Sygn. akt: KIO 353/23

WYROK z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2023 r. przez wykonawcę X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Łódzką w Łodzi

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Politechnice Łódzkiej w Łodzi – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i przeprowadzenie badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Politechnikę Łódzką w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

2.2. zasądza od zamawiającego Politechniki Łódzkiej w Łodzi na rzecz odwołującego X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych złotych), tytułem zwrotu poniesionych kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: ……..

Sygn. akt: KIO 353/23

Uzasadnienie

Zamawiający Politechnika Łódzka w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup farmy drukarek 3D wraz z materiałami eksploatacyjnymi w ramach realizowanego Projektu Dostępna Politechnika Łódzka”, znak sprawy: UD.25.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych z 6 grudnia 2022 r. pod nr 2022/BZP 004/8949.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

W dniu 7 lutego 2023 roku wykonawca X3D Sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie (dalej: odwołujący lub X3D) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania z dnia 2 lutego 2023 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, w sytuacji, w której nie wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania, tj. nie wystąpiły 2 opisywane przez zamawiającego wady opisu przedmiotu zamówienia oraz postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy nie było ono obarczone określoną tam niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania bez wystarczającego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 2 lutego 2023 r. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

3) nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego (a w przypadku uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego przy wniesionym sprzeciwie uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnoszę o zasądzenie od tegoż uczestnika postępowania) kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 7 500 zł oraz wynagrodzenia

pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup farmy drukarek 3D wraz z materiałami eksploatacyjnymi w ramach realizowanego Projektu Dostępna Politechnika Łódzka" (ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00478949 z 6 grudnia 2022 r.). Zaskarżona Informacja o unieważnieniu postępowania została zamieszczona na stronie internetowej postępowania w dniu 2 lutego 2023 r. oraz przekazana odwołującemu tego samego dnia.

Zgodnie z informacją o unieważnieniu postępowania z 2 lutego 2023 r. zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, gdyż zdaniem zamawiającego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego nie ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania.

Jako przyczynę unieważnienia zamawiający wskazał dwie podstawy faktyczne. Pierwsza odnosiła się do omyłki pisarskiej zawartej w formularzu oferty: „1. W załączniku nr 2 do SWZ – Formularz ofertowy – w części C - Oferowane kryterium w Kryterium nr 1 CENA wskazał błędnie sposób wpisania łącznej wartość oferty. Zamawiający opisał, że Wykonawca winien wpisać łączną wartość oferty za poz.1-12. (Zgodnie z wartością wpisaną jako łączna wartość oferty w Załączniku nr 1 Formularz asortymentowo - cenowym). Załącznik nr 1 do SWZ Formularz asortymentowo-cenowy składa się z 13 pozycji w związku z tym prawidłowo Wykonawca winien wpisać w Formularzu ofertowym łączną wartość oferty za poz.1-13. Powyższy błędny zapis mógł Wykonawców wprowadzić w błąd przy obliczeniu łącznej wartości oferty". Druga podstawa faktyczna unieważnienia miałaby wynikać z błędnego określenia ilości i rodzaju materiałów eksploatacyjnych: „2. Przedmiotem zamówienia jest Zakupu farmy drukarek 3D wraz z materiałami eksploatacyjnymi, które to winny być dedykowane do zaoferowanych drukarek, zapewniające najlepszą jakość wydruku oraz prawidłowe działania drukarek w czasie ich eksploatacji. Zamawiający błędnie wpisał w formularz ofertowy ilości oraz rodzaj materiałów eksploatacyjnych. Zamawiający nie posiadał wiedzy na temat popełnionego błędu na etapie składania ofert co uniemożliwiło wprowadzenie wcześniej stosownych zmian".

Kolejne podstawy faktyczne zamawiający dodał dopiero w piśmie zatytułowanym jako sprostowanie z 7 lutego 2023 r.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, a unieważnienie postępowania jest instytucją o charakterze wyjątkowym, która przekreśla ten cel. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2016 r. KIO 314/16 – „Katalog przesłanek unieważnienia procedury udzielenia zamówienia publicznego ma charakter zamknięty, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek".

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1420/13) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KO 767/12.

Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia w sytuacjach określonych w prawie zamówień publicznych, jednak równocześnie nie ma prawa unieważnić postępowania, jeśli nie zachodzi żadna z podstaw unieważnienia postępowania. Co więcej z przywoływanej w orzecznictwie Izby zasady można wysnuć wniosek, iż w razie wątpliwości czy okoliczności sprawy stanowią podstawę do unieważnienia postępowania czy też nie, zamawiający nie ma prawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. To dalsze prowadzenie postępowania i jego rozstrzygnięcie jest celem postępowania. Unieważnienie postępowania nie pełni roli szansy na jego ponowne przeprowadzenie w lepszy sposób (tj. z pominięciem postrzeganych przez zamawiającego błędów). Jest tak dlatego, że ta czynność przekreśla dotychczasowe starania wykonawców o uzyskanie zamówienia. Zamawiający nie ma podstaw w prawie zamówień publicznych do traktowania unieważnienia jako dobrego sposobu na „poprawienie" postępowania.

