Sygn. akt: KIO 2503/23

WYROK

z dnia 12 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Arcon Polska sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cierpiszewo, Cierpice**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cierpiszewo, Cierpice** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Arcon Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cierpiszewo, Cierpice** na rzecz wykonawcy **Arcon Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2503/23

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

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cierpiszewo, Cierpice, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowych maszyn wielooperacyjnych typu harwester oraz forwarder.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 maja 2023 r., nr 2023/S 085-261186.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 24 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Arcon Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 219 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez błędne uznanie, że jego oferta podlega odrzuceniu, podczas gdy treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, a tym samym poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także w sposób nieprzejrzysty
2) art. 128 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania go do uzupełnienia innych dokumentów składanych w postępowaniu tj. poglądowej dokumentacji fotograficznej maszyn, które to dokumenty nie stanowią treści oferty,
3) art. 255 pkt 2 Pzp przez jego błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania w sytuacji kiedy nie ziściły się przesłanki do odrzucenia jego oferty, a tym samym do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2)unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,
3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że bezspornym jest nie złożył wraz z ofertą wskazanej przez

Zamawiającego w punkcie 3.1.15 SWZ poglądowej dokumentacji fotograficznej. Niekwestionowanym jest również, że Zamawiający w rozdziale 8 SWZ nie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Sporną natomiast kwestią jest przypisanie wyżej wymienionym dokumentom charakteru treści oferty. W ocenie odwołującego nie można przydać takiego waloru poglądowej dokumentacji fotograficznej, o której mowa w punkcie 3.1.15 SWZ. Odwołujący argumentował, że pod pojęciem „treści oferty" rozumie się zobowiązanie do spełnienia wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego, mając na uwadze tak przyjętą definicję treści oferty oraz skonstruowane przez Zamawiającego postanowienia SWZ nie sposób uznać, że poglądowe zdjęcia stanowią zobowiązanie do spełnienia wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości lub innych elementów istotnych niniejszego zamówienia. Dokumenty te nie zawierają żadnego oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z SWZ Zamawiający żądał tego rodzaju materiałów jedynie w celach „poglądowych". Według odwołującego nie stanowią one zatem opisu właściwości/parametrów ofertowanych produktów, który to opis został sprecyzowany przez Zamawiającego i przedstawiony przez wykonawców w formularzu specyfikacji technicznej dla zaoferowanego Harwestera oraz formularzu specyfikacji technicznej dla zaoferowanego Forwardera. To specyfikacja techniczna określała wszelkie parametry techniczne oferowanych maszyn i oświadczenie w przedmiocie spełnienia tychże wymagań zawarte w formularzu specyfikacji technicznej stanowiło treść oferty, a nie poglądowe fotografie.

Zdaniem odwołującego o tym, czy mamy do czynienia z treścią oferty nie może również przesądzać fakt, że Zamawiający wskazał, że owe dokumenty mają zostać złożone „wraz z ofertą". Wręcz przeciwnie, użycie sformułowania „wraz z ofertą" dowodzi tego, że dokumentacja fotograficzna nie stanowiła oferty, lecz miała być złożona obok niej. Idąc tym tokiem rozumowania, to oświadczenie JEDZ, które jest również składane „wraz z ofertą", także powinno być traktowane jako treść oferty, a przecież oczywistym jest, że JEDZ nie jest treścią oferty, lecz dokumentem wstępnie potwierdzającym brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Według odwołującego sam fakt, że JEDZ jest składany wraz z ofertą nie czyni go elementem treści oferty. Obowiązek złożenia zdjęć „wraz z ofertą" nie implikuje zatem tezy, iż były treścią oferty.

Odwołujący zaznaczał także, że w punkcie 13.5 SWZ, który wyszczególniał co składa się na ofertę, Zamawiający nie uwzględnił poglądowych fotografii. Zdaniem odwołującego, nie można zatem przyjąć, że w SWZ nadano dokumentacji fotograficznej charakter kształtujący treść oferty. Nie ma żadnych postanowień sugerujących taki status tego materiału. Zarazem wskazane powyżej zapisy specyfikacji przeczą takiej kwalifikacji. W ocenie odwołującego owe zdjęcia należy zaliczyć co najwyżej do ustawowej kategorii „innych dokumentów lub oświadczeń".

Odwołujący argumentował, że zamawiający podał w punkcie 3.1.15 SWZ, że poglądowa dokumentacja fotograficzna ma być złożona „w celu potwierdzenia, że oferowana maszyna spełnia wymagania SWZ" (przy czym nie wskazał jakie wymagania będą tutaj weryfikowane). Z drugiej zaś strony zamawiający w rozdziale 8 SWZ wyraźnie zaznaczył, że: „nie wymaga od wykonawców przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych" i konsekwentnie w punkcie 13.5 SWZ nie wyszczególnił tychże dokumentów. Biorąc zarazem pod uwagę, że dokumentacja fotograficzna została literalnie określona mianem „poglądowej", nie sposób uznać, że stanowiła przedmiotowy środek dowodowy (w zaistniałych okolicznościach wywiedzenie obowiązku złożenia zdjęć jako psd uniemożliwia również utrwalony w orzecznictwie i piśmiennictwie zakaz obarczania wykonawców negatywnymi konsekwencjami niejednoznacznych – a w tym przypadku nawet wzajemnie sprzecznych - postanowień SWZ).

Podsumowując odwołujący wywiódł, że nie sposób utożsamiać „poglądowej dokumentacji fotograficznej" z treścią oferty, ani nawet przedmiotowymi środkami dowodowymi. Nie precyzyjnie określony status wspomnianej dokumentacji (a przez to niejasny) uzasadnia przekonanie, iż materiał ten nie był wiążący dla wykonawców, względnie stanowił „inne dokumenty". Traktując natomiast poglądowe zdjęcia jako „inne dokumenty", o których mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien był wezwać go na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentacji fotograficznej - czego zaniechał wbrew obowiązkowi wynikającego z ww. przepisu. Skutkiem tego było bezpodstawne odrzucenie jego oferty oraz unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

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

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w*

sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złoże-nia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Art. 255 pkt 2 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych maszyn wielooperacyjnych typu harwester oraz forwarder.

Ustalono także, że w pkt 3 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), w ppkt 1.15 SWZ zamawiający wskazał:
W celu potwierdzenia, że oferowana maszyna spełnia wymagania SWZ, Wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą poglądową dokumentację fotograficzną, przedstawiającą od 4 do 10 zdjęć każdej maszyny (przedstawiających co najmniej: przód, tył, prawy bok, lewy bok oraz konstrukcję zewnętrzną każdego z elementów roboczych maszyny – harwester: żuraw z głowicą, forwarder: żuraw z chwytakiem.

Ustalono także, że w pkt 8 SWZ zatytułowanym „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych" Zamawiający wskazał, że *nie wymaga od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych*.

Ustalono także, że w pkt 13.5 SWZ zamawiający wskazał:
„W terminie składania ofert określonym w pkt 12.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą:
a) formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) wraz z formularzami specyfikacji technicznej (sporządzonymi wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2a i 2b do SWZ) oraz formularzem kosztów przeglądów (załącznik nr 3 do SWZ), sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
b) pełnomocnictwo do złożenia oferty udzielone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, o ile oferta zostanie złożona przez pełnomocnika,
c) pełnomocnictwo dla pełnomocnictwa ustanowionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, pełnomocnictwo powinno być udzielone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
d) zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjały przez podmiot trzeci zgodnie z pkt 7.3. SWZ, jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, (Niewiążący wzór zobowiązania o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia stanowi załącznik nr 7 do SWZ).
e) JEDZ jako własne oświadczenie Wykonawcy pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
f) JEDZ dla każdego z podmiotów na zasobach, których Wykonawca polega, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym o ile wykonawca polega na zasobach innych podmiotów,
g) JEDZ dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
h) Wadium w oryginale w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (tylko, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie niepieniężnej)."

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego. Na ofertę składały się następujące dokumenty:
- formularz ofertowy;
- formularz specyfikacji technicznej dla zaoferowanego Harwestera;
- formularz specyfikacji technicznej dla zaoferowanego Forwardera;
- formularz kosztów przeglądów okresowych (obsługi) maszyny Harwester;

- formularz kosztów przeglądów okresowych (obsługi) maszyny Forwarder;
- oświadczenie wstępne złożone na formularzu oświadczenia JEDZ.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą poglądowej dokumentacji fotograficznej, przedstawiającej od 4 do 10 zdjęć każdej maszyny (przedstawiających co najmniej: przód, tył, prawy bok, lewy bok oraz konstrukcję zewnętrzną każdego z elementów roboczych maszyny – harwester: żuraw z głowicą, forwarder: żuraw z chwytakiem), o której mowa w pkt 3.1.5 SWZ.

(por. oferta odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że 14 sierpnia 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, gdyż wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

1. Podstawą prawną dla odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

2. Zgodnie z pkt 13.5 lit. a) SWZ dla Postępowania, w terminie składania ofert określonym w pkt 12.1 SWZ wykonawca zobowiązany był złożyć ofertę zawierającą formularz ofertowy (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ dla Postępowania) wraz z formularzami specyfikacji technicznej (sporządzonymi wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2a i 2b do SWZ) oraz formularzem kosztów przeglądów (załącznik nr 3 do SWZ do Postępowania).

3. Ponadto Zamawiający w pkt 3.1.15 SWZ dla Postępowania nałożył na wykonawców obowiązek potwierdzenia, że oferowane maszyny spełniają wymagania SWZ, poprzez złożenie wraz z ofertą poglądowej dokumentacji fotograficznej, zawierającej od 4 do 10 zdjęć każdej maszyny, przedstawiających co najmniej: przód, tył, prawy bok, lewy bok oraz konstrukcję zewnętrzną każdego z elementów roboczych maszyny – harwester: żuraw z głowicą, forwarder: żuraw z chwytakiem („Dokumentacja Fotograficzna").

4. Jednocześnie w Rozdziale 8 SWZ dla Postępowania zatytułowanym „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych" Zamawiający wskazał, że nie wymaga od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

5. Mając na uwadze całokształt wyżej przywołanych postanowień SWZ dla Postępowania uznać należy, że Dokumentacja Fotograficzna, której złożenie było wymagane w terminie składania ofert, stanowiła element treści oferty.

6. Arcon Polska w terminie składania ofert złożył Zamawiającemu ofertę, na którą składały się następujące dokumenty:
- formularz ofertowy;
- formularz specyfikacji technicznej dla zaoferowanego Harwestera;
- formularz specyfikacji technicznej dla zaoferowanego Forwardera;
- formularz kosztów przeglądów okresowych (obsługi) maszyny Harwester;
- formularz kosztów przeglądów okresowych (obsługi) maszyny Forwarder;
- oświadczenie wstępne złożone na formularzu oświadczenia JEDZ.

7. Z uwagi na powyższe zachodzi zatem sprzeczność pomiędzy treścią złożonej oferty, a wymaganiami Zamawiającego w zakresie zawartości oferty, wyartykułowanymi w SWZ dla Postępowania.

8. Dokonując analizy skutków niezłożenia przez wykonawcę Dokumentacji Fotograficznej, należy odwołać się do normy prawnej wynikającej z art. 219 ust. 1 PZP, która stanowi, że oferta może zostać złożona tylko do upływu terminu składania ofert. Po upływie terminu składania ofert, jak stanowi jednoznacznie art. 223 ust. 1 PZP, nie zachodzi już możliwość zmiany, konwalidacji czy uzupełnienia oferty, poza zmianami określonymi w art. 223 ust. 2 PZP i art. 187 PZP. Mając powyższe na uwadze skonstatować należy, że od momentu upływu terminu składania ofert nie istniała już możliwość uzupełnienia tejże dokumentacji przez wykonawcę.

9. Tym samym uznać należy, że oferta złożona przez Arcon Polska była niezgodna z warunkami zamówienia zaprojektowanymi przez Zamawiającego w SWZ dla Postępowania.

(por. zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, w aktach sprawy).

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw.z art. 219 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i art. 255 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w pkt 3.1.15 SWZ zastrzegł, że W celu potwierdzenia, że oferowana maszyna spełnia wymagania SWZ, Wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą poglądową dokumentację fotograficzną, przedstawiającą od 4 do 10 zdjęć każdej maszyny (przedstawiających co najmniej: przód, tył, prawy bok, lewy bok oraz konstrukcję zewnętrzną każdego z elementów roboczych maszyny – harwester: żuraw z głowicą, forwarder: żuraw z chwytakiem.

Nie było sporne między stronami, że odwołujący nie złożył wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w pkt 3.1.15 SWZ. Nie okazało się także sporne między stronami, że dokumenty te nie są tzw. przedmiotowymi środkami dowodowymi. Zamawiający w pkt 8 SWZ wskazał bowiem wyraźnie, że nie żąda od wykonawców złożenia takich dokumentów w postępowaniu. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zakwalifikował

sporne dokumenty jako treść oferty, z czym nie zgadzał się odwołujący.

Zdaniem Izby zamawiający odrzucając ofertę odwołującego błędnie zakwalifikował brakujące dokumenty jako treść oferty.

Po pierwsze, Izba podzieliła stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu, że postanowienia SWZ dotyczące kwalifikacji tych dokumentów okazały się niejasne i budzące zasadnicze wątpliwości. Tak jak wskazano wcześniej, zamawiający w pkt 8 SWZ nie uznał ich jako przedmiotowe środki dowodowe. Z kolei w pkt 13.5 SWZ zamawiający sprecyzował, jakie dokumenty uznaje za składające się na treść oferty precyzując: „*W terminie składania ofert określonym w pkt 12.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą: (…)*.Wśród dokumentów wymienionych w pkt 13.5 zamawiający nie wymienił jednak spornej dokumentacji zdjęciowej.

Po drugie, przeciwko uznaniu dokumentacji zdjęciowej za treść oferty przemawiał także charakter tych dokumentów wynikający z treści samej specyfikacji. Zamawiający wprawdzie wspomniał w spornym postanowieniu pkt 3.1.15 SWZ, że dokumentacja zdjęciowa ma służyć potwierdzeniu wymagań. Jednakże podkreślenia wymagało, że zamawiający nie sprecyzował jednocześnie, jakie to konkretnie mają być wymagania. Z opisu żądanych zdjęć nie wynikało bowiem, jakie dokładne wymagania odnośnie oferowanych maszyn wymienione w SWZ mają być potwierdzone na zdjęciach. Powyższe było o tyle zastanawiające, że jednocześnie zamawiający wymagał od wykonawców złożenia w ofercie wypełnionych specyfikacji technicznych dla oferowanych urządzeń, w których wszystkie wymagania musiały być zadeklarowane jako spełnione. To także w specyfikacjach technicznych wykonawca ujawniał dane oferowanego sprzętu w szczegółowości oczekiwanej przez zamawiającego we wzorze specyfikacji.

Co istotne, w trakcie rozprawy zamawiający zapytany o cel żądania dokumentów z pkt 3.1.15 SWZ nie wskazał żadnego konkretnego wymagania, które miało być potwierdzone tymi zdjęciami. Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że *jego intencją było zobaczyć co wykonawca oferuje, gdyż inne elementy oferty nie zawierały odniesienia do producenta i modelu oferowanej maszyny.* Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji zamawiającego dostrzeżenia wymagało, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, ze spornego postanowienia SWZ nie wynikało, aby zdjęcia te miały ujawniać producenta i model oferowanych maszyn. W świetle spornego postanowienia wystarczało bowiem zaprezentowanie jakiekolwiek zdjęć *przedstawiających co najmniej: przód, tył, prawy bok, lewy bok oraz konstrukcję zewnętrzną każdego z elementów roboczych maszyny – harwester: żuraw z głowicą, forwarder: żuraw z chwytakiem.* W szczególności zamawiający nie wymagał uwidocznienia na zdjęciach nazwy producenta, czy jego loga, nazwy modelu urządzenia, czy jego tabliczki znamionowej. Co istotne, zamawiający nie sformułował też żadnych wymagań co do jakości dokumentacji zdjęciowej, jej rozdzielczości. Argumentacja zamawiającego przedstawiona na rozprawie okazała się zatem niezasadna i sprawiała wrażenie formułowanej jedynie na użytek procesowy, w oderwaniu jednak od treści samej SWZ.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający użył w opisie żądanych dokumentów przymiotnika „poglądowa". Zdaniem Izby słowo „poglądowa" świadczyło o tym, że dokumentacja zdjęciowa miała zapewnić zamawiającemu jedynie pewien ogólny ogląd oferowanych urządzeń, ale z pewnością na fotografiach nie musiały zostać zaprezentowane jakiekolwiek konkretne wymagania, a w szczególności także nazwa producenta i model oferowanego sprzętu.

