez Odwołującego.

Podkreślić należy, że przyczyna takiego stanu rzeczy leży w przedmiotowym postępowaniu po stronie Zamawiającego, który popełnił błędy formułując treść SIWZ w ten sposób, że, zmieniając w dniu 18 lutego 2019 treść SIWZ w zakresie zadania nr 8, zaniechał zamieszczenia poprawionego druku formularza cenowego/opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wprowadził również nowego wzoru formularza cenowego, a Odwołujący w poprawionym przez siebie druku nie sprecyzował przedmiotu, jaki oferuje. Zatem, skoro to Zamawiający swoim działaniem wprowadził Odwołującego w błąd co do sformułowania treści

oferty, to jedyną możliwością było unieważnienie postępowania. W przeciwnym razie zostałyby naruszone podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Brak możliwości oceny ofert to jest istotna wada postępowania mająca wpływ na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, która podlegałaby unieważnieniu z uwagi na wpływ naruszenia zasad Pzp na wynik przedmiotowego postępowania. Wywołana przez Zamawiającego wada postępowania jest jednocześnie niemożliwa do usunięcia przy zastosowaniu procedur wynikających z ustawy Pzp, w szczególności procedury wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 Pzp. Niezależnie od przesłanek unieważnienia umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego określonych w art. 146 ust. 1 Pzp, w niniejszym stanie faktycznym należy brać pod uwagę treść art. 146 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym 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.

Podkreślić należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający musi mieć pewność już na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, że nie ma jakiejkolwiek wątpliwości, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Oferta taka będzie stanowiła załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Błędne jest założenie Odwołującego, że Zamawiający może skorzystać ze środków ochrony przed zawarciem z wykonawcą - umowy niezgodnej z ofertą lub niezgodnej z SIWZ - poprzez odmowę zawarcia umowy i ewentualnie w dalszej kolejności eliminację takiego wykonawcy, bądź w dalszej kolejności unieważnienia przetargu. Takie środki mogą być stosowane w sytuacjach jedynie wyjątkowych. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby fakt, że badanie i ocena ofert, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej powinien nastąpić wyłącznie zgodnie z przepisami ustawy Pzp na etapie wykonywania czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie na etapie zawarcia umowy.

Fakt, że w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena nie oznacza, że nie mogło dojść do wystąpienia istotnej wady postępowania. Zamawiający poddaje ocenie oferty i wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp, spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu. Jeżeli w danym postępowaniu Zamawiający nie może dokonać oceny ofert i stwierdzić, że oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ, to nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący. Jak wyjaśnił Zamawiający, cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i pozostałych ofert. Oferta ta powinna podlegać badaniu i ocenie przez Zamawiającego jako pierwsza (spośród złożonych trzech ofert na zadanie nr 8), jednak czynności te nie były wykonane przez Zamawiającego, zatem przedwczesne i nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, iż „w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący". Nie można przyjąć, co twierdził Odwołujący, iż wykonawca ten „złożył ofertę, która okazała się najkorzystniejsza". Zamawiający czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przeprowadził.

W ramach niniejszej sprawy nie były brane pod uwagę kwestie dotyczące innych błędów popełnionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, które nie stanowiły jednak podstawy do unieważnienia postępowania, a które zostały przywołane przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).