Warto przypomnieć ważną prawdę, iż w wielu sprawach (również i tej) to nie wybór najkorzystniejszej oferty prowadziłby do naruszenia prawa zamówień publicznych, a unieważnienie i następnie powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Realne ryzyko naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 912/15.

Wprowadzenie zmian w opisie przedmiotu zamówienia przez zakończenie niniejszego postępowania i ogłoszenie nowego, nawet wynikające z dobrych intencji, może okazać się rozwiązaniem nie tylko niewłaściwym, ale w tej konkretnej sytuacji bezprawnym. Powyższe zresztą jasno wynika nie tylko z samej ustawy prawo zamówień publicznych. Unieważnienie postępowania „na wyrost" tj. bez zaistnienia sytuacji faktycznej opisanej w ustawie skutkującej obowiązkiem unieważnienia postępowania jest takim samym naruszeniem ustawy, jak brak unieważnienia postępowania w sytuacji zaistnienia takiej sytuacji faktycznej. Zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1440): „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania".

Brak istnienia przesłanek unieważnienia postępowania

Należy podkreślić, że aby zastosować przesłankę, wynikającą z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że w postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że: 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania); 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający w swoim uzasadnieniu wskazał argumenty na rzecz istnienia drugiej przesłanki. Co do pierwszej przesłanki zamawiający przedstawił uzasadnienie istnienie wady jedynie w przypadku pierwszej powołanej podstawy faktycznej. Co do drugiej podstawy zamawiający nie podał nawet wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, a jedynie ogólnie powołał się na błędne określenie ilości oraz rodzaju materiałów eksploatacyjnych. Swoje stanowisko uzupełnił dopiero tuż przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Zamawiający nie wskazał w żaden sposób dlaczego postrzegana przez niego „wady" postępowania miałyby skutkować brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy – jedynie oświadczył, że zaistniała również ta okoliczność.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z 10 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1074/22, wyrok z 28 grudnia 2021 r., sygn. akt 3513/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2800/21 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3659/21, a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1580/21.

Podobne stanowisko zajmuje aktualne piśmiennictwo. Jak pisze W. Dzierżanowski (w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 255): „Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 p.z.p. ust. 1 i 5, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. Taka konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania. Jest to kolejny istotny błąd ustawodawcy. Nie mogąc unieważnić postępowania, zamawiający powinien zawrzeć umowę. Gdy będzie to umowa

naruszająca podstawowe zasady (równego traktowania, uczciwej konkurencji itp.), jej zawarcie stanowiłoby obrazę prawa i zasad konstytucyjnych. Jednocześnie, dopóki nie zostanie stwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny niezgodność z Konstytucją RP, przepis podlega stosowaniu (wyrok SN z 7.11.2002 r., V CKN 1493/00, LEX nr 57238)". Jak wskazuje A. Gawrońska-Baran (w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, opublikowany w LEX, 2022): „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na komentowany pkt 6 w zakresie potencjalnego wpływu nieprawidłowości (nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczone. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 p.z.p. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Natura okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 p.z.p. wskazuje na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców). Niektóre z okoliczności, a mianowicie wymienione w art. 457 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p., znajdą szersze wykorzystanie (np. w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie podstawowym), a niektóre gdy zawarto umowę ramową z naruszeniem tzw. okresu standstill (zawieszenia) bądź dopuszczono się pewnych nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów. Tym samym przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana. Nie służy ona więc konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego w postępowaniu (zob. wyrok KIO z 12.08.2021 r., KIO 2309/21)". Tożsame stanowisko zajmuje M. Jaworska (w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis): „Ocena wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów PZP do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 PZP". W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał, jaki dokładnie powód nieważności umowy określony w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp mogłaby wywołać rzekoma wada postępowania. Zamawiający nie mógł wskazać takiego powodu, ponieważ przywołana rzekoma wada postępowania nie koresponduje z żadną z określoną tam przesłanką nieważności umowy. Nawet, gdyby uznać, że istnieje wada postępowania zamawiający nie wskazał podstawy prawnej, dlaczego wada ta miałaby uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. nie odniósł się do żadnej z ustawowych

przesłanek unieważnienia umowy. Takie naruszenie powoduje ponadto, że ewentualne podanie przez zamawiającego przyczyny, z powodu której zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu już po złożeniu odwołania, stanowiłoby zmianę (rozszerzenie) uzasadnienia czynności zamawiającego o wskazanie nowych elementów, co na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne.

Podsumowując, zamawiający nie może więc uchylać się od udzielenia zamówienia tylko dlatego, iż w jego ocenie opis przedmiotu zamówienia nie jest dla niego korzystny. Warto przytoczyć wyrok, który zapadł w czasie obowiązywania ustawy p.z.p. z 2004 r., jednak nadal aktualny w kontekście omawianej sprawy, wydany przez Sąd Okręgowy w Warszawie 30 sierpnia 2010 r. (sygn. akt IV Ca 831/10): "Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Sposób opisu przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. (...)

Zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy (w dacie formułowania SIWZ). Okoliczność ta jednak nie może działać na niekorzyść oferentów, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania Zamawiającego. (...) Jednakże błędne opisanie - z winy Zamawiającego - przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 i 30 Pzp". Zamawiający ma obowiązek zawarcia umowy, nawet jeśli w jego ocenie niektóre jej postanowienia są dla niego niekorzystne. Tak przykładowo KIO w wyroku z dnia 27 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 1023/11): "W niniejszym przypadku Izba podziela zdanie Odwołującego, że Zamawiający wykorzystał wskazane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby uchylić się od podpisania z nim umowy, której nie uważał dla siebie za korzystną". Jak podkreśla się w orzecznictwie: "interpretacji tego przepisu (art. 93 ust. 1 pkt 7) w kontekście kształtowania opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać ostrożnie i z poszanowaniem praw wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający poprzez brak należytej staranności w formułowaniu SIWZ, którego konsekwencjom mógł zapobiec, mógłby z powołaniem się na art. 146 ust. 6 ustawy Pzp i ryzyko unieważnienia umowy pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia". Jeśli zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zamawiający ma obowiązek zawarcia umowy, nawet w przypadkach, gdy pewne jej postanowienia będą dla zamawiającego niekorzystne, to tym bardziej taki obowiązek ma w niniejszym postępowaniu, gdzie nie dojdzie do zawarcia umowy niekorzystnej dla zamawiającego. Złożone oferty spełniają wyrażone w SWZ wymagania zamawiającego. Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem zamawiającego, że brak możliwości powtórzenia czynności (sporządzenia przez zamawiającego dokumentów zamówienia), tj. nieusuwalny charakter wady postępowania mógłby doprowadzić do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Jak bowiem wskazuje cytowana już A. Gawrońska-Baran: „nawet gdyby wystąpiła wada postępowania, to sama jej nieusuwalność nie powoduje nieważności postępowania. Warunkiem skuteczności unieważnienia postępowania jest wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy finalnej. Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia".

Brak wpływu błędu w formularzu oferty na przebieg postępowania (I podstawa unieważnienia) Odwołujący dodatkowo wskazuje na rzecz oczywistą – pierwsza wskazywana przez zamawiającego podstawa faktyczna unieważnienia nie miała, a nawet nie mogła mieć wpływu na przebieg postępowania. Tym bardziej zaś nie odpowiadała żadnej z przesłanek określonych w art. 457 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, przedmiotowe zdanie o treści: „Łączna wartość oferty (za poz. 1-12. Proszę wypełnić zgodnie z wartością wpisaną jako łączna wartość oferty w Załączniku nr 1 Formularz asortymentowo – cenowy):" wyraźnie odwołuje się do łącznej wartości oferty, a nie tylko do wartości wybranych pozycji. Tym samym już w samym tym zdaniu widać prawidłowe oczekiwanie zamawiającego. Po drugie, to samo zdanie wskazuje o konieczności wypełnienia zgodnie z wartością wpisaną jako łączna wartość oferty w załączniku nr 1. W tym załączniku wykonawcy wskazywali na wartość poszczególnych pozycji (od 1. do 13.), a na koniec ich łączną wartość, która dotyczyła wszystkich tych pozycji, a nie tylko wybranych dwunastu z nich. Tym samym jest to już drugie prawidłowe odwołanie w cytowanym fragmencie do łącznej wartości oferty. Po trzecie, dla wykonawców było i jest jasne, że pod pojęciem cena łączna kryje się cena za wykonanie całego zamówienia. Jest to standard nie tylko w tego rodzaju zamówieniach, ale w zamówieniach publicznych w ogólności. Co więcej, obaj wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty (tj. odwołujący oraz 3Druktronik M. K.) prawidłowo zsumowali wszystkie trzynaście pozycji podając ich łączną wartość jako łączną wartość oferty. Po czwarte, nawet w przypadku teoretycznego przypadku błędu sumowania po stronie wykonawcy nadawałby się on do prostego poprawienia z uwagi na konieczność wyceny wszystkich pozycji, a więc i indywidualnej wyceny poz. 13.

Brak wpływu pozostałych okoliczności wskazanych jako błędy na przebieg postępowania (pozostałe podstawy unieważnienia) Również pozostałe wskazane podstawy unieważnienia postępowania, zarówno ta z 2 lutego 2023 r. dotycząca nieprawidłowego określenia ilości i rodzaju materiałów eksploatacyjnych, jak i nowo dodane z 7 lutego 2023 r. dotyczące braku uwzględnienia montażu i uruchomienia farmy, a także niedookreślenia pojęcia „urządzenia produkowane seryjnie" nie miały wpływu na wynik postępowania. Tego wpływu zresztą nie określił zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności. Być może zamawiający rzeczywiście, po ponownym przeanalizowaniu swoich potrzeb, uznał, iż mógł opisać przedmiot zamówienia w sposób trochę lepiej odpowiadający tym potrzebom. Nie jest to jednak żadna

