

WYROK
z dnia 24 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Opeus Energia sp. z o.o. w Płocku**

w postępowaniu prowadzonym przez **miasto Brzeziny z siedzibą w Brzezinach**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Brzeziny z siedzibą w Brzezinach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Opeus Energia sp. z o.o. w Płocku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Brzeziny z siedzibą w Brzezinach** na rzecz wykonawcy **Opeus Energia sp. z o.o. w Płocku** kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – miasto Brzeziny z siedzibą w Brzezinach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „innowacje w różnicowanych rozwiązaniach fotowoltaicznych w mieście Brzeziny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2015 r., poz. 79797.

W dniu 10 lipca 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Opeus Energia sp. z o.o. w Płocku, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji także wobec czynności unieważnienia postępowania odwołujący wniósł w dniu 15 lipca 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie na skutek przyjęcia, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie, iż odwołujący na skutek wezwania zamawiającego przedłożył dokumenty w postaci materiałów technicznych (karty

katalogowej oferowanych modułów fotowoltaicznych oraz dodatkowo oświadczenia producenta tych modułów) potwierdzających spełnienie przez zaoferowane przez odwołującego moduły fotowoltaiczne objęte tymi materiałami technicznymi wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a określonych w rozdziale IV SIWZ,

- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, iż odwołujący zmienił treść swojej oferty, podczas gdy odwołujący uzupełnił swoją ofertę w żądanym przez zamawiającego i dopuszczonym przez ustawodawcę zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. tj. poprzez załączenie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane przez odwołującego moduły fotowoltaiczne wymagań określonych przez zamawiającego,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na nie złożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas gdy oferta złożona przez odwołującego, spełniająca wszystkie

2

wymogi zamawiającego, nie podlegała odrzuceniu, a przy tym powinna być zostać wybrana jako najkorzystniejsza..

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w nieuprawniony sposób przyjął, iż odwołujący w piśmie z dnia 7 lipca 2015 r., do którego zgodnie z żądaniem zamawiającego załączył kartę katalogową modułu fotowoltaicznego wraz z dodatkowym oświadczeniem jego producenta, potwierdzające spełnianie przez oferowane przez odwołującego moduły fotowoltaiczne wymagań określonych przez zamawiającego, dokonał rzekomo zmiany treści uprzednio złożonej oferty.

Powyższe stanowisko zamawiającego jest całkowicie nieuprawnione i sprzeczne zarówno z treścią obowiązujących przepisów, jak i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podniósł, że zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2015 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów (materiałów technicznych w postaci danych producenta lub kart katalogowych) w zakresie modułów fotowoltaicznych potwierdzających spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie zamawiającego było w pełni uzasadnione i prawidłowe, w przeciwieństwie do następczego uznania przez zamawiającego, że uzupełnienie przez odwołującego żądanych przez zamawiającego dokumentów jest niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie złożył w określonym terminie (w tym przypadku w terminie składnia ofert) wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wzywa takiego wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Stanowisko zamawiającego zaprezentowane w jego piśmie z dnia 10 lipca 2015 r. zawierającym oświadczenie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na tej podstawie, jakoby uzupełnienie przez odwołującego dokumentów w postaci karty katalogowej modułu fotowoltaicznego stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty jest niezasadne. Znamienne jest również okoliczność, iż zamawiający zarzucił odwołującemu dokonanie przez niego uzupełnienia oferty o wskazane przez zamawiającego dokumenty, podczas gdy to on sam pismem z dnia 3 lipca 2015 r. prawidłowo zwrócił się do

3

odwołującego o uzupełnienie właśnie tych dokumentów, tak aby uznać następnie takie uzupełnienie dokumentów za niedopuszczalne. Na uwagę zasługuje również fakt, iż zamawiający w żadnej z części oferty, w szczególności w formularzu oferty, ani też w kalkulacji cenowej, nie przewidział miejsca na wskazanie nazwy oferowanych wyrobów, ich

typów, czy też producentów. Odwołujący w formularzu złożonej oferty nie był zobowiązany i nie wskazał zatem żadnego konkretnego wyrobu (typu modułu fotowoltaicznego), który zamierza użyć przy wykonaniu zamówienia. W rezultacie, w przypadku nie załączenia przez odwołującego karty katalogowej danego urządzenia lub załączenia karty urządzenia, które nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego, zamawiający zobowiązany był do zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co też pierwotnie zamawiający uczynił, aby następnie wskazać, iż uzupełnienie dokumentów przez odwołującego w zakresie i na wyraźny wniosek zamawiającego stanowiło niedopuszczalną zmianę oferty. Zamawiający nie może bowiem przerzucać na odwołującego negatywnych skutków wynikających z faktu przyjętego przez siebie sposobu przygotowania formularza oferty i kalkulacji cenowej, jak i podejmowanych przez siebie czynności. W rezultacie zatem złożenia przez odwołującego, w wykonaniu skierowanego do niego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, brakujących dokumentów, tj. karty katalogowej modułu fotowoltaicznego oraz dodatkowo oświadczenia producenta modułu, których celem było uzupełnienie dokumentów załączonych do oferty, brak było obiektywnych podstaw do przyjęcia przez zamawiającego, iż odwołujący w ten sposób zamierzał dokonać i dokonał zmiany treści oferty. W rezultacie brak było również podstaw do jej odrzucenia przez zamawiającego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania na skutek braku chociażby jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

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

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 3 lipca 2015 r. skierowane do odwołującego, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, zawiadomienia zamawiającego o unieważnieniu postępowania i o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 10 lipca 2015 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

4

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy W. P. z uwagi na niewskazanie przez wykonawcę w czym upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, co jest jednym z warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia, wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Z przywołanego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że jednym z elementów pisma, jakim jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, winno być wskazanie, w czym wykonawca upatruje swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca w piśmie swym oświadczył jedynie, iż „posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego”, nie odnosząc tego jednak w żaden, choćby minimalny sposób do okoliczności faktycznych w

postępowaniu. Wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia jest elementem istotnym pisma albowiem - jak wynika z przepisu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp - ustawodawca przyznaje status uczestnika postępowania wyłącznie wykonawcom, którzy mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Interes ten jest zatem badany przez Izbę. Ponadto, w myśl art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, interes ten może być kwestionowany przez strony w drodze opozycji.

Niewskazanie w czym wykonawca upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił jest zatem brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało

5

koniecznością niedopuszczenia wykonawcy W. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Instalatorstwo Elektryczne do analizowanego postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert może być wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest realizacja inwestycji pod nazwą „Innowacje w różnicowanych rozwiązaniach fotowoltaicznych w mieście Brzeziny”. Elementem inwestycji jest montaż instalacji fotowoltaicznych (PV). W zakres tej instalacji wchodzi m.in. dostawa i montaż paneli fotowoltaicznych. Zamawiający opisał również wymagane parametry techniczne zamawianych paneli (rozdział IV pkt 1 SIWZ).

Ustalono także, że w rozdziale XV SIWZ, w pkt 5 zamawiający wskazał, że wymagane jest dołączenie do oferty m.in.

- a) materiałów technicznych (dane producenta lub karty katalogowe) potwierdzające oczekiwane parametry techniczne materiałów i urządzeń zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1),
- b) materiałów technicznych (dane producenta lub karty katalogowe) potwierdzające możliwość udzielenia gwarancji wymaganych w rozdziale IV pkt 5 i 6.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in.

odwołujący. Nie załączył on do swej oferty dokumentów, o których mowa w rozdziale XV pkt 5 SIWZ w odniesieniu do modułów PV (fotowoltaicznych).

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale XV pkt 5 SIWZ w odniesieniu do modułów PV (fotowoltaicznych).

Odwołujący, pismem z dnia 7 lipca 2015 r., w terminie wyznaczonym przez zamawiającego złożył kartę katalogową modułu wraz z oświadczeniem producenta.

Ustalono także, że pismami z dnia 10 lipca 2015 r. zamawiający powiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Zamawiający poinformował także odwołującego, że odrzucił złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym

6

swej czynności zamawiający argumentował, że niedołączenie dokumentów o których mowa w rozdziale XV pkt 5 SIWZ w zakresie modułów PV do oferty skutkowało tym, że zamawiający nie był w stanie ocenić oferty złożonej przez odwołującego pod kątem spełnienia wymagań SIWZ bowiem nazwa i model oferowanego modułu ujawniona jest w tych dokumentach i nie wynika z żadnych innych dokumentów dołączonych do oferty. Argumentował, że dokumenty te stanowią treść oferty i nie mogą być zakwalifikowane jako

dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzupełnienie przedmiotowych dokumentów nastąpiło w dniu 7 lipca 2015 r. i było poprzedzone wezwaniem zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie oferta odwołującego została uzupełniona, co jest niedozwolone w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Doszło w ten sposób do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Uzupełnienie dokumentów jest więc nieskuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż zamawiający nie wykazał, aby treść oferty odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazywanym w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia.

W pierwszej kolejności należało poczynić ustalenia odnośnie charakteru dokumentów, jakich zamawiający wymagał w rozdziale XV SIWZ pkt 5. W powoływanym postanowieniu zamawiający oczekiwał dołączenia do oferty materiałów technicznych (dane producenta lub kart katalogowych) potwierdzających oczekiwane parametry techniczne materiałów i urządzeń zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 SIWZ, jak również materiałów technicznych potwierdzających możliwość udzielenia gwarancji wymaganych w rozdziale IV pkt 5 i 6 SIWZ.

Jak wynikało z przytoczonych postanowień, zamawiający jednoznacznie sprecyzował cel, w jakim mają być składane wymagane przez niego dokumenty. Tym celem było potwierdzenie wymaganych przez zamawiającego parametrów sprzętu opisanych w rozdziale IV pkt 1 i 5-6 SIWZ. Biorąc pod uwagę rolę dokumentów niewątpliwie należało je zakwalifikować jako tzw. dokumenty potwierdzające, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w razie niezłożenia przez wykonawcę dokumentów przedmiotowych lub złożenia tych dokumentów obarczonych błędami, po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia

7

w wyznaczonym terminie. Zgodzić należało się z zamawiającym, że dokumenty przedmiotowe poza zasadniczym celem tj. potwierdzeniem spełnienia przez oferowane dostawy wymogów określonych przez zamawiającego mogą wskazywać na konkretnie zaoferowany produkt, czy też konkretny typ produktu. W takim przypadku uzupełnienie dokumentów przedmiotowych nie może naruszać dyspozycji określonej w art. 87 ust. 1 in fine ustawy Pzp, tj., nie może prowadzić do zmiany treści oferty poprzez zaoferowanie innego produktu lub typu produktu. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 25 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO/1745/10, iż *Uzupełnianie takich dokumentów, a więc dokumentów przedmiotowych, jest możliwe jedynie wtedy, gdy nie prowadzi do zmiany treści oferty złożonej przez danego wykonawcę, tj. zmiany zaoferowanego produktu, usługi bądź też sposobu wykonania robót budowlanych*, jak również w wyroku Izby z dnia 22 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1695/09 w którym stwierdzono, iż *dokumenty przedmiotowe stanowią źródło wiedzy o zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami SIWZ*. Analogiczny pogląd Izba wyraziła również w wyroku o sygn. akt KIO 1640/11.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, aby odwołujący poprzez uzupełnienie kart katalogowych paneli fotowoltaicznych miał dopuścić się zmiany treści swojej oferty. Udowodnienie podnoszonej przez zamawiającego okoliczności faktycznej wymagało wykazania, jakie panele odwołujący zaoferował w ofercie i że oświadczenie w tym zakresie zostało zmienione wskutek uzupełnienia karty katalogowej panela. Fakty te nie zostały przez zamawiającego wykazane. Wzięto pod uwagę, że w treści oferty odwołującego próżno było szukać informacji na temat modelu czy producenta oferowanych przez wykonawcę paneli. Zamawiający nie żądał w SIWZ podania takich danych zarówno w formularzu oferty jak i w kosztorysie ofertowym, ani w żadnym innym miejscu oferty. Natomiast karta katalogowa, jak wynikało z rozdziału XV pkt 5 SIWZ miała służyć jedynie udowodnieniu spełnienia wymagań zamawiającego z rozdziału IV SIWZ. W szczególności, z postanowienia tego nie wynikało, aby miała ona identyfikować konkretny

produkt czy producenta. Dostrzeżenia wymaga, że nie istnieje definicja pojęcia karta katalogowa, zaś dokument ten może obejmować dane odnoszące się np. do całej linii produktów. Wskutek przesłania zamawiającemu w dniu 7 lipca 2015 r. karty katalogowej panela, odwołujący rzeczywiście ujawnił dane odnośnie producenta i modelu oferowanego przez siebie panela. Jednakże dane te zostały ujawnione przez odwołującego po raz pierwszy. Zatem, w okolicznościach danej sprawy, uzupełnienie to nie prowadziło do zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie udowodnił bowiem, aby odwołujący zmienił swoje oświadczenie co do modelu czy producenta oferowanego panela.

8

Nie potwierdzają stanowiska zamawiającego orzeczenia Izby przywoływane przez niego w odpowiedzi na odwołanie. Podkreślenia wymagało, że w każdym ze stanów faktycznych, w których Izba wypowiadała się o niedozwolonej zmianie oferty, odrzucenie oferty było wynikiem ustalenia przez Izbę, że uległy zmianie pierwotnie oferowane parametry. W wyroku z 25 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1474/12 Izba rzeczywiście uznała, że doszło do zmiany oferty, ale nastąpiło to z tego względu że *na wezwanie do wyjaśnienia dokumentu stanowiącego rysunek zawarty w ofercie, w wyniku złożenia nowego, poprawionego rysunku, opatrzonego o dodatkowy zestaw pompowy, którego w pierwotnie złożonym w ofercie rysunku nie uwidoczniono*. W wyroku z 24 marca 2014 r. sygn. akt KIO 447/14 Izba uznała, że wykonawca dopuścił się niedozwolonej zmiany oferty. Jednakże wniosek taki wyciągnięto z porównania treści oferty z treścią wyjaśnień złożonych przez przystępującego. Izba doszła bowiem do przekonania, że *skoro bowiem w ofercie podano, że sporny parametr będzie wynosił więcej niż 12,0 kN, a w wyjaśnieniach napisano, że wartość ta będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN, to nie można wywodzić, że mowa jest jedynie o doprecyzowaniu oświadczenia z oferty*. Z kolei w wyroku z 14 listopada 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2238/14 Izba doszła do przekonania, że niemożliwa jest zmiana takich danych, które zostały w ofercie podane. *Wykonawca może zatem wskazać na parametry, funkcje czy okoliczności, których w ofercie i załączonych dokumentach brak – np. w braku informacji o ilości czy rodzaju dysku, wielkości pamięci itd. Jeśli jednak dane takie zostały w ofercie podane, niemożliwa jest ich zmiana przez wykonawcę*.

Jeżeli zaś chodzi o wyrok wydany w sprawie o sygn. akt KIO 638/11, to w orzeczeniu tym Izba nie wypowiadała się w sprawie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei w sprawach prowadzonych odrębnie pod sygnaturami akt KIO 2774/12 i KIO 2781/12 nie wypowiadano się w przedmiocie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zaś wydane w tych sprawach wyroki ogłoszono w innych datach aniżeli podawany przez zamawiającego 19 stycznia 2015 r.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp bezpodstawnie uznając, jakoby odwołujący miał dopuścić się zmiany treści swojej oferty. Zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezasadnie odrzucając ofertę odwołującego w sytuacji, gdy nie wykazano aby treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Uzupełniono mu bowiem w sposób prawidłowy wymagane karty katalogowe odnoszące się do modułów PV. W konsekwencji zamawiający w sposób nieuprawniony unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem błędnie ustalił, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

9

W wykonaniu wyroku Izby zamawiający zobowiązany będzie unieważnić czynność unieważnienia postępowania, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

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

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. Wobec powyższego nakazano zamawiającemu unieważnienie niezgodnej z prawem czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim,

10

analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.).” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

11