

WYROK

z dnia 13 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 31 października 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **MABO M. B., Sierpc**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie prac remontowych i izolacyjnych w budynku przy ul. Koszykowej 79A w Warszawie* (nr postępowania 6/2016/ZP) prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii sp. z o.o. z siedzibą w Zagórz**

przy udziale wykonawców: **D. S. i T. S., wspólnicy spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM, Legnica** – zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – MABO M. B. w Sierpcu i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – MABO M. B. w Sierpcu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od **odwołującego – MABO M. B. w Sierpcu** na rzecz **zamawiającego – Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii sp. z o.o. z siedzibą w Zagórz** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od

Sygn. akt KIO 2064/16

dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii sp. z o.o. z siedzibą w Zagórzcu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wykonanie prac remontowych i izolacyjnych w budynku przy ul. Koszykowej 79A w Warszawie* (nr postępowania 6/2016/ZP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 września 2016 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.centrumzagorze.pl}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 października 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – MABO M. B. w Sierpcu {dalej również: „Mabo”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez D. S. i T. S., wspólników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Budowlanego SAWREM w Legnicy {dalej również: „Sawrem”} i odrzuceniu oferty Odwołującego.

31 października 2016 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców, czego przejawem jest nierzetelna ocena ofert.
2. art. 26 ust. 3 – przez brak wezwania do uzupełnienia dokumentu.
3. art. 87 ust. 1 – przez niewezwanie do wyjaśnienia niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty, której treść jest zgodna ze SIWZ.
5. Art. 91 ust. 1 – przez wybranie oferty Sawrem niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące postępowania:

- Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu braku sporządzanego i podpisanego wykazu materiałów do wykonania zadania, co było wymagane w rozdziale VI pkt 2 SIWZ;
- zgodnie z postanowieniami zawartymi w rozdziale II pkt 2 oraz w rozdziale VI pkt 2 SIWZ Zamawiający oczekiwał przygotowania zestawienia materiałów niezbędnych do realizacji zadania zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, który był przedmiarem robót;
- Zamawiający precyzując opis przedmiotu zamówienia w dokumentacji technicznej wskazał konkretne materiały niezbędne do wykonania zamówienia wraz z podaniem ich nazwy, zarówno w projekcie budowlano-wykonawczym jak i w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych {dalej również: „STWiORB”};
- w STWiORB i SIWZ zawarto ponadto następujące postanowienie: *UWAGA! Wszystkie wymienione w niniejszym opracowaniu materiały opatrzone nazwami mają na celu określenie wymaganych minimalnych parametrów, wymaganego standardu, co oznacza, że Zamawiający dopuszcza materiały innych producentów pod warunkiem spełnienia przez nie minimalnych parametrów. Informujemy, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy (...) Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Za produkt równoważny Zamawiający uzna jedynie taki, który ma tożsame lub nic gorsze parametry jakościowe i użytkowe w stosunku do opisanego.*
- Zamawiający określił cenę za wykonanie robót jako ryczałtową, w następujący sposób określając opis sposobu obliczenia ceny: *1. Wykonawca określi cenę za przedmiot zamówienia określony w niniejszej SIWZ na formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. 2. Obliczenia ceny oferty należy dokonać, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT). Podstawy wyliczenia ceny stanowi: przedmiar robót [,] dokumentacja projektowa wraz z specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych [,] ceny jednostkowe robót określone /oferowane/ przez wykonawcę [,] podatek od towaru i usług*

VAT. Ceny jednostkowe powinny być ustalone wg kalkulacji własnej wykonawcy i obejmować zysk wykonawcy oraz wszystkie niżej wymienione koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej ilości jakości w wymaganym terminie: koszty robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, skalkulowane z uwzględnieniem stawki roboczogodziny podanej w ofercie Wykonawcy obejmującej płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i innych obciążeń płacowych, koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące ceny zakupu materiałów bez VAT oraz koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na miejsce składowania na placu budowy, koszty pracy wszelkiego sprzętu i środków transportu na placu budowy, łącznie z kosztami obsługi etatowej, o ile jest ona przewidziana dla danego rodzaju sprzętu wraz z kosztami jednorazowymi, uwzględniającymi koszty przewozu sprzętu na budowę i z powrotem, montaż i demontaż albo przezbrojenie sprzętu na budowie, koszty pośrednie uwzględniające nie ujmowane w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, które obejmują w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu przedsiębiorstwa wykonawczego. Opisu poszczególnych pozycji przedmiarów robót nie należy traktować jako ostatecznie definiujących wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze tego nie podano należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według: specyfikacji technicznej i obowiązujących przepisów technicznych. wiedzy technicznej.

– na formularzu ofertowym wykonawca składał oświadczenia min., co do następujących faktów: *Oświadczamy, że w cenie brutto ujęliśmy wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z opisem przedmiotu zamówienia i nie wnosimy żadnych zastrzeżeń.*

Odwołujący uważał, że skoro oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie materiałów bazowych (referencyjnych) określonych przez Zamawiającego w SIWZ, projekcie budowlano-wykonawczym, STWiORB oraz w przedmiarach, nie jest obowiązany do składania zestawienia, gdyż nie oferuje rozwiązania równoważnego. Ponieważ wszelkie materiały i parametry zostały podane już przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, nie ma potrzeby dublowania powyższego poprzez sporządzanie dodatkowego załącznika do oferty.

Zdaniem Odwołującego brakujące zestawienie, o ile traktować je jako część oferty, jest elementem który winien być złożony jedynie w momencie zaoferowania rozwiązania równoważnego, gdyż w przeciwnym razie nie stanowi dokumentu, który mógłby być istotny z punktu widzenia postępowania i realizacji zamówienia. Ponadto w przypadku braku enumeratywnego wskazania materiałów, które należałoby zawrzeć w takim zestawieniu,

proceeds to incomparability of the attachment, as it can take various forms and contents. Moreover, the appellant argued that, in the factual justification of the rejection of the tender, the contracting authority omitted to explain, what factual consequences are linked with the lack of comparison of materials, which these consequences could be significant from the point of view of the evaluation of the appellant's tender.

The appellant argued that the contracting authority did not indicate which parameters it would consider as equivalent or which deviations from the reference products could justify accepting products shown in the comparison, in order to be able to reach a conclusion on the material merit of the comparison of materials.

The appellant stated that, if the contracting authority considered that the comparison of materials is necessary for the confirmation of the quality of the offered construction works, it should have required its completion on the basis of art. 26 of the PZP. If, on the other hand, it considered that the document should be submitted only in the case of offering equivalent solutions, it should have required the appellant to provide explanations in accordance with art. 87 of the PZP, whether the submitted tender covers the reference products indicated by the contracting authority in the description of the subject of the tender, technical documentation and STWiORB.

The appellant's appeal proceedings led to a breach of the principle of equal treatment of contractors, as it carried out an evaluation of the lack of comparison of materials in violation of the provisions of law and the SWIZ, which led to the rejection of the appellant's tender and deprived it of the possibility of realizing the contract.

By letter of 3 November 2016, the contracting authority informed the Tribunal that on 31 October 2016, it sent by electronic means a copy of the appeal to the remaining contractor participating in the proceedings.

On 2 November 2016, the President of the National Administrative Tribunal received in electronic form, signed with a secure electronic signature, a declaration of intent to participate in the appeal proceedings from the contractor.

In view of the declaration of intent in the appropriate form, with compliance with the 3-day deadline and the requirement to submit a copy of the declaration to the parties to the proceedings (in accordance with art. 185 of the PZP) – the Tribunal had no grounds to confirm the ineffectiveness of the declaration, which was also not challenged.

The contractor filed an application for dismissal of the appeal.

On 14 November 2016, the contracting authority submitted to the Tribunal its response to the appeal.

wnosząc o jego oddalenie i w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Z treści oferty nie wynika, że Odwołujący miał zamiar zrealizować zamówienie przy użyciu materiałów, które wskazał Zamawiający. Takie oświadczenie nie zostało również złożone w sposób dorozumiany.

Postanowienie dopuszczające materiały równoważne nie oznaczało, że obowiązek złożenia zestawienia materiałów dotyczy wyłącznie wykonawców, którzy zamierzają realizować zamówienie z użyciem takich materiałów. Z postanowienia tego wynika jedynie obowiązek wykazania, że materiały równoważne będą spełniać minimalne parametry wskazane przez Zamawiającego.

Charakter wynagrodzenia ryczałtowego nie ma znaczenia dla sprawy, gdyż zestawienie materiałów nie miał na celu wykazania sposobu kalkulacji ceny, który istotnie przy takim wynagrodzeniu może mieć znaczenie drugorzędne, ale odnosił się do merytorycznej treści oferty, co do rodzaju materiałów, z których pomocą wykonawca ma zamiar realizować zamówienie.

Z tych względów Zamawiający nie widział możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, w szczególności w odpowiedzi na takie wezwanie Odwołujący mógłby złożyć wykaz zupełnie inny niż zestawienie materiałów, które brał pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty. Stanowiłoby to niedozwoloną zmianę treści oferty po terminie składania ofert i wprost naruszyłoby zasadę równości wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp.

Zamawiający podsumował, że oferta była niezgodna z treścią SIWZ, gdyż pomimo wyraźnego postanowienia tej ostatniej, Odwołujący nie złożył wraz z ofertą wykazu materiałów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska (w imieniu Odwołującego nikt się nie stawił, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najkorzystniejszym bilansem ceny, wydłużenia okresu gwarancji i skrócenia terminu wykonania, które stanowiły kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi odrzucenia jego oferty, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Przedstawione łącznie w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania, w tym treści postanowień s.i.w.z. i zawartości oferty złożonej przez Odwołującego, po uwzględnieniu następujących korekt i uzupełnień, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Odnośnie treści s.i.w.z. uzupełniająco i podsumowująco ustalono, że:

- w ramach rozdziału II pn. *Opis przedmiotu zamówienia* odesłano w zakresie jego uszczegółowienia do załącznika nr 2 (przedmiar robót), 2A (dokumentacja techniczna), 2b (STWiORB), 2C (opis przedmiotu zamówienia do SIWZ) {pkt 2}, jednocześnie wskazując, że wykonawca na podstawie dokumentacji i przedmiarów zobowiązany jest do sporządzenia zestawienia materiałów (podania nazw wszystkich zastosowanych materiałów), które należy załączyć do oferty;
- w ramach rozdziału VI pn. *Wykaz innych oświadczeń lub dokumentów jakie muszą Wykonawcy złożyć w ofercie* wskazano na, oprócz wypełnionego i podpisanego formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z.) {pkt 1}, sporządzony i podpisany wykaz materiałów do wykonania zadania (załącznik nr 2 do s.i.w.z.), powtórnie precyzując, że wymagane jest podanie nazw wszystkich zastosowanych materiałów wraz z podaniem ich producentów, ewentualnie nr katalogowego produktu) {pkt 2};

- w formularzu ofertowym należało wpisać cenę oferty, okres gwarancji oraz liczbę dni skrócenia terminu realizacji oraz wycenę poszczególnych zasadniczych rodzajów robót, a także złożyć oświadczenie o ujęciu w cenie oferty wszelkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz o zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia i braku zastrzeżeń do niego {formularz ofertowy};
- Zamawiający, określając w powyższy sposób wymaganą treść oferty, nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane odpowiadają jego wymaganiom opisanym w s.i.w.z.

Odnośnie oferty złożonej przez Mabo uzupełniająco i podsumowująco ustalono, że spośród dwóch dokumentów wymaganych jako oferta zawiera tylko wypełniony formularz ofertowy, w którym, ani w żadnym innym dokumencie oferty, w tym podpisanym załączniku nr 2C do s.i.w.z. (skrótowy opis przedmiotu zamówienia), nie wskazano, jakie materiały zostaną użyte do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim, jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2-4 listy zarzutów}

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z.,

jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty, jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający,

o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać, jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją niezpełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez wykonawcę, jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Z kolei z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, lub którzy złożyli takie dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto zamawiający może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych dokumentów zażądać od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Oczywiście jest, że instytucja ta służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu, co jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 13 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1863/10) nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W tej sprawie z przywołanych powyżej postanowień specyfikacji jednoznacznie wynika, że Zamawiający podniósł wykaz materiałów do rangi istotnego elementu treści oferty,

gdyż poza podaniem ceny oferty, czyli wysokości ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, wymagał skonkretyzowania wszystkich materiałów, jakie zostaną użyte przy ich wykonywaniu. Twierdzenie Odwołującego jakoby zamiar użycia materiałów opisanych przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej, jako punkty odniesienia dla dopuszczonych materiałów równoważnych, zwalniał go z obowiązku sporządzenia wykazu materiału, w oczywisty sposób nie znajduje oparcia w treści s.i.w.z. Przede wszystkim, ponieważ złożona oferta nie zawierała podpisanego przez niego przedmiaru robót lub innej dokumentacji opisującej materiały, nie sposób stwierdzić, że Odwołujący wyraził wolę użycia wyłącznie wskazanych w tej dokumentacji materiałów.

W tych okolicznościach nie było podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż mogłoby to jedynie prowadzić do naruszenia zakazu wynikającego ze zd. 2 tego przepisu – w tym przypadku niedopuszczalnego precyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Ponadto, ponieważ wykaz materiałów miał walor treści oferty w ogóle nie może tu znaleźć zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, a uzupełnienie w tym trybie prowadziłoby do obejścia zakazu zmiany treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Aby dokument mógł potwierdzać treść oferty w pierw musi ona w niej zaistnieć do upływu terminu składania ofert, a nie być następnie wprowadzana wyłącznie na podstawie uzupełnianego dokumentu.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 i 5 listy zarzutów}

Ponieważ pozostałe zarzuty mają charakter niesamoistny, a w dodatku nie podano dla nich w odwołaniu żadnego uzasadnienia opartego o odrębne okoliczności faktyczne, muszą zostać uznane za również niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz

uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zasądzone na podstawie złożonej do zamknięcia rozprawy faktury VAT, z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł wskazanej w przywołanym rozporządzeniu jako maksymalna.

Przewodniczący: