Sygn. akt: KIO 3115/21

WYROK

z dnia 12 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2021 r. przez odwołującego MAGELEKTRO Sp. z o. o. Sp. J. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 31 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu przy udziale wykonawcy Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcjo Handlowo-Usługowe „Eldor" Ł. B. w Łomży

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt

5 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co w skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego w części 2, 3, 6 i 9 oraz naruszenia art. 239 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie rzetelnej oceny oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert i wyboru tej oferty,

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 8 oraz kontynuację badania i oceny ofert w tej części,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego 31 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego MAGELEKTRO Sp. z o. o. Sp. J. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od zamawiającego 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu na rzecz odwołującego MAGELEKTRO Sp. z o. o. Sp. J. w Poznaniu kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej

Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 12 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3115/21

Zamawiający - 31 Baza Lotnictwa Taktycznego Silniki 1, 61-325 Poznań Krzesiny, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa materiałów elektrycznych, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 084-214107, dalej zwanej „postępowaniem".

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 21 października 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie części 2, 3, 6, 8 i 9 postępowania wniósł wykonawca MAGELEKTRO Sp. z o. o. Sp. J. ul. Romana Maya 1 lok. 2, 61-371 Poznań (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

   (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co w skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego dla Części 2, 3, 6 i 9,

2. art. 239 ust. 1 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

   (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) poprzez zaniechanie czynności rzetelnej oceny oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert i zaniechaniu wyboru jego oferty,

3. art. 255 pkt 6 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

   (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie dla

   Części 8.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w częściach 2, 3, 6, 9 oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 8, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w tych częściach, w wyniku którego za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta odwołującego. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów uczestnictwa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Pierwsze zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert oraz o unieważnieniu postępowania nastąpiło dnia 6 września 2021 r. W dniu 16 września 2021 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 4 wskazując, że powziął informacje mogące mieć istotny wpływ na ocenę ofert co do spełnienia wymagań zamawiającego zawartych w SWZ. W dniu 17 września 2021 r. odwołujący, pismem z dnia 14 września 2021 r. złożył do zamawiającego informację o niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności polegającej na odrzuceniu oferty w części 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 i 10, z ostrożności wniesiono o unieważnienie pierwotnie podjętej decyzji zamawiającego i wezwano go do powtórzenia badania i oceny ofert w wyżej wymienionych częściach postępowania. W dniu 12 października 2021 r. zamawiający przesłał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w części 4 i 8 oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 7. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż utrzymuje w mocy zawiadomienie z dnia 6 września 2021 r. odnośnie odrzucenia oferty odwołującego w części 2, 3, 5, 6, 9 i 10, zamawiający przedstawił też pozycje, dla których uznaje zarzuty odwołującego: część 3 (poz. 14 i 17), część 5 (poz. 27-29) i część 9 (poz. 138) wskazując, że uznanie tych zarzutów nie ma wpływu na wynik postępowania. Odwołujący nie zgadza się z czynnością zamawiającego podjętą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające w jego ocenie naruszenie przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty w części 2, 3, 6 i 9 oraz art. 239 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności rzetelnej oceny oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert i zaniechanie wyboru oferty odwołującego (zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania).

