

Sygn. akt: KIO 2319/17

**WYROK**  
**z dnia 15 listopada 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2017 r. przez wykonawcę **C. sp. z o.o. sp. k. w K.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **P.E.P. sp. z o.o. w K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę P.E.P. sp. z o.o. w K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezłożenia wraz z ofertą dokumentów o których mowa w pkt 3.5 ppkt 5.1. SIWZ, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jagielloński w Krakowie w części ½ i C. sp. z o.o. sp. k. w K. w części ½ i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę C. sp. z o.o. sp. k. w K. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 3.2. **zasądza od Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie na rzecz wykonawcy C. sp. z o.o. sp. k. w K. kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński w Krakowie – 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 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup i dostawa systemu do automatycznego obrazowania zwierząt laboratoryjnych in vivo oraz próbek in vitro metodą mikrotomografii komputerowej, na potrzeby Wydziału Biochemii, Biofizyki i Biotechnologii Uniwersytetu Jagiellońskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 września 2017 r., nr 2017/S 177-362005.

24 października 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy C. sp. z o.o. sp. k. w K., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P.E.P. sp. z o.o. w Krakowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,

alternatywnie wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) zaniechania czynności unieważnienia postępowania

odwołujący wniósł 3 listopada 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie wobec odwołującego i odrzucenie jego oferty, oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 Pzp, art 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE oraz art 26 ust. 1 i 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91 ust. 1, art 24a Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, kiedy również przystępujący nie załączył do oferty wymaganych przez zamawiającego opisów technicznych i/lub funkcjonalnych oferowanych urządzeń w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta; a odwołujący przedstawił ofertę najkorzystniejszą pod względem kryterium ceny i gwarancji,

a w razie nieuwzględnienia powyższego zarzutu, naruszenia:

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
- a) w złożonej ofercie przystępujący nie załączył wymaganych przez zamawiającego (punkt 3 5 ppkt 5.1 SIWZ) jako części oferty - szczegółowych opisów technicznych i/lub funkcjonalnych w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta;
  - b) w złożonej ofercie przystępujący nie wskazał dokładnych modeli oferowanych monitorów L. i modeli komputerów, a jedynie wskazał typ oferowanych urządzeń, co nie potwierdza zgodności oferowanych urządzeń z treścią SIWZ, a doprecyzowanie tych informacji stanowi w istocie niedozwolone uzupełnienie złożonej oferty;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 66 kodeksu cywilnego i umożliwienie przystępującemu uzupełnienia i modyfikacji złożonej oferty przez dołączenie brakujących a wymaganych na datę złożenia oferty dokumentów - szczegółowych opisów technicznych i funkcjonalnych w postaci prospektów, folderów lub katalogów producenta odnoszących się do pozycji zamówienia wskazanych w dwóch kolejnych wezwaniach zamawiającego z dat 16.10.2017 r. i 18.10.2017 r. kierowanych do przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie zamawiającemu:

a) dokonanie ponownej oceny ofert;

b) przyjęcia oferty odwołującego jako odpowiadającej wymaganiom SIWZ i wezwania odwołującego, który przedstawił ofertę najkorzystniejszą do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust 1 i 3 Pzp;

c) powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty;

alternatywnie, nakazanie zamawiającemu:

a) odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji;

b) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art 92 ust. 1 pkt 1 Pzp wobec faktu iż wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu;

- jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta: wniósł o unieważnienie umowy i nałożenie kary finansowej.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu 1 odwołujący podniósł, że w złożonej przez siebie ofercie potwierdził zgodność oferowanych komponentów systemu, w postaci komputerów (3 szt.), monitorów L. (2 szt.) i pamięci masowej DAS z macierzą RAID z

parametrami technicznymi wskazanymi w załączniku A do SIWZ. Przy każdej z pozycji sporządzonej przez siebie tabeli wpisał słowo „TAK”. Oznaczało to, iż odwołujący zaoferował urządzenia o parametrach wymaganych przez zamawiającego. W kalkulacji cenowej ofert wskazał ponadto, iż oferuje komputery P. marki D. oraz monitory L. marki D. (str. 24 oferty).

Odwołujący wywiódł, że zamawiający, w punkcie 3) 5 ppkt 5.1. SIWZ wskazał, iż dopiero szczegółowy opis techniczny i/lub funkcjonalny w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta będzie potwierdzać zgodność oferowanych urządzeń z wymogami specyfikacji. Wskazał, że w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie sporządził tak szczegółowego tabelarycznego formularza ofertowego i nie wymagał, by oferta wykonawcy zawierała szczegółowy opis techniczny parametrów oferowanych komputerów, monitorów i pamięci, lecz wskazał, iż potwierdzeniem spełniania wymogów specyfikacji będą dopiero szczegółowe opisy zawarte w folderach, prospektach lub katalogach producenta. W takim wypadku bardziej szczegółowe opisanie oferowanych urządzeń, poprzez wskazanie oznaczenia modelu, bez jednoczesnego załączenia odpowiednich prospektów, nie pozwoliłoby zamawiającemu na weryfikację ich zgodności z SIWZ. Skoro zatem odwołujący oświadczył w treści oferty (3xTAK), iż urządzenia spełniają wymogi SIWZ, to na etapie przed wezwaniem odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, odrzucenie jego oferty było przedwczesne, skoro oferta spełniała pozostałe wymogi SIWZ, co zostało potwierdzone w protokole z otwarcia ofert.

Odwołujący argumentował także, że nie oferował również rozwiązań równoważnych, a zatem innych niż tego wymagał zamawiający, lecz funkcjonalnie tożsamy, lecz potwierdził spełnianie przez zaoferowane urządzenia dokładnie tych parametrów, jakich wymagał zamawiający (zarówno w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ, jaki i w treści oferty sporządzonej samodzielnie przez odwołującego, str.25-26 oferty). Stąd niezasadne jest wskazanie przez zamawiającego, w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, na punkt 4.4 SIWZ wskazujący na obowiązek podania nazwy, producenta i modelu urządzenia.

Mając na uwadze, iż zamawiający miał obowiązek zastosować art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa Pzp i najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zweryfikować warunki udziału w postępowaniu, a odwołujący zaoferował najkorzystniejszą ofertę pod względem kryteriów ceny i gwarancji, to jego oferta powinna być weryfikowana jako pierwsza i to odwołujący powinien zostać w pierwszej kolejności, zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp wezwany do złożenia brakujących folderów, katalogów lub prospektów oferowanych urządzeń. Tymczasem zamawiający, w wezwaniu kierowanym do odwołującego z dnia 11.10.2017 r. żądał od odwołującego jedynie wyjaśnień, czy oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Pośrednio zatem zamawiający, na tym etapie postępowania, brał pod uwagę ofertę odwołującego jako spełniającą wymogi SIWZ i kompletną, lecz nie dokonał całościowej

oferty odwołującego. Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył zatem art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie oceny oferty odwołującego względem kryteriów oceny ofert przez siebie ustanowionych, a następnie bezpodstawnie nie zastosował art. 26 ust. 1 i 3 Pzp wobec odwołującego i nie wezwał do przedłożenia brakujących opisów technicznych w postaci prospektów, folderów lub katalogów producenta potwierdzających spełnianie wymogów SIWZ przez oferowane urządzenia. Zamiast tego, a priori ocenił, iż oferta podlega odrzuceniu, gdyż nie dołączono do niej wymaganych folderów i prospektów, a wykonawca nie podał w treści oferty dokładnego oznaczenia oferowanych modeli urządzeń (komputerów, monitora i pamięci masowej).

Odwołujący wywiódł, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp oparty jest na art 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE. Upoważnia on zamawiających do żądania od wykonawców złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania informacji lub dokumentacji, która nie została złożona, jest niekompletna lub błędna. Przepis nie rozróżnia przy tym dokumentów podmiotowych czy przedmiotowych. W związku z tym w doktrynie opowiedziano się za jak najszerszym zakresem możliwości zastosowania mechanizmu uzupełniania, odnoszącym się do wszelkich dokumentów czy informacji składanych zamawiającemu. Wskazał, że przystępujący również nie załączył do składanej oferty opisu technicznego i/lub funkcjonalnego w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta zarówno oferowanych komputerów, monitorów L., pamięci masowej DAS z macierzą RAID, jak i komponentów samego głównego systemu mikrotomografu - systemu obsługi zwierząt z wymiennymi łóżkami (nr kat. CLS13799), systemu monitoringu stanu fizjologicznego zwierząt (nr kat. CLS135140), systemu do anestezji zwierząt (nr kat. CLS146737), stołu do umocowania systemu (nr kat 119207) wskazanych w wezwaniach do uzupełnienia dokumentów z dnia 16.10.2017 i 18.10.2017 r. Tym niemniej zamawiający uznał, iż wobec wskazania przez przystępującego w treści kalkulacji cenowej oferty nazw oferowanych modeli, spełnił wymóg zawarty w punkt 3.5 ppkt. 5.1 SIWZ. Stanowisko zamawiającego naruszyło zatem art. 7 ust. 1 Pzp i art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom.

Od wszystkich wykonawców należy bowiem egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Oferta odwołującego nie powinna była zatem zostać odrzucona, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przystępujący i odwołujący znajdowali się bowiem w takiej samej sytuacji - nie dołączyli do formularza oferty szczegółowych opisów technicznych i funkcjonalnych w postaci prospektów, folderów lub katalogów producenta wymaganych w pkt 3.5 ppkt 5.1 SIWZ, a z treści specyfikacji nie można wywieść wymogu podania w treści oferty dokładnej nazwy, typu

i modelu urządzeń peryferyjnych wobec głównego urządzenia (mikrotomografu). Taka szczegółowa informacja miała wynikać z treści załączonych prospektów i katalogów.

W dalszej części odwołania, w uzasadnieniu zarzutu 2 i 3 odwołujący podniósł, że w razie nieuznania zasadności powyższych zarzutów, uważa, iż oferta przystępującego powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podniósł, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu są związani ustaloną przez zamawiającego treścią SIWZ. Związany nią jest również sam zamawiający. Zgodnie z punktem 3.5 ppkt. 5.1 SIWZ *„Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami zamawiającego, określonymi w niniejszej SIWZ, na potwierdzenie czego musi dołączyć do oferty (podkreślenie C.) szczegółowe opisy techniczne i/lub funkcjonalne w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta (...) pozwalające na dokonanie stosownej weryfikacji oferowanej aparatury względem wymagań zamawiającego”*. Zgodnie z treścią wezwań zamawiającego kierowanych do przystępującego z dat 16.10.2017 i 18.10.2017 i po analizie oferty tego wykonawcy odwołujący wskazał, iż przystępujący nie dołączył do oferty wymaganych przez zamawiającego prospektów lub folderów lub katalogów producenta w odniesieniu do następujących urządzeń wskazanych w załączniku A do SIWZ:

- 1) pkt 12 - 3 komputerów z zainstalowanym oprogramowaniem do wielowymiarowego podglądu, procesowania oraz analizy pomiarów wielomodalnych zdjęć skanów tomograficznych (...]; -
- 2) pkt 13 - 2 monitorów L.;
- 3) pkt 14 - 3 zestawów pamięci masowej DAS z macierzą RAID;
- 4) pkt 6 - systemu obsługi zwierząt z wymiennymi łóżkami;
- 5) pkt 7 - systemu monitoringu stanu fizjologicznego zwierząt;
- 6) pkt 8 - systemu do anestezji zwierząt;
- 7) pkt 11 - stołu do umocowania systemu.

Odwołujący wskazywał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący przedstawił m.in. prospekt producenta systemu do anestezji zwierząt (załącznik nr 17), specyfikację komputerów D. (załącznik nr 12), prospekty systemu pamięci masowej LaCie (załącznik nr 16), prospekt monitorów LG (załącznik nr 15). Zdaniem odwołującego, pierwotny brak oferty, w postaci nieprzedłożenia do oferty żądanych przez zamawiającego szczegółowych opisów technicznych i/lub funkcjonalnych w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta, stanowi brak nieusuwalny, gdyż dotyczy integralnej części oferty wskazującej na zakres zobowiązania wykonawcy i przedmiot jego świadczenia. Treść złożonej oferty nie podlega bowiem uzupełnieniu (tak art. 87 ust. 1 Pzp). Zamawiający zdecydował bowiem, że dokumenty te mają zostać przedłożone z ofertą, jako jej integralna

część stanowiąca essentialia negotii umowy. Przez pojęcie wyjaśniania oferty nie można rozumieć możliwości uzupełniania dokumentów.

Odwołujący wskazywał, że treścią oferty jest jej zawartość merytoryczna, w praktyce sprowadzająca się do oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania, sposobu obliczenia i podania ceny ofertowej, terminu realizacji itp. Zawartość ta ujęta jest na formularzu oferty oraz w dokumentach i materiałach dodatkowych, określających oferowany przedmiot zamówienia, takich jak kosztorysy, katalogi, foldery, harmonogramy, opisy itp. Dokumenty te z reguły są żądane przez zamawiającego, jednak mogą być też złożone z inicjatywy wykonawcy, jeżeli służą doprecyzowaniu oferowanego przedmiotu zamówienia. O tym, czy wszystkie one stanowią o treści oferty, czy też służą jedynie jako materiał informacyjny, decyduje każdorazowo zawartość oferty i złożone dokumenty oraz wymagania zamawiającego.

Odwołujący wywiódł, że na gruncie Pzp oferta to nie tylko formularz ofertowy, ale również załączone do niej dokumenty, wymagane przez zamawiającego, jak i inne załączone przez samego wykonawcę o różnym charakterze prawnym (oferta sensu largo). Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania - co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym - częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli, wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Na ofertę w rozumieniu art 66 § 1 KC, zwaną ofertą sensu stricto, czyli odnoszącą się do postanowień przyszłej umowy, zwłaszcza ceny, opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania - składają się standardowo formularze ofertowe, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, kosztorysy itp. Oświadczenia i dokumenty, będące doprecyzowaniem oferowanego przedmiotu zamówienia, stanowią treść oferty, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z obecnie obowiązującą treścią art. 26 ust. 1 i 2 Pzp dokumentów wykazujących okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w postępowaniach tzw. unijnych, zamawiający żąda, a w postępowaniach krajowych może żądać dopiero od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Następuje to po wstępnej weryfikacji podmiotowej oraz wstępnej weryfikacji zgodności treści oferty z SIWZ. Tym samym zamawiający powinien wprost wskazać w SIWZ i ogłoszeniu, które dokumenty zawierają treść oferty i tym samym powinny zostać złożone w terminie wyznaczonym na składanie ofert, a w konsekwencji podlegają badaniu na wstępnym etapie (np. formularz oferty i formularz cenowy). Takie rozwiązanie zmierza do usunięcia wątpliwości, czy dokumenty przedmiotowe składane na późniejszym etapie stanowią treść oferty. Przy obecnym brzmieniu art. 26 Pzp należy przyjąć, że treść oferty powinna wynikać z



dokumentów składanych wraz z ofertą, zaś dokumenty składane na późniejszym etapie to te potwierdzające okoliczności, o których mowa w art 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym zakresie odwołujący wskazał, że z treści SIWZ, punkt 7) Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia punkt 7.4 nie wynika, by dokumenty w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta stanowiły dokumenty, które mają być złożone na późniejszym etapie.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, wbrew ustanowionym przez siebie wymogom dołączenia do oferty prospektów, katalogów czy folderów producenta zawierających opis przedmiotu zamówienia, bezpodstawnie zastosował zatem art. 26 ust. 3 i z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp zakazującego uzupełniania treści oferty, dopuścił złożenie przez przystępującego brakujących dokumentów. Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta. Odwołujący wywiódł, że w rozpoznawanej sprawie zamawiający żądał (punkt 3.5 ppkt. 5.1. SIWZ) szczegółowych opisów technicznych i/lub funkcjonalnych przedmiotu zamówienia w postaci folderów, katalogów lub prospektów producenta wysoce specjalistycznych urządzeń, który to opis wpływa na zakres zobowiązania wykonawcy i przedmiot jego świadczenia.

Odwołujący przywołał fragmenty wyroku TS UE w sprawie C-131/16 Archus. Wskazał, że zamawiający wbrew teżom tego wyroku wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów, które miały być złożone w terminie składania ofert (tak punkt 3. 5 ppkt. 5.1 SIWZ). Złożone w toku uzupełniania dokumentów i wyjaśnień informacje (prospekty producenta) i wyjaśnienia doprowadziły do uzupełnienia złożonej oferty. Przykładowo wskazanie w ofercie przez przystępującego modelu oferowanego monitora jako typ LG 31MU97, nie potwierdza spełnienia wymogów SIWZ, nie wskazuje na konkretny model urządzenia. W istocie, przystępujący zaoferował jedynie ogólny typ urządzenia, którego wersje są dwie: 31MU97C-B i 31MU97Z-B, przy czym jedynie wersja 31MU97Z-B posiada port Thunderbolt i spełnia wymagania SIWZ. Przystępujący dopiero na str. 2 swoich wyjaśnień z dnia 20.10.2017 r. wskazał, iż oferuje model 31MU97Z-B. W ten sposób dokonał modyfikacji złożonej oferty i jej essentialia negotii, a nie jej wyjaśnienia. Zamawiający wymagał bowiem (pkt. 3. 5 pkt. 5.1. SIWZ) by szczegółowy opis oferowanych urządzeń w postaci prospektów, folderów lub katalogów producenta, został załączony do oferty. Podobnie w przypadku zaoferowania komputerów P. - przystępujący wskazał w ofercie typ komputera Precision T3620 MT. Tymczasem istnieje co najmniej 42 wersji wskazanego komputera - a zatem na podstawie tak dokonanego opisu zamawiający nie mógł ocenić, co

oferuje wykonawca. Dopiero wskutek wyjaśnień i przedłożenia wydruku z katalogu producenta, przystępujący wskazał, iż oferuje komputer w wersji 1012456477839. Umożliwienie zatem przez zamawiającego uzupełnienia dokumentów, których złożenie było wymagane wraz z ofertą i przed terminem otwarcia ofert, stanowi niedopuszczalną modyfikację i uzupełnienie treści oferty przystępującego.

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.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca P.E.P. sp. z o.o. w K.. Wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwania zamawiającego z 16.10.2017 r. i 18.10.2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwania z 20.10.2017 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 24.10.2017 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

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.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę P.E.P. sp. z o.o. w K., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo dostrzegł, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią postanowienia pkt 3.5. ppkt 5.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

W przywołanym postanowieniu SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia wraz z ofertą opisów technicznych i/lub funkcjonalnych w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta pozwalających na dokonanie stosownej weryfikacji oferowanej aparatury względem wymagań zamawiającego. Nie było sporne między stronami, że odwołujący nie złożył w ofercie wymaganych dokumentów w odniesieniu do komputerów z oprogramowaniem (poz. 12 załącznika nr na 1a do SIWZ), monitorów (poz. 13 załącznika nr 1a do SIWZ) oraz zestawów pamięci masowej. Istotnym także okazał się fakt, że odwołujący w żadnym miejscu swej oferty nie ujawnił zamawiającemu informacji na temat przedmiotu swej oferty w tym zakresie, a mianowicie producenta, typu i modelu w odniesieniu do komputerów, monitorów, zestawów pamięci masowej. Informacje takie nie wynikały w szczególności z kalkulacji i opisu technicznego (s. 24-26 oferty odwołującego). W kalkulacji i opisie odwołujący ujawnił jedynie, że oferowane przez niego urządzenia będą posiadać cechy wymagane przez zamawiającego, lecz nie wskazał, jakie to będą urządzenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym, brakujące dokumenty nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi, iż *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*. W szczególności sporne dokumenty, w tym stanie faktycznym i na gruncie tej konkretnej SIWZ, nie mogły zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że dokumenty żądane przez zamawiającego w pkt 3.5. ppkt 5.1. SIWZ, na tle tej specyfikacji nie służyły bowiem jedynie potwierdzeniu wymagań zamawiającego. Wobec braku wskazania przedmiotu oferty w innych dokumentach ofertowych, dokumenty te indywidualizowały także przedmiot oferty, określając zakres zobowiązania oferenta. Nie można było ich zatem kwalifikować jedynie jako dokumenty

„potwierdzające”, że przedmiot oferty spełnia określone wymagania w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tej konkretnej sprawie dokumenty te stanowiły ofertę sensu stricto, wyznaczając jej ścisłą merytoryczną treść i określając przedmiot zobowiązania oferenta. Podkreślenia wymagało także, że zamawiający, wbrew stanowisku odwołującego oczekiwał ujawnienia zakresu zobowiązania wykonawcy już na etapie ofertowania. Zamawiający oczekiwał bowiem złożenia tych dokumentów już w ofercie, a nie dopiero w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Ponadto, zamawiający jasno określił swój cel ich żądania, a mianowicie to, że mają służyć weryfikacji oferowanej aparatury. Powyższe w połączeniu z faktem, że zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów i oświadczeń w których wykonawcy mogliby poinformować o przedmiocie swej oferty a odwołujący z własnej inicjatywy nie przedstawił takich danych, uniemożliwiło zamawiającemu zakwalifikowanie tych dokumentów jako podpadających pod dyspozycję art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji skierowanie do odwołującego wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tej sytuacji bowiem zezwolenie na to, aby odwołujący w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złożył zamawiającemu brakujące dokumenty oznaczałoby przyzwolenie na dowolne manipulowanie przedmiotem oferty po terminie składania ofert. Odwołujący miałby bowiem pełną swobodę w określeniu, co tak de facto oferuje zamawiającemu. W tej sytuacji konstruowanie przedmiotu oferty przez odwołującego odbywałoby się przy pełnej znajomości ofert konkurencyjnych, które są jawne od chwili ich otwarcia, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, a także zakaz modyfikacji ofert po terminie ich składania, wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp.

Dostrzeżenia wymagało, że na powyższy temat wypowiedział się wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości UE. Z wyroku Trybunału w sprawie Esaprojekt z maja 2017 r. , ale także i poprzednio wydawanych orzeczeń (wyroki TS UE w sprawie C-324/14 Apelski, w sprawie C-336/12 Manova czy w sprawie C 599/10 SAG ELV Slovensko) wynika, że Trybunał konsekwentnie i niezwykle rygorystycznie wskazywał, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dokonywanym po otwarciu ofert. Trybunał wskazywał wyraźnie, że co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika to stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo). Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych (wyrok z dnia 10

października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Również w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że *zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej ofert.*

W analizowanej sprawie ewidentnie uzupełnienie przez odwołującego brakujących dokumentów oznaczałoby tworzenie przez niego nowej, w zasadzie dowolnej oferty po terminie składania ofert. Wobec powyższego braki w ofercie odwołującego nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Takie działanie prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany oferty po terminie jej składania, co jest zabronione zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp i godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby nieprawidłowym było natomiast odrzucenie oferty odwołującego jako sprzecznej z pkt 3.4. ppkt 4.4. SIWZ. W przywołanym postanowieniu zamawiający wskazał, iż *każdy wykonawca składający ofertę równoważną jest obowiązany wykazać w treści przedkładanej przez siebie oferty, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania i parametry techniczne określone w SIWZ, bądź też przewiduje rozwiązania lepsze niż opisywane. W szczególności wymaga się od wykonawcy podania nazwy producenta, modelu oferowanego urządzenia oraz opisu jego właściwości technicznych i/lub funkcjonalnych w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta w polskiej lub angielskiej wersji językowej.*

Rzeczywiście w postanowieniu tym zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek indywidualizacji przedmiotu oferty przez konieczność podania nazwy producenta, modelu

oferowanego urządzenia. Dostrzeżenia wymagało jednak, że przytoczone postanowienie dotyczyło sytuacji, w której wykonawca składa ofertę równoważną. Odwołujący zaprzeczył jakoby miał złożyć zamawiającemu taką ofertę. Nic takiego nie wynikało również z jej treści, w szczególności kalkulacji i opisu, znajdujących się na str. 24-26 oferty odwołującego. W dokumentach tych odwołujący zadeklarował jedynie, że oferowane przez niego urządzenia będą posiadać dokładnie takie cechy, jakich zamawiający wymagał w załączniku nr 1a do SIWZ. Izba wzięła także pod uwagę, że zamawiający nie tylko w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego (pismo z 24.10.2017 r.), ale nawet w trakcie rozprawy nie umiał wyjaśnić dlaczego uważa, że oferta odwołującego jest ofertą równoważną.

Wobec powyższego czynność odrzucenia oferty odwołującego należało uznać za prawidłową, choć treść oferty tego wykonawcy okazała się sprzeczna jedynie z treścią pkt 3.5 ppkt 5.1. SIWZ.

Za zasadne uznano zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu jej niezgodności z pkt 3.5 ppkt 5.1 SIWZ, a także zarzuty dotyczące niedopuszczalnej zmiany oferty tego wykonawcy po terminie składania ofert.

W rozpoznawanym zakresie pozostały aktualne rozważania Izby co do charakteru dokumentów wymaganych przez zamawiającego pkt 3.5 ppkt 5.1 SIWZ. Z przyczyn wskazanych powyżej dokumenty te tworzyły treść oferty sensu stricto.

Jeżeli zaś chodzi o ofertę przystępującego, to nie było sporne pomiędzy stronami, że przystępujący wbrew ww. postanowieniu SIWZ nie złożył w ofercie dokumentów, o których mowa w tym postanowieniu, w odniesieniu do następujących urządzeń:

- a) komputerów,
- b) monitorów L.,
- c) zestawów pamięci masowej DAS,
- d) systemu obsługi zwierząt,
- e) systemu monitoringu,
- f) systemu do anestezji zwierząt,
- g) stołu do umocowania systemu.

Dostrzeżenia wymagało natomiast, że przystępujący złożył wraz z ofertą kalkulację (s. 20-22 oferty). Co istotne, w kalkulacji tej co do większości oferowanych przez siebie urządzeń ujawnił informacje o temat ich producenta, a także nazwę, typ i model tych produktów, czym je w sposób dostateczny zindywidualizował. W tym zakresie uzupełnienie oferty o brakujące dokumenty potwierdzające, że tak dookreślony przedmiot oferty spełnia wymagania określone w załączniku nr 1a do SIWZ, co nastąpiło pismem z dnia 20 października 2017 r. nie prowadziło do zmiany oferty przystępującego po terminie składania

ofert. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że treść zobowiązania przystępującego we wskazanym zakresie nie uległa zmianie.

Jednakże inaczej sytuacja przedstawiała się w przypadku oferowanych przez przystępującego monitorów i komputerów P.. W złożonej przez siebie kalkulacji przystępujący wskazał, że oferuje zamawiającemu monitor opisany jako „LG 31 MU97” (s. 21 oferty). Jednakże w swych wyjaśnieniach z dnia 20 października 2017 r. wskazał, że oferuje monitor opisany jako „LG 31 MU97 Z-B”. Dodał, że w przeciwieństwie do innego monitora z tej samej rodziny (LG 31MU97 C-B) posiada on wymagany przez zamawiającego port Thunderbolt. Do wyjaśnień przystępujący złożył brakujące katalogi producenta.

Analogicznie sytuacja przedstawiała się w odniesieniu do komputerów oferowanych przez przystępującego. Wykonawca ten w kalkulacji znajdującej się w ofercie oświadczył, że oferuje komputer z rodziny Precision T 3620 MT. Natomiast w piśmie z 20.10 2017 r. oświadczył, że oferuje komputer z rodziny Precision T 3620 MT w wersji 1012456677839. Do wyjaśnień przystępujący złożył brakujące katalogi producenta. Jak wynikało natomiast z dowodu załączonego przez odwołującego od odwołania (wydruk ze strony internetowej firmy D.), na rynku istnieją co najmniej 42 różne modele komputerów z rodziny Precision T 3620 MT, czego strona przeciwna nie kwestionowała.

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że uzupełnienie przez przystępującego oferty w dniu 20 października 2017 r. stanowiło niedopuszczalną zmianę oferty dokonaną po terminie składania ofert. Ma również rację odwołujący, gdy wywodzi, że zamawiający w tym zakresie nierówno potraktował odwołującego i przystępującego. Pomimo, iż w rozpatrywanym zakresie oferty odwołującego i przystępującego obarczone były porównywalnymi błędami, gdyż obaj nie przedstawili dokumentów wymaganych w pkt 3.5. ppkt 5.1 SIWZ i nie zindywidualizowali dostatecznie przedmiotu swych ofert, to jednak zamawiający skierował wezwanie do uzupełnienia dokumentów tylko do jednego z tych wykonawców, to jest przystępującego. Takie działanie naruszało zatem zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w SIWZ. W ocenie Izby, z przyczyn wskazanych wcześniej, takie wezwania nie powinny być kierowane do żadnego z tych wykonawców, względnie zamawiający powinien przy ocenie ofert pominąć rezultat uzupełnień ofert w takim zakresie, w jakim prowadził on do zmiany treści oferty.

Wobec powyższego zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z postanowieniem pkt 3.5. ppkt 5.1 SIWZ. Przystępujący nie złożył bowiem zamawiającemu wraz z ofertą wymaganych tym postanowieniem dokumentów dla monitorów i komputerów, a brak ten nie mógł zostać skutecznie uzupełniony bez naruszenia zakazu niezmienności ofert wynikającego z art. 87 ust. 1 i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Na marginesie wskazać można, że zamawiający mógłby skorzystać z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 Pzp, gdyby doprowadził do precyzyjnego rozgraniczenia treści oferty sensu stricto i dokumentów przedmiotowych. Przykładowo zamawiający mógł wymagać od wykonawców ujawnienia informacji, które indywidualizowałyby przedmiot oferty (np. przez nałożenie obowiązku podania nazwy producenta, typu i konkretnego modelu oferowanego asortymentu) i równolegle żądać dokumentów potwierdzających, że ten asortyment spełnia określone cechy istotne dla zamawiającego. W takiej bowiem sytuacji, dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań nie przesądzałyby o treści oferty sensu stricto, gdyż o zakresie zobowiązania wykonawcy decydowałyby informacje przez niech podane.

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 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 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 rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

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*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty przystępującego, ma istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

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*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności



wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezłożenia wraz z ofertą dokumentów o których mowa w pkt 3.5 ppkt 5.1. SIWZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

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, 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.*

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w*

*całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 liP.a 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego, zaś za niezasadne należało uznać zarzuty dotyczące czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w takiej samej części. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.500 zł (15.000 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 zł (15.000,00 – 7.500,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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 przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....