wada postępowania, a rezultat niedoskonałości procesu weryfikacji swoich potrzeb przez zamawiającego. Przedmiot zamówienie został opisany w opisie przedmiotu zamówienia tak, że nie budził on specjalnych wątpliwości wykonawców. Świadczy o tym m.in. brak pytań w tym zakresie zgłoszonych przez wykonawców. Ilość filamentów określono jednoznacznie, wymaganie co do ich kolorystyki także nie budziły wątpliwości (kolorystyka tylko częściowo ustalona, częściowo dowolna). Jednoznacznie określono również brak wymogu montażu i uruchomienia farmy u zamawiającego. Jak wskazał zresztą zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia: „Szkolenie zostanie przeprowadzone w umówionym między stronami terminie, po uruchomieniu zakupionego zestawu przez zamawiającego". Na marginesie można wskazać, że jeżeli zamawiający będzie potrzebował tych usług może je nabyć oddzielnie. Nie są to usługi, które muszą być świadczone przez producenta drukarek. Co do braku zdefiniowania przez zamawiającego pojęcia „urządzeń produkowanych seryjnie" należy stwierdzić, iż termin ten, jak każdy inny, podlega wykładni w celu ustalenia jego treści. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej również znajduje przykłady takich orzeczeń. Gdyby każda sprawa sporna co do interpretacji warunku udziału w postępowaniu czy treści wymogów zamawiającego mogła skończyć się unieważnieniem postępowania na żądanie zamawiającego byłoby to dopiero niezgodne z celami funkcjonowania ustawy. Na szczęście prawo zamówień publicznych nie przewiduje uprawnienia dla zamawiających do unieważnienia postępowania w tego typu sytuacjach. Co więcej, w powyższym przykładzie trudno nawet mówić o jakimkolwiek sporze ponieważ zamawiający pisząc o braku doprecyzowania tego terminu w żaden sposób nie wskazuje jak on go rozumie, a jak go rozumieją wykonawcy w postępowaniu. Zdaniem odwołującego przedmiot zamówienia został opisany w sposób

jasny również dla zamawiającego. Zamawiający miał świadomość, że jakie ilości filamentów opisuje oraz jakiej ich kolorystyki wymaga. Miał świadomość braku wymogów co do montażu i uruchomienia. Uznał za wystarczające odwołanie się do pojęcia produkcji seryjnej bez jego definiowania na potrzeby niniejszego postępowania. Nie jest wadą postępowania ani brak wymagań co do kolorystyki filamentów, ani tym bardziej częściowe określenie wymaganej kolorystyki. Nie są nią również drobne różnice w ilości zamawianych filamentów pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia a aktualnie sformułowanymi potrzebami zamawiającego. Wadą nie jest też określenie zakresu oczekiwanych świadczeń od wykonawcy tak, że uruchomienie pozostaje po stronie zamawiającego. Powyższe to nie wady postępowania, a wybór zamawiającego. Obecnie zamawiający ma z nim problem, jednak próbuje go rozwiązać kosztem odwołującego.

Oświadczenia odwołującego W celu wyjścia naprzeciw nie tylko wymogom postępowania, ale również potrzebom zamawiającego odwołujący deklaruje, iż przy dostawie filamentów z pozycji 5.-13. będzie się kierował niewiążącym określeniem kolorystyki przedstawionym przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Powyższe spełni potrzeby zamawiającego co do koloru filamentów. Ponadto odwołujący deklaruje, iż jest w

stanie przedstawić zamawiającemu dowody na wcześniejszą sprzedaż wszystkich oferowanych mu modeli drukarek - w celu potwierdzenia, że oferowane drukarki są urządzeniami produkowanymi seryjnie.

Brak należytego uzasadnienia czynności Zamawiający nie uzasadnił czynności unieważnienia postępowania z 2 lutego 2023 r. w sposób pozwalający na przesądzenie istnienia podstawy unieważnienia postępowania określonej w art. art. 255 pkt 6 prawa zamówień publicznych. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał dlaczego określone przez niego „wady" mają charakter istotny oraz uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający jedynie cytuje tu przesłanki ustawowe, nie uzasadnia ich wystąpienia. Zamawiający ostatniego dnia terminu na wniesienie odwołania opublikował „sprostowanie" uzasadnienia podjętej czynności unieważnienia postępowania. Nie tylko w sposób nieuprawniony poszerza przy tym uzasadnienie podjętej pięć dni wcześniej czynności. Nadal nie uzasadnia wystąpienia stwierdzonej przesłanki, iż charakter „wad" uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewiele bogatsze jest wskazania naruszonego postępowaniem zamawiającego przepisu ustawy – pada tu jedynie ogólne odwołanie do art. 16 prawa zamówień publicznych bez dookreślenia, o który punkt tego przepisu chodzi. Zgodnie zaś wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 31 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 143/22): „Czynność unieważnienia postępowania, która niweczy cel wszczęcia postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego, wiąże się z wykazaniem wszystkich trzech elementów przesłanki, w tym uzasadnienia, dlaczego w razie zawarcia umowy w wyniku tego postępowania, zaistniałaby podstawa do jej unieważnienia. Nie każda bowiem nieprawidłowość zaistniała w toku postępowania stanowi podstawę do żądania unieważnienia umowy. Zamawiający był zatem zobowiązany do wskazania i wykazania wszystkich trzech elementów przesłanki, określonej w art. 255 pkt 6 p.z.p., niezbędnych dla unieważnienia postępowania". Powyższe stanowi o naruszeniu przez zamawiającego art. 255 pkt 6 prawa zamówień publicznych w związku z art. 260 ust. 1 prawa zamówień publicznych.

Reasumując zamawiający w sposób bezpodstawny unieważnił przedmiotowe postępowanie, nie wystąpiły bowiem przywołane przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie dowiódł, że zaistniała wada postępowania, która byłaby na tyle ważna i znacząca, że uzasadniała unieważnienie postępowania, a w konsekwencji ograniczenie uprawnień wykonawców.

Zamawiający w dniu 20 lutego 2023 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodów

wymienionych w treści odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wymienione.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Stosownie do art. 255 ust. 6 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.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup farmy drukarek 3D wraz z materiałami eksploatacyjnymi w ramach realizowanego Projektu Dostępna Politechnika Łódzka", znak sprawy: UD.25.2022. W postępowaniu złożono dwie oferty – Odwołującego i wykonawcy 3Druktronic M. K. z siedzibą w Olsztynie. Zamawiający po otwarciu ofert w dniu 2 lutego 2023 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust.6 ustawy Pzp, przedstawiając następujące uzasadnienie: „Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 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.

1. W załączniku nr 2 do SWZ - Formularz ofertowy - w części C - Oferowane kryterium w Kryterium nr 1 CENA wskazał błędnie sposób wpisania łącznej wartość oferty. Zamawiający opisał, że Wykonawca winien wpisać łączną wartość oferty za poz.1-12. {Zgodnie z wartością wpisaną jako łączna wartość oferty w Załączniku nr 1

Formularz asortymentowo - cenowym). Załącznik nr 1 do SWZ Formularz asortymentowo-cenowy składa się z 13 pozycji w związku z tym prawidłowo Wykonawca winien wpisać w Formularzu ofertowym łączną wartość oferty za poz.1-13. Powyższy błędny zapis mógł Wykonawców wprowadzić w błąd przy obliczeniu łącznej wartości oferty.

2. Przedmiotem zamówienia jest Zakupu farmy drukarek 3D wraz z materiałami eksploatacyjnymi, które to winny być dedykowane do zaoferowanych drukarek, zapewniające najlepszą jakość wydruku oraz prawidłowe działania drukarek w czasie ich eksploatacji. Zamawiający błędnie wpisał w formularz ofertowy ilości oraz rodzaj materiałów eksploatacyjnych. Zamawiający nie posiadał wiedzy na temat popełnionego błędu na etapie składania ofert co uniemożliwiło wprowadzenie wcześniej stosownych zmian.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze - musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie -wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie -wada ta musi być niemożliwa do usunięcia."

Ponadto w dniu 7 lutego 2023 r. Zamawiający sprostował zawiadomienie o unieważnieniu przekazując wykonawcom treść sprostowanego zawiadomienia o unieważnieniu:

„Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 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.

1. W załączniku nr 2 do SWZ - Formularz ofertowy - w części C - Oferowane kryterium w Kryterium nr 1 CENA wskazał błędnie sposób wpisania łącznej wartość oferty. Zamawiający opisał, że Wykonawca winien wpisać łączną wartość oferty za poz.1-12. (Zgodnie z wartością wpisaną jako łączna wartość oferty w Załączniku nr 1 Formularz asortymentowo - cenowym). Załącznik nr 1 do SWZ Formularz asortymentowo-cenowy składa się z 13 pozycji w związku z tym prawidłowo Wykonawca winien wpisać w Formularzu ofertowym łączną wartość oferty za poz. 113. Powyższy błędny zapis mógł Wykonawców wprowadzić w błąd przy obliczeniu łącznej wartości oferty.

2. Przedmiotem zamówienia jest Zakup farmy drukarek 3D wraz z materiałami eksploatacyjnymi, które to winny być dedykowane do zaoferowanych drukarek,

zapewniające najlepszą jakość wydruku oraz prawidłowe działania drukarek w czasie ich eksploatacji. Zamawiający błędnie wpisał w formularz ofertowy ilości oraz rodzaj materiałów eksploatacyjnych.

Jest:

Rodzaje i ilości materiałów:

Poz.5 ABS " 66kg (mix kolorów z przewaga koloru czarnego)

Poz.6 ASA - 30kg (mix kolorów z przewaga koloru czarnego)

Poz.7 PLA - 50kg (mix kolorów z przewaga koloru czarnego) Poz. 8 PETG - 60kg (mix kolorów z przewaga koloru czarnego)

Poz. 9-NYLON-6kg

Poz.10 Filament z co najmniej 30% dodatkiem włókna szklanego -4kg

Poz. 11 Filament z co najmniej 15% dodatkiem włókna węglowego --4kg

Poz. 12 Filament transparentny - 5kg

Poz.13 Filament rozpuszczalny w wodzie - 4kg

Powinno być:

Poz.5 ABS - 62 kg (60% zamówienia kolor czarny, 10% biały, 10% zielona, 10% niebieski, 10% czerwony) w tym 25 kg ABS o zwiększonej wytrzymałości na temperaturę i uderzenia (Naprężenie przy zerwaniu minimum 30,70 MPa) w kolorze czarnym.