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 6 p.z.p. w przedmiocie części nr 8 - Leszno, argumentowano w sposób następujący. Zamawiający unieważniając postępowanie w tej części uzasadnił swoją decyzje wskazując na błąd w opisie przedmiotu zamówienia w pozycji 13, w której występuje rzekoma sprzeczność. Błędem tym ma być podanie w pozycji symbolu C37 i kształtu kulka, co miało być niejednoznaczne. W ocenie odwołującego takie działanie jest niezasadne. Zgodnie z treścią SWZ w pozycji 13 wskazano żarówka LED max 9W E-27, C37, 3000 K, parametry mni: 900 lm, kulka, 30.000 h, kąt rozsyłu 200*, ON/OFF 20.000x, Ra>80, 0-100%->0s, h max. 106 mm, ceramiczny korpus. Odwołujący zaproponował żarówkę KOBI_5902846012085, o mocy 9W, E27, 3000K, C37 (oznacza źródło o kształcie świeca zgodnie z polską normą oświetleniową), parametry min: 900 lm, 30.000h, kąt rozsyłu 200*, ON/OFF 20.000x, Ra>80, 0-100%->0s, h max. 106 mm, ceramiczny korpus. Opis techniczny zamawiającego wskazuje jednoznacznie, że dopuszczono możliwość kształtu świecy wskazując symbol (C37) oraz po przecinku wpisując nazewnictwo „kulka". Zamawiający w opisie przedmiotu nie użył sformułowania „kształt", na który powołuje się w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Opis pozycji nie wywołuje sprzeczności, jest jednoznaczny oraz daje możliwość złożenia ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący dodał, że obowiązujące od 1 stycznia 2021 r. nowe Prawo zamówień publicznych w sposób jednoznaczny wskazuje moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. W art. 254 p.z.p. przyjęto bowiem zasadę, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo unieważnieniem postępowania. Uregulowanie to nakazuje uznać za równorzędne dwa sposoby zakończenia postępowania. Niemniej jednak należy stwierdzić, że głównym celem postępowań jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy i zawarcie z nim umowy, tym samym instytucja unieważnienia postępowania winna być traktowana jako czynność o charakterze wyjątkowym.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika. Zamawiający przywołał informacje, które przekazywał wykonawcom w toku przetargu i stwierdził, że skoro zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego w częściach 2, 3, 6 i 9 zostało przekazane w dniu 7 września 2021 r., to odwołanie jest w tym zakresie spóźnione. Zdaniem zamawiającego termin na skarżenie tej czynności, zgodnie z art. 515 ust. 1 lit a p.z.p., upłynął w dniu 17 września 2021 r.

W zakresie zarzutu niewłaściwego zastosowania art. 255 ust. 6 p.z.p. i unieważnienia części 8 postępowania zamawiający podniósł, że nie dopełniono obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Doszło do sprzeczności wymagań, ponieważ w opisie żarówki w pozycji 13 podano symbol C37 określający parametr typu świeca i jednocześnie podano w opisie parametr typu kulka. Parametr żarówki został opisany poprzez zastosowanie symbolu i słownie odnosząc się do dwóch różnych kształtów przedmiotu wykluczający się nawzajem. Niejednoznaczny opis doprowadził do złożenia dwóch różnych ofert w zakresie pozycji 13 i tak firma Eldor zaoferowała żarówkę typu kulka, a odwołujący żarówkę typu świeca, kiedy intencją zamawiającego było otrzymanie żarówki typu kulka. Powyższe jednoznacznie wskazuje na sprzeczność w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał na art. 99 ust. 1 p.z.p. i podkreślił, że jego podstawowym obowiązkiem jest sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest przedmiotem zamówienia, i że wszystkie istotne dla wykonania zamówienia elementy będą w nim uwzględnione. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na złożenie porównywanych ofert stanowiąc wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie przetargu, po złożeniu ofert wadliwości tej nie można usunąć (tak Izba w wyroku z dnia 12.11.2019 r. sygn. akt: KIO 2176/19).

Dalej zamawiający podkreślił, że z art. 354 k.c. można wyprowadzić wniosek, że zarówno zamawiający, jak i wykonawca są zobowiązani do takiego działania, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany jak najlepiej, z poszanowaniem interesów obu stron, w tym informować się o potencjalnych problemach i przeszkodach. Specyfika zamówień publicznych wymaga rozciągnięcia tej zasady także na etap postępowania w sprawie zamówienia publicznego i w przypadku zaistnienia nieprecyzyjności, braków czy błędów

w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien zwrócić się do zamawiającego z pytaniem w trybie art. 135 ust. 1 p.z.p., czego odwołujący nie uczynił. Odpowiednikiem obowiązku należytego opisania przedmiotu zamówienia leżącego po stronie zamawiającego jest obowiązek wykonawcy zadbania o doprecyzowanie i wyjaśnienie wszelkich istotnych aspektów zamówienia dla jego prawidłowego wykonania, zaś brak zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie wątpliwości co do treści SWZ może świadczyć o niedochowaniu przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2014 r. sygn. akt: IV CSK 626/2013).

Odnosząc się natomiast do wskazanej podstawy unieważnienia postępowania w zakresie części 8, tj. art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający podkreślił, że przyczyną unieważnienia ewentualnie zawartej umowy będzie art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Zamówienie zostałoby bowiem udzielone z naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. Nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także jest sprzeczny z zasadą przejrzystości. Ponadto w ocenie zamawiającego naruszono art. 99 ust. 1 p.z.p., który ustanawia wymóg dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcjo Handlowo- Usługowe „Eldor" Ł. B. ul. Poznańska 125, 18-400 Łomża (dale zwanego „przystępującym") zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu odwołujący dokonał modyfikacji swojego stanowiska procesowego i wycofał zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty w części 2, 3, 6 i 9 postępowania, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym

w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych

ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, osią sporu była ocena czy decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania w części 8, której odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 pkt 6 p.z.p. była prawidłowa - czy w ustalonym stanie faktycznym zaistniały uzasadnione podstawy do skorzystania przez zamawiającego z tego instrumentu. Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. W ocenie składu rozpoznającego spór zamawiający w sposób bezprawny unieważnił postępowanie, więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, co skutkowało nakazaniem jednostce zamawiającej anulowania czynności unieważnienia postępowania oraz kontynuowania czynności badania i oceny złożonych ofert w części 8 przetargu.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty

wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (art. 7 pkt 18 p.z.p.). Zamawiający, podejmując decyzję o wszczęciu postępowania, na warunkach określonych w p.z.p. i zgodnie z przyjętymi regułami ustalonymi w dokumentacji postępowania, decyduje się na doprowadzenie go do końca, którym jest zawarcie umowy. Oznacza to, że wszczęcie postępowania jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Zatem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 255 p.z.p. zamknięty katalog powodów zniesienia przetargu

należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek unieważnienia

(exceptiones non sunt extendendae).

Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Norma ta wymaga wykazania łącznego spełnienia trzech przesłanek: 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (zamawiający nie ma możliwości naprawienia swojego błędu przy użyciu instrumentów p.z.p., w które wyposażył go ustawodawca) 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy). Ponadto ocena zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy powinna zostać dokonana w oparciu o przesłanki stypizowane przez ustawodawcę w art. 457 ust. 1 p.z.p., które stanowią konsekwencje znaczących uchybień w stosowaniu norm dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, jak również na podstawie przepisów dotyczących bezwzględniej nieważności umowy wskazanych kodeksie cywilnym (przykładowo art. 58 k.c.).

W praktyce omawiane normy, tak jak w ustalonym stanie rzeczy, najczęściej są podstawą do unieważnienia postępowania przez zamawiającego ze wskazaniem na błędy, nieścisłości w dokumentacji postępowania, czy wątpliwości jak ją prawidłowo wykładać, co może być związane z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p. Niemniej, nie każda taka sytuacja będzie się kwalifikowała jako zasadnicza wada niemożliwa do usunięcia, a zarazem o takim charakterze, że w konsekwencji spowoduje zawarcie umowy, która będzie podlegała unieważnieniu. Wada postępowania musi być realna, bezwzględnie nieusuwalna i negatywnie rzutująca na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma więc podstaw, aby rozciągać zastosowanie wskazanych przepisów na wszelkie okoliczności, obejmujące jakiekolwiek błędy zamawiających.

Pomimo, że często unieważnienie postępowania wydaje się zamawiającemu opcją najszybszą lub (pozornie) najprostszą, to nie można jej nadużywać i uzasadniać zniesienie przetargu każdą zaistniałą nieprawidłowością. Takie wykorzystanie instrumentu unieważnienia przetargu byłoby dalece sprzeczne z celem, dla którego został on umieszczony w ustawie p.z.p. - jako instrument ostateczny, unicestwiający całe postępowanie w sytuacji, w której nie ma widoków na jego zgodne z prawem zakończenie w inny sposób. Zamawiający, aby właściwie uzasadnić unieważnienie postępowania, zwłaszcza przy powołaniu się na art. 255 pkt 6 p.z.p., winien wykazać, że postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji zauważonych przez jednostkę zamawiającą nieprawidłowości. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania Izba wskazuje, że zgodnie z materiałem procesowym zamawiający unieważnił postępowanie w części 8, ponieważ stwierdził błąd w treści 1 z 24 pozycji formularza cenowego (załącznik nr 5 do SWZ), który wypełniony należało złożyć wraz z ofertą. W spornej pozycji nr 13 wskazano: „Żarówka LED max 9W E-27, C37, 3000 K, parametry mni: 900 lm, kulka, 30.000 h, kąt rozsyłu 200*, ON/OFF 20.000x, Ra > 80, 0-100% -> 0s, h max. 106 mm, ceramiczny korpus”, co zdaniem zamawiającego powoduje sprzeczność w opisie przedmiotu zamówienia, który wymaga zarazem kształtu kulki, jak i - w związku z podaniem symbolu C37 - kształtu świecy. W ocenie zamawiającego zaistniała niejednoznaczność spowodowała brak możliwości zaoferowania takiego produktu, ponieważ nie istnieje żarówka, która miałaby jednocześnie kształt świecy i kulki.

W ocenie składu orzekającego podnoszona przez zamawiającego rzekoma wada SWZ nie ma charakteru nieusuwalnego, a jej wręcz marginalny charakter, nawet gdyby stwierdzić, że do błędu dokumentacji doszło - z czym Izba się nie zgadza, nie wpisywałaby

się w przesłankę powodującą konieczność unieważnienia całej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. O ile czasem dochodzi do istotnych błędów zamawiającego, które w swoich konsekwencjach powodują konieczność unieważnienia przetargu, to w ustalonym stanie rzeczy wystarczające jest dokonanie właściwej wykładni treści dokumentacji postępowania, aby wyeliminować podnoszony przez zamawiającego błąd w formularzu cenowym.

Brzmienie dokumentacji przetargu, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni zgodnie z regułami art. 65 k.c., zaś stwierdzenie, że treść SWZ posiada wady takiego rodzaju, że zawarta na jej podstawie umowa podlegałaby unieważnieniu oznacza konieczność udowodnienia wady umowy, której nie da się również usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności czy wątpliwości dokumentacji postępowania.

Zamawiający przedstawił własne rozumienie spornej pozycji nr 13 formularza cenowego, w jego opinii skutkujące koniecznością zaoferowania produktu nieistniejącego. Skład orzekający stwierdził, że jest to znacząca nadinterpretacja, a wymienienie po przecinku dwóch kształtów - na co wskazuje zapis słowny „kulka" i zapis symbolu „C37" oznaczający kształt świeczki - nie powoduje a priori, że wymagano zaoferowania żarówki o kształcie kulko-świeczki. Nic takiego z literalnej treści SWZ bowiem nie wynika. Nie mamy więc do czynienia z pierwotną niemożliwością świadczenia (czyli taką, kiedy nie tylko konkretny wykonawca, a żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia). Istotnym jest także, jak powinien zrozumieć SWZ odbiorca dokumentacji, czyli wykonawca działający na rynku sprzedaży materiałów elektrycznych.

Jeżeli wykładnia oświadczenia woli dokonywana przez jego autora (zamawiającego) nie jest tożsama ze rozumieniem jej przez odbiorcę oświadczenia (wykonawca), to przyjmuje się, że rozstrzygający jest zindywidualizowany punkt widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego. (por. także wyrok Sądu Najwyższego z 31.05.2017 r. sygn. akt: V CSK 433/16 zgodnie z którym, jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli konieczne jest przejście do wykładni obiektywnej, tj. ustalenia właściwego sensu oświadczenia woli na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak adresat oświadczenia woli rozumiał lub powinien je rozumieć. Decydujący jest tu więc punkt widzenia odbiorcy oświadczenia, dokonującego z należytą starannością wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych składającego oświadczenie. Podobnie wyrok SN z 10.01.2020 r. sygn. akt: I CSK 279/18). Zatem znajdujący się w tożsamej sytuacji przedsiębiorcy podobnie zrozumieli znacznie formularza cenowego i żaden z nich nie wywiódł z treści pozycji nr 13, że należy zaoferować żarówkę o kształcie zarówno kulki, jak i świeczki. Przystępujący zaoferował przedmiot o kształcie kulki, zaś odwołujący świeczkę. Potwierdza to, że sens spornego wymogu zrekonstruowany przez profesjonalne podmioty, które zawodowo sprzedają produkty elektryczne, nie powoduje, że w SWZ wymagano zaoferowania świadczenia niemożliwego. Nie wskazano takich okoliczności także w trybie art. 135 ust. 1 p.z.p.

Zamawiający podnosił również, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 p.z.p. wymagającego opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dokładnie zrozumiałych określeń, co powoduje złożenie nieporównywalnych ofert. Izba zauważa, że ocena ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru komparatywnego, a obiektywny - poprzez przyrównanie do "wzorca" określonego w SWZ wedle wskazanych tam kryteriów, czyli oceny ofert nie dokonuje się wobec siebie, a wobec treści dokumentacji postępowania. Dokonując zatem rekonstrukcji brzmienia pozycji 13 formularza cenowego w stosunku do żarówek zaoferowanych przez wykonawców, skład orzekający stwierdził, że potrafili oni zastosować i wycenić sporną pozycję, z tymże przyjęto inny oferowany kształt żarówki. Uwzględniając natomiast ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż niejasności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawców (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem - por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16.05.2016 r., sygn. akt III: Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo) stwierdzić należy, że omawiana treść SWZ, jeżeli była niejednoznaczna z perspektywy przedsiębiorcy i każdy z wykonawców mógł ją interpretować w różny sposób (tak, jak uczynił to odwołujący oferując kształt zgodnie z symbolem żarówki i jak rozumiał to przystępujący oferując kształt żarówki zgodnie z określeniem słownym). Oba sposoby rozumienia SWZ są właściwe i nie mogą rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy. Treść SWZ w pozycji nr 13 formularza cenowego pozwala więc na dowolne zaoferowanie kształtu żarówki typu świeczka lub typu kulka.

Pominięcie kontekstu sytuacyjnego oraz faktu, że wykonawcy prowadzą swoją działalność zawodowo, a także zignorowanie oświadczeń wykonawców, że rozumieją wymaganie SWZ i każdy z nich potrafi wskazać produkt zgodnie z treścią pozycji nr 13 formularza cenowego, która nie zawiera żarówki niemożliwej do zaoferowania,

spowodowało nieprawidłowe, subiektywne przeświadczenie zamawiającego o konieczności unieważnienia przetargu. Natomiast wykonawcy jako odbiorcy dokumentacji nie mieli trudności w zidentyfikowaniu przedmiotu zamówienia i złożeniu swoich ofert, w związku z czym teza o braku możliwości dostarczenia tak opisanego przedmiotu zamówienia się nie potwierdziła.

Nie wystąpiła w postępowaniu jakakolwiek wada, a tym bardziej wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Zamawiający zbyt wcześnie odrzucił możliwość złożenia przez wykonawców ofert na podstawie przedmiotowej treści dokumentacji postępowania, tymczasem jak wynika z ustalonego stanu rzeczy przedsiębiorcy znaleźli sposób na wybrnięcie z rzekomej nieścisłości dokumentacji i sami dokonali wykładni postanowień SWZ. Zatem podnoszone przez jednostkę zamawiającą uchybienie nie powoduje obarczenia postępowania wadą, o której mowa w art. 255 pkt 6 p.z.p. Pomijając już, że nawet gdyby doszło do zaistnienia takiej wady dla 1 z 24 pozycji formularza cenowego, to miałaby ona charakter znikomy także ze względu na jej wartość w stosunku do pozostałych produktów wchodzących w skład przedmiotu umowy, a nie skutkujący koniecznością unieważnienia całej przyszłej umowy. Ponadto uwzględniając argumentację odwołującego, w ustalonym stanie rzeczy ewentualna zmiana zamawianego kształtu żarówki, przy pozostawieniu tożsamych innych parametrów i tej samej cenie, stanowiłaby zmianę nieistotną umowy.

Rekapitulując, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż wskazane przez zamawiającego przesłanki nie uzasadniają unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednostka zamawiająca nie wykazała w dostateczny sposób, iż zaistniała w przetargu okoliczność mogąca kwalifikować się jako wada postępowania określona w art. 255 pkt 6 p.z.p., więc odwołanie zostało uwzględnione.

W przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., bowiem stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci bezpodstawnego unieważnienia części 8 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania.

Przewodniczący: