

Sygn. akt: KIO 40/18

**WYROK**

**z dnia 26 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 roku przez wykonawcę **He Wi Term Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Bielsku-Białej** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrze**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **He Wi Term Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Bielsku-Białej** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **He Wi Term Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Bielsku-Białej** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **He Wi Term Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Bielsku-Białej** na rzecz **Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrze** kwotę **3 916 zł 98 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset szesnaście złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrze – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kotłowni parowej w przybudówce budynku dawnej maszynowni Szybu Carnall w ramach projektu „Rewitalizacja i udostępnienie przemysłowego Dziedzictwa Górnego Śląska”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 stycznia 2018 roku wykonawca He Wi Term Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań czynności przez zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art 87 ust. 1 i art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. przez zaniechanie zbadania treści oferty odwołującego w kontekście treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania badania zgodności oferty odwołującego z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie zastosowanie instytucji przewidzianej art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., tj.: wezwania do uzupełnień oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. lub innych dokumentów i badania i oceny oferty.

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu złożono pięć ofert. Oferta odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych oceny ofert, w tym jest ofertą z najkorzystniejszą ceną i maksymalnym okresem gwarancji, w porównaniu z pozostałymi czterema ofertami. Stąd bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, które zostało dokonane w istocie bez badania zgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pozbawia odwołującego możliwości pozyskania

przedmiotowego zamówienia, powodując u odwołującego szkodę w postaci braku realizacji zamówienia, co skutkowałoby pozbawieniem go przychodów, referencji oraz zysku skalkulowanego w ofercie. Odwołujący wskazał, że jego oferta opiewa na kwotę niższą niż wysokość środków, jakie zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Interes odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania jest zatem oczywisty.

Odwołujący podniósł, że pismem z 12 grudnia 2017 roku zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień treści oferty przez zobowiązanie do wskazania, czy odwołujący, w ramach kalkulacji oferty, przewidział użycie urządzeń i materiałów wskazanych z typu i nazwy producenta w opisie przedmiotu zamówienia, czy też zamierza użyć materiałów „równoważnych”. W odpowiedzi pismem z 18 grudnia 2017 roku odwołujący oświadczył zamawiającemu o zamiarze użycia niektórych materiałów i urządzeń równoważnych, w którym wymienił 4 urządzenia oraz załączył dokumenty na potwierdzenie równoważności tych urządzeń.

W dniu 27 grudnia 2017 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego pismo opatrzone datą 21 grudnia 2017 roku, którego osnową było odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, iż w przypadku, kiedy wykonawca przewiduje w ofercie zastosowanie rozwiązań równoważnych, w tym materiałów lub urządzeń, winien był załączyć do oferty stosowny wykaz rozwiązań równoważnych wraz z opisem zaproponowanych rozwiązań celem wykazania równoważności. W związku z tym, że odwołujący nie załączył do oferty rzeczonożego wykazu oraz opisu równoważnych rozwiązań, które zamierza zastosować, o czym zamawiający dowiedział się z wyjaśnień odwołującego, stwierdził, iż „wykonawca w ofercie zaoferował wyżej wymienione urządzenia inne niż wskazane przez zamawiającego w SIWZ, a jednocześnie nie załączył do oferty wymaganego w takim przypadku zapisami SIWZ zestawienia zaproponowanych rozwiązań równoważnych. W związku z tym treść oferty Wykonawcy - HE WI TERM Spółka z o.o. Spółka komandytowa z Bielska — Białej nie odpowiada treści SIWZ.”

W ocenie odwołującego, zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, ponieważ nie wykazał niezgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z.. Przedmiotem zamówienia wykonanie robót budowlanych wg projektu stanowiącego element opisu przedmiotu zamówienia, w cenie ryczałtowej. Zamawiający opisał przedmiot w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (SOPZ), na który składają się dwa dokumenty: projektu budowlany oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB). W związku z tym, że SOPZ ze swej istoty posługuje się znakami towarowymi, patentami,