Poz.6 ASA - 25kg (100% zamówienia kolor czarny)

Poz.7 PLA - 55kg (60% zamówienia kolor czarny, 20% odcienie grafitowe, 20 % szarego) Poz. 8 PETG - 60kg (80% zamówienia kolor czarny, 20% w odcieniach szarości) Poz.9 NYLON - 6kg w kolorze czarnym

Poz. 10 Filament z domieszką włókna szklanego (co najmniej 30%) - 4kg w kolorze czarnym, Poz. 11 Filament z domieszką (co najmniej 15%) włókna węglowego -- 4kg w kolorze czarnym

Poz.12 Filament transparentny bezbarwny - 5kg

Poz. 13 Filament rozpuszczalny w wodzie - 4kg - kolor dowolny

3. Zamawiający nie określił wystarczająco precyzyjnie rodzaju oraz oznaczeń kolorów materiałów eksploatacyjnych. Zamawiający wpisując mix kolorów z przewagą koloru czarnego naraża się, że otrzyma w dostawie nie te kolory ich ilości których oczekiwał. Zamawiający wskazuje, że braki te zauważone zostały dopiero po terminie otwarcia ofert co skutkuje niemożnością ich naprawienia a tym samym stają się wadą postępowania.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że na etapie trwania postępowania żaden z Wykonawców nie zgłosił się do Zamawiającego z pytanie czy prośbą o doprecyzowanie OPZ w zakresie kolorów i ilości kg filamentów w poszczególnych pozycjach .

Przedmiotowa wada zatem ma charakter istotny i nieusuwalny, a dla przywrócenia zgodności z prawem konieczne jest unieważnienie postępowania i ogłoszenia go ponownie z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4. Zamawiający nie zawarł w OPZ usługi montażu i uruchomienia farmy u Zamawiającego. Usługa uruchomienia i zsynchronizowanie 25 urządzeń oraz spięcie ich w farmę wymaga fachowej obsługi, która winna być zrealizowana przez Wykonawcę dostarczającego Farmę Drukarek. Zamawiający nie przewidział tego na etapie przygotowania postępowania.

5. Zamawiający nie określił w OPZ co rozumie pod pojęciem „urządzeń produkowanych seryjnie", Zamawiający nie doprecyzował w jaki sposób Wykonawca winieni udokumentować seryjności produkowanych urządzeń co skutkuje brakiem wiarygodnego określenia czy oferowany sprzęt jest faktycznie produkowany seryjny.

Wobec braku doprecyzowania pojęcia „seryjności urządzeń" Zamawiający nie może ocenić, czy oferowany produkt jest zgodny ze SWZ, co stanowi naruszenie zasad konkurencyjności wobec braku możliwości porównania złożonych ofert w postępowaniu.”

W ocenie Izby, nieprawidłowości zauważone przez zamawiającego nie stanowią wad, które uzasadniają unieważnienie postępowania, gdyż nieprawidłowości te nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy. Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m. in. jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie chodzi zatem o to, że w postępowaniu wystąpiła jakakolwiek wada, choćby nawet poważna — lecz chodzi tylko o wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Aby stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania mogła stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale także wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem określonego przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Zmawiający unieważniając postępowanie nie wskazał przepisów, których naruszenie powoduje konieczność unieważnienia postępowania, a przedstawił tylko okoliczności faktyczne.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż Zamawiający wadę postępowania zrównuje z dostrzeżonymi brakami w opisie przedmiotu zamówienia, który w sposób niepełny zaspokaja jego aktualnie zidentyfikowane potrzeby. W ocenie Izby, okoliczności stanowiące podstawę unieważnienia postępowania nie stanowią naruszeń kwalifikowanych niezgodnością z przepisami Pzp. Co do pierwszej ze wskazanych przyczyn tj. błędnego pouczenia o sposobie sumowania zawartego w Załączniku nr 2 do SWZ, podkreślić należy, że każdy z wykonawców dokonał prawidłowego zsumowania wszystkich pozycji i tę sumę uznał za łączną wartość oferty. Żaden z wykonawców zainteresowanych uczestnictwem w

postępowaniu nie wystąpił do Zamawiającego o wyjaśnienie przedmiotowej rozbieżności, a złożone oferty potwierdzały prawidłowe rozumienie wymagań. Dla wykonawców zrozumiałe było co mają ująć w łącznej wartości oferty. Co do pozostałych uchybień jakie dostrzegł Zamawiający w postępowaniu czyniąc je podstawami jego unieważnienia, Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, że „podstawy unieważnienia postępowania, zarówno ta z 2 lutego 2023 r. dotycząca nieprawidłowego określenia ilości i rodzaju materiałów eksploatacyjnych, jak i nowo dodane z 7 lutego 2023 r. dotyczące braku uwzględnienia montażu i uruchomienia farmy, a także niedookreślenia pojęcia „urządzenia

produkowane seryjnie” nie miały wpływu na wynik postępowania. Tego wpływu zresztą nie określił zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności. Być może zamawiający rzeczywiście, po ponownym przeanalizowaniu swoich potrzeb, uznał, iż mógł opisać przedmiot zamówienia w sposób trochę lepiej odpowiadający tym potrzebom. Nie jest to jednak żadna wada postępowania, a rezultat niedoskonałości procesu weryfikacji swoich potrzeb przez zamawiającego. Przedmiot zamówienia został opisany w opisie przedmiotu zamówienia tak, że nie budził on specjalnych wątpliwości wykonawców. Świadczy o tym m.in. brak pytań w tym zakresie zgłoszonych przez wykonawców. Ilość filamentów określono jednoznacznie, wymaganie co do ich kolorystyki także nie budziły wątpliwości (kolorystyka tylko częściowo ustalona, częściowo dowolna). Jednoznacznie określono również brak wymogu montażu i uruchomienia farmy u zamawiającego. Jak wskazał zresztą zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia: „Szkolenie zostanie przeprowadzone w umówionym między stronami terminie, po uruchomieniu zakupionego zestawu przez zamawiającego”. Na marginesie można wskazać, że jeżeli zamawiający będzie potrzebował tych usług może je nabyć oddzielnie. Nie są to usługi, które muszą być świadczone przez producenta drukarek. Co do braku zdefiniowania przez zamawiającego pojęcia „urządzeń produkowanych seryjnie” należy stwierdzić, iż termin ten, jak każdy inny, podlega wykładni w celu ustalenia jego treści.” Zamawiający unieważniając postępowanie podkreślił, iż usługa uruchomienia i zsynchronizowania 25 urządzeń oraz spięcie ich w farmę wymaga fachowej obsługi, która winna być realizowana przez wykonawcę dostarczającego Farmę Drukarek, czego Zamawiający nie przewidział na etapie przygotowania postępowania. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, iż takie uruchomienie i zsynchronizowanie może być dokonane tylko przez dostawcę drukarek i oprogramowania. Nie stanowią dowodu na tę okoliczność w szczególności dowody w postaci korespondencji mailowej z firmami get3d oraz SEB-COMP. Firmy te przedstawiając własny lub pożądany model realizacji takiego zamówienia lecz nie przesądza to o niedopuszczalności modelu odmiennego. W ocenie Izby, być może zamawiający aktualnie chciałby doprecyzować przedmiot zamówienia w celu właściwszego zabezpieczenia realizacji własnych potrzeb lecz taka sytuacja nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wykazał aby wskazane podstawy unieważnienia postępowania naruszały przepisy Pzp. Dokonany przez

Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie kolorystyki, ilości czy też wytrzymałości filamentów został ukształtowany na poziomie leżącym w zakresie swobody Zamawiającego. Trudno uznać, że pozostawienie przez Zamawiającego częściowej swobody w zakresie kolorystyki filamentów i ich innych właściwości, wykonawcom, stanowi naruszenie ustawy Pzp, a tym bardziej powoduje nieporównywalność ofert czy też wystąpienie w postępowaniu wady o charakterze istotnym i nieusuwalnym. W każdym przedmiocie zamówienia są obszary, które w pewnym zakresie pozostawiają wykonawcom swobodę doboru parametrów. Jeśli parametr ten był istotny z punktu widzenia Zamawiającego winien z należytą starannością ujawnić swe potrzeby w dokonanym opisie. Braki w tym zakresie, dostrzeżone przez Zamawiającego w toku postępowania nie mogą obarczać wykonawców i stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż dawałoby to możliwość Zamawiającym do unieważnienia tak naprawdę każdego postępowania o udzielenie zamówienia, co z kolei mogło by prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Trudno zgodzić się z Zamawiającym, że w związku z określeniem przedmiotu jako zestaw oczekiwał on usług montażu i przygotowania farmy do uruchomienia, w sytuacji gdy wprost w SWZ (pkt XIX opis kryteriów) wskazał „Dostawca przeprowadzi jednorazowe szkolenie obejmujące swym zakresem użytkowanie zakupionej farmy, przy użyciu dostarczonego wraz z nią oprogramowania. Szkolenie zostanie przeprowadzone w umówionym między stronami terminie, po uruchomieniu zakupionego zestawu przez zamawiającego.” Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdzi, że oczekiwał, iż przedmiot zamówienia zostanie uruchomiony po odpowiednim przygotowaniu przez Wykonawcę, wykonawcy nie uzyskali precyzyjnie określonych oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie, a ponadto złożyli nieporównywalne oferty. Przy czym, w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wprost wskazał, jak przedstawiono powyżej, że nie przewidział usługi montażu i uruchomienia farmy u Zamawiającego. Tak więc argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie nie można uznać za wiarygodną. Izba, dostrzega, iż brak w opisie zamówienia konieczności montażu, uruchomienia i konfiguracji dostarczanych drukarek może rodzić po stronie Zamawiającego pewne niedogodności w użytkowaniu oraz egzekwowaniu praw np. z gwarancji, lecz takie ukształtowanie postępowania niewątpliwie nie jest niezgodne z ustawą Pzp i nie narusza jej przepisów.

Izba nie dała również wiary dowodowi złożonemu przez Zamawiającego, w postaci korespondencji mailowej z drugim wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem zamówienia, który to dowód miał potwierdzać nieporównywalność ofert oraz różne rozumienie wymagań SWZ przez wykonawców. Korespondencja ta niewątpliwie powstała na potrzeby postępowania odwoławczego. Zamawiający w toku badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie występował do wykonawców o wyjaśnienie zakresu usług objętych ich ofertami. Zgodzić się należy w tym zakresie z Odwołującym, iż konkurent

którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji jest zainteresowany w unieważnieniu postępowania, a więc trudno uznać jego oświadczenia za wiarygodne.

Również argumentacja dot. podstawy unieważnienia ze względu na nie określenie w OPZ co Zamawiający rozumie pod pojęciem „urządzeń produkowanych seryjnie” nie zasługiwała na uwzględnienie. Zamawiający podnosił, iż nie doprecyzował w jaki sposób wykonawca winien udokumentować seryjność produkowanych urządzeń co skutkuje brakiem wiarygodnego określenia czy oferowany sprzęt jest faktycznie produkowany seryjnie. Wobec braku doprecyzowania pojęcie „seryjności urządzeń” Zamawiający nie może ocenić, czy oferowany produkt jest zgodny z SWZ, co stanowi naruszenie zasad konkurencyjności wobec braku możliwości porównania złożonych ofert w postępowaniu”. Jak ustaliła Izba, zgodnie z pkt X SWZ informacja o przedmiotowych środkach dowodowych, Zamawiający wskazał, że Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą, przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

dokumentów np. katalogów producenta, kart informacyjnych, potwierdzających spełnienie parametrów wymaganych

przez Zamawiającego. Dokumenty winne być złażone w języku polski lub tłumaczone na język polski. Opisane, którego zadania dotyczą, producenta oraz modelu lub symbolu lub numeru katalogowego. (Na potwierdzenie proponowanego asortymentu wymienionego w formularzu asortymentowo - cenowymi nr 2). W Formularzu asortymentowo – cenowym (opisie minimalnych parametrów) stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający dokonał następującego opisu „Zakup farmy drukarek 3D, zbudowanej z urządzeń produkowanych seryjnie do których producent zapewnia wsparcie techniczne oraz części zamienne, w skład której wchodzą następujące drukarki, oprogramowanie oraz materiały eksploatacyjne" wg wymienionej poniżej w tabelach specyfikacji produktów. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył karty katalogowe oferowanych urządzeń a następnie oświadczył, że „wszystkie zaoferowane drukarki 3D są produkowane seryjnie". W ocenie Izby tak ukształtowane postanowienia SWZ nie naruszają przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 106 ustawy Pzp regulującego zasady zadania przedmiotowych środków dowodowych. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest uprawnieniem Zamawiającego. W związku z tym również zakres informacji zawartych w zadanych środkach pozostaje w zakresie swobody Zamawiającego. Zamawiający nie jest zobligowany do żądania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie wszystkich wymagań zakreślonych w OPZ, co więcej ustawa Pzp wskazuje, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest dopuszczalne tylko jeśli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a żądanie takie nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powszechną praktyką na rynku jest poleganie na oświadczeniach wykonawców co do akceptacji wymagań zakreślonych SWZ i ich spełnieniu. Zamawiający żądał dokumentów przedmiotowych na potwierdzenie spełniana określonych parametrów zgodnie z przepisami ustawy Pzp i takie dokumenty odwołujący złożył – brak tutaj

naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby, zamawiający na tym etapie postępowania winien ocenić ofertę wykonawcy w oparciu o informacje zawarte w złożonych przez niego dokumentach i oświadczaniach oraz wyjaśnieniach i w oparciu o te informacje, ocenić, czy oferta wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia. W ocenie Izby nie dookreślenie przez zamawiającego pewnych elementów w SWZ nie może wywoływać dla wykonawców negatywnych konsekwencji. Zamawiający winien ocenić złożoną ofertę w oparciu o postanowienia SWZ.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego o niedopuszczalności sprostowania czynności przez Zamawiającego, Izba dostrzega ryzyko związane z takim działaniem mogące prowadzić do pozbawienia wykonawców ich praw do korzystania ze środków ochrony prawnej, lecz dostrzega także, że do takiej sytuacji w niniejszej sprawie nie doszło. Odwołujący ujął w odwołaniu również argumentację związaną z dokonanym sprostowaniem, tak więc rozważania Odwołującego są natury teoretycznej nie mającej wpływu na przedmiotowe postępowanie.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że postępowanie nie podlegało unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a Zamawiający dokonując tej czynności naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Wobec czego odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).