Według Izby również użycie w pkt 3.1.15 SWZ sformułowania „wraz z ofertą" nie dowodziło tego, że dokumentacja fotograficzna stanowiła treść oferty. „Wraz z ofertą" składa bowiem się szereg dokumentów, które bezdyskusyjnie treścią oferty nie są, np. dokument JEDZ. Powyższą argumentację wzmacniał fakt, że jak wskazano wcześniej, zamawiający w pkt 13.5 SWZ wymienił, co składa się na ofertę, nie wyszczególniając tam spornej dokumentacji zdjęciowej.

Biorąc powyższe pod uwagę nalizało dojść do wniosku, że na gruncie analizowanej specyfikacji warunków zamówienia spornym dokumentom przypisano jedynie charakter informacyjny, poglądowy i nie stanowiły one zatem treści oferty. Zgodnie z art. 66 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, *oświadczenie drugiej stornie zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*. Za istotne postanowienia umowy można byłoby uznać oznaczenie producenta i modelu oferowanego urządzenia, czyli oświadczenie wykonawcy indywidualizujące przedmiot świadczenia, jednakże – jak wskazano wcześniej, takich wymagań zamawiający, wbrew swoim twierdzeniom nie postawił wymaganej dokumentacji zdjęciowej. Ponadto dalsze wymagane i oferowane parametry sprzętu odwołujący przedstawił w ofercie w specyfikacjach technicznych oferowanych maszyn, a także w złożonych przez siebie formularzach kosztów przeglądów okresowych (obsługi) maszyn.

Przy wyrokowaniu podzielono pogląd odwołującego, że wobec niejasności zapisów SWZ co do charakteru i celu żądanych fotografii, wątpliwości te należało rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy. Owszem, od odwołującego, jako profesjonalisty można i należało oczekiwać staranności wynikającej z profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że z kolei od niego, jako gospodarza postępowania i autora specyfikacji także należało oczekiwać staranności przy formułowaniu postanowień SWZ. Wynika to po pierwsze z naczelnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia, jaką jest zasada przejrzystości, o której

mowa w art. 16 pkt 2 Pzp. Ponadto ustawodawca w szeregu dalszych przepisów, w tym w art. 99 Pzp nakłada na zamawiających obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, wątpliwości co do charakteru i celu żądanej dokumentacji zdjęciowej należało zatem rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy, w tym przypadku odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego. W konsekwencji zamawiający naruszył także art. 255 pkt 2 Pzp. Skoro oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty, to również czynność unieważnienia postępowania podjęta na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp okazała się nieprawidłowa.

Zdaniem Izby, z uwagi na informacyjny i poglądowy charakter dokumentacji zdjęciowej, o której mowa w pkt 3.1.15 SWZ, na gruncie danej sprawy dla oceny i badania oferty odwołującego zbyteczne okazało się składanie tej dokumentacji przez odwołującego. Zamawiający nie miał zatem obowiązku przy dokonywaniu badania ofert wzywania wykonawców do uzupełniania tej dokumentacji w jakimkolwiek trybie, w tym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, który został wskazany przez odwołującego w treści odwołania z ostrożności procesowej.

Stosownie do art. 553 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. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego i bezpodstawnie unieważnił postępowanie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Przewodniczący:……