źródłami pochodzenia, szczególnego procesu lub normami, ocenami technicznymi, aprobatami, specyfikacjami technicznymi i systemów referencji technicznych, zamawiający dopuścił oferowanie przez wykonawców materiałów lub rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych w dokumentacji, pod warunkiem, że nie obniżą określonych w dokumentacji standardów, będą posiadały wymagane odpowiednie atesty, certyfikaty lub dopuszczenia oraz zapewnią wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami zamawiającego określonymi w s.i.w.z.. Ponadto w s.i.w.z. zamawiający podkreślił, że jeżeli jakieś elementy zamówienia opisane są ww. sposób, to jest to wyłącznie opis przykładowy (str. 5 s.i.w.z.), co ma na celu doprecyzowanie oczekiwań i stanowi wzorzec jakościowy w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiającego, tak więc zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. W przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych Zamawiający chciał, aby wykonawcy przedstawili stosowny wykaz rozwiązań równoważnych wraz z ich opisami celem potwierdzenia równoważności. Odwołujący złożył ofertę na wykonanie roboty budowlanej, będącej przedmiotem zamówienia za cenę ryczałtową 2.337.000 zł i zaoferował dziesięcioletnią gwarancję. Podjęcie takiego zobowiązania gwarancyjnego jednoznacznie świadczy o jakości zaoferowanej roboty. W ramach tej roboty zaoferował użycie 4 innych urządzeń, niż przewidziane w SOPZ i opisane za pomocą znaków towarowych. Niemniej urządzenia alternatywne spełniają postawione SOPZ wymogi. Jednak zamawiający, miast dokonać weryfikacji parametrów alternatywnych urządzeń w stosunku do urządzeń wskazanych znakami towarowymi w SPOZ, do czego jest zobowiązany, przyjął, że oferta odwołującego jest niezgodna z s.i.w.z., ponieważ nie załączył do oferty „zestawienia za proponowanych rozwiązań równoważnych”.

Odwołujący wskazał, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał zbadania treści oferty odwołującego, stąd bezpodstawnie i bezrefleksyjnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na jej niezgodność z s.i.w.z. Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 21 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1337/17, z 30 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO 117/17 i inne.

W ocenie odwołującego, niezałączenie do oferty zestawienia zaproponowanych rozwiązań równoważnych nie stanowi niezgodności treści oferty z s.i.w.z. Aby taką niezgodność wykazać, zamawiający winien był, czego bezpodstawnie zaniechał, zbadać przedstawione mu w ramach wyjaśnień dokumenty i wykazać, iż zaoferowane urządzenia nie spełniają wymogów technicznych lub funkcjonalnych wskazanych w SOPZ.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 stycznia 2018 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, iż w opisując przedmiot zamówienia posłużył się nazwami konkretnych urządzeń, w tym między innymi:

- 1) kocioł firmy BOSCH UL-S 3200 kg/h 13 bar (opisany w opisie technicznym branży instalacyjnej na stronie 3, pkt 6 oraz 6.1);
- 2) moduł przygotowania wody zasilającej WSM-2600 firmy BOSCH (opisany w opisie technicznym branży instalacyjnej na stronie 6, pkt 6.2.2).

Zamawiający stwierdził, że opisując przedmiot zamówienia z użyciem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne oraz określił w dokumentacji projektowej parametry równoważności. Wymagał, aby wykonawca, który będzie chciał zastosować rozwiązania równoważne, założył w ofercie zestawienie wszystkich zaproponowanych rozwiązań równoważnych. Działanie zamawiającego było zgodne z przepisami art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 5 ustawy P.z.p. Zapisy s.i.w.z. nie budziły wątpliwości wykonawców, o czym świadczy brak wniosków o wyjaśnienie treści s.i.w.z. w tym zakresie oraz brak odwołań od przedmiotowych zapisów s.i.w.z. Wymagane zapisami s.i.w.z., w sytuacji gdy wykonawca zamierza zastosować rozwiązania równoważne do opisanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, zestawienie zaproponowanych rozwiązań równoważnych, stanowi bez wątpienia treść oferty wykonawcy. Określa on jakie urządzenia wykonawca zamierza zastosować dla realizacji przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu daje podstawę do ustalenia czy treść oferty wykonawcy odpowiada treści s.i.w.z. w zakresie zaproponowanych do montażu urządzeń. Zestawienie zaproponowanych rozwiązań równoważnych, jakie wykonawca zobowiązany był złożyć w ofercie, nie może być przedmiotem uzupełnienia w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie odwołujący nie złożył zestawienia zaproponowanych rozwiązań równoważnych. Badając ofertę odwołującego oraz analizując wpisy na jego stronie internetowej zamawiający powziął wątpliwości, czy odwołujący zamierza użyć do wykonania przedmiotu zamówienia urządzeń wskazanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, bez zastosowania rozwiązań równoważnych, których zestawienia nie zawarł w ofercie. Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty i odpowiedzi na pytanie: Czy Wykonawca realizując przedmiot zamówienia zamierza zastosować urządzenia i materiały wskazane w Opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności w dokumentacji projektowej, jako podstawowe, czy też zamierza zastosować urządzenia i materiały „równoważne” odpowiadające wymaganiom Zamawiającego? W udzielonej na powyższe wezwanie odpowiedzi z dnia 18 grudnia 2017 r. odwołujący oświadczył, że dla realizacji przedmiotu zamówienia zamierza użyć rozwiązań równoważnych, których dokumentację w załączeniu do odpowiedzi przekazał. W ocenie

zamawiającego, złożenie przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., wymaganego w treści oferty jako jej część, dokumentów zawierających opis parametrów rozwiązań równoważnych, jakich odwołujący zamierza zastosować do realizacji przedmiotu zamówienia stanowi niedopuszczalne uzupełnienie treści złożonej oferty lub próbę zmiany treści złożonej oferty.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się nazwami konkretnych urządzeń, w tym między innymi:

- 1) kocioł firmy BOSCH UL-S 3200 kg/h 13 bar (opisany w opisie technicznym branży instalacyjnej na stronie 3, pkt 6 oraz 6.1);
- 2) moduł przygotowania wody zasilającej WSM-2600 firmy BOSCH (opisany w opisie technicznym branży instalacyjnej na stronie 6, pkt 6.2.2).

W pkt 4.4. s.i.w.z. „Rozwiązania równoważne” zamawiający określił, że:

4.4. 1. Wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu lub norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający dopuszcza oferowanie przez Wykonawcę materiałów lub rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych w dokumentacji, pod warunkiem, że nie obniżą określonych w dokumentacji standardów, będą posiadały wymagane odpowiednie atesty, certyfikaty lub dopuszczenia oraz zapewnią wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Wskazanie w SOPZ przykładowych znaków towarowych patentów lub pochodzenia, norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych ma na celu doprecyzowanie oczekiwań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga od Wykonawcy stosownie do treści art. 30 ust. 5 Prawa zamówień publicznych złożenia stosownych dokumentów uwiarygodniających zastosowanie rozwiązań równoważnych. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych równoważnych materiałów lub urządzeń lub rozwiązań, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały i urządzenia zaproponowane w SOPZ; w związku z tym Wykonawca jest zobowiązany zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w SOPZ.

4.4.2. W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje rozwiązania równoważne, w tym materiały, urządzenia i inne elementy, zobowiązany jest wykonać i załączyć do oferty zestawienie wszystkich zaproponowanych rozwiązań równoważnych (np. materiałów, urządzeń oraz innych elementów równoważnych) i wykazać ich równoważność w stosunku do rozwiązań (np. materiału, urządzenia i innego elementu) opisanych SOPZ, ze wskazaniem nazwy, strony i pozycji w SOPZ, których dotyczy.

4.4.3. Opis zaproponowanych rozwiązań równoważnych powinien być dołączony do oferty i musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić spełnienie wymagań dotyczących ich właściwości funkcjonalnych, jakościowych i parametrów oraz rozstrzygnąć, czy zaproponowane rozwiązania są równoważne. Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązania (np. materiały, urządzenia i inne elementy) są równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego.

4.4.4. Rozwiązania wynikające z zastosowania przez Wykonawcę materiałów, urządzeń i innych elementów równoważnych nie mogą wywołać żadnych zmian układu funkcjonalnego i parametrów techniczno-użytkowych.

4.4.5. Wszystkie znaki towarowe, patenty lub świadectw pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu a także normy, europejskie oceny techniczne, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych wskazane w SOPZ należy traktować wyłącznie jako przykładowe a Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w dokumentacji przetargowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi chyba, że zapis mówi inaczej.

4.4.6. Stosownie do pkt 4.4.5. do wszystkich znaków towarowych, patentów lub świadectw pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu a także norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych wskazanych w SOPZ dopisuje się wyrazy "lub równoważne "

4.4. 7. Parametry i cechy według których Zamawiający będzie oceniał, czy zaoferowane materiały, urządzenia lub rozwiązania są równoważne wymaganym przez Zamawiającego zostały określone podane wprost w dokumentacji projektowej.

W złożonej ofercie odwołujący nie złożył zestawienia zaproponowanych rozwiązań równoważnych. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty i odpowiedzi na



pytanie: Czy Wykonawca realizując przedmiot zamówienia zamierza zastosować urządzenia i materiały wskazane w Opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności w dokumentacji projektowej, jako podstawowe, czy też zamierza zastosować urządzenia i materiały „równoważne” odpowiadające wymaganiom Zamawiającego? W udzielonej na powyższe wezwanie odpowiedzi z dnia 18 grudnia 2017 r. odwołujący oświadczył, że dla realizacji przedmiotu zamówienia zamierza użyć rozwiązań równoważnych, których dokumentację w załączeniu do odpowiedzi przekazał.

W dniu 27 grudnia 2017 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego pismo opatrzone datą 21 grudnia 2017 roku, w którym poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, iż w przypadku, kiedy wykonawca przewiduje w ofercie zastosowanie rozwiązań równoważnych, w tym materiałów lub urządzeń, winien był załączyć do oferty stosowny wykaz rozwiązań równoważnych wraz z opisem zaproponowanych rozwiązań celem wykazania równoważności. W związku z tym, że odwołujący nie załączył do oferty rzeczowego wykazu oraz opisu równoważnych rozwiązań, które zamierza zastosować, o czym zamawiający dowiedział się z wyjaśnień odwołującego, stwierdził, iż „wykonawca w ofercie zaoferował wyżej wymienione urządzenia inne niż wskazane przez zamawiającego w SIWZ, a jednocześnie nie załączył do oferty wymaganego w takim przypadku zapisami SIWZ zestawienia zaproponowanych rozwiązań równoważnych. W związku z tym treść oferty Wykonawcy - HE WI TERM Spółka z o.o. Spółka komandytowa z Bielska — Białej nie odpowiada treści SIWZ.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy zaniechanie złożenia w ofercie dokumentów dotyczących zastosowania równoważnych materiałów, urządzeń lub rozwiązań, a następnie złożenie ich wraz z wyjaśnieniami, stanowi niedopuszczalne uzupełnienie lub zmianę treści oferty.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu lub norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

W ocenie Izby, dla rozstrzygnięcia sprawy, kluczowe znaczenie ma treść pkt 4.4.1 s.i.w.z., zgodnie z którym, w przypadku skorzystania przez wykonawcę z uprawnienia do zaferowania rozwiązań równoważnych, zamawiający wymaga od wykonawcy, stosownie do treści art. 30 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, złożenia stosownych dokumentów uwiarygodniających zastosowanie rozwiązań równoważnych. W przypadku, gdy wykonawca nie złożył w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych równoważnych materiałów lub urządzeń lub rozwiązań, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały i urządzenia zaproponowane w SOPZ; w związku z tym Wykonawca jest zobowiązany zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w SOPZ.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą dokumentów o zastosowaniu rozwiązań równoważnych. Zgodnie zatem ze wskazanym wyżej postanowieniem, należało przyjąć, iż zaferował wykonanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem rozwiązań wskazanych w SOPZ.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdy uzna, że jej treść w całości lub części wyjaśnienia takiego wymaga. W rozpoznawanym przypadku taka sytuacja miała miejsce. Zamawiający, dokonując badania oferty odwołującego, powziął wątpliwości w zakresie części zamówienia co do sposobu jej wykonania, w związku z czym zasadnie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane w dniu 12 grudnia 2017 roku, odwołujący udzielił odpowiedzi, że zamierza użyć materiałów równoważnych. Jednocześnie złożył dokumentację dotyczącą tych materiałów. Tym samym uznać należy, że zmienił on treść oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia. Jest to zmiana istotna, niedopuszczalna w świetle ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy P.z.p., zmiana oferty przez wykonawcę jest możliwa jedynie przed upływem terminu składania ofert. Wprowadzenie zmian w ofercie po tym terminie jest możliwe jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p. i może dotyczyć wyłącznie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Powołany

przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p. służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z s.i.w.z. (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

W rozpoznawanej sprawie okoliczności wskazane w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p. nie miały miejsca. Podkreślenia wymaga, że złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Zdaniem Izby część zamówienia, którą odwołujący zamierzał wykonać stosując materiały zamienne, należy do *essentialia negotii* oferty; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy, stanowi około 40% całego zamówienia. Brak jest zatem możliwości wprowadzenia do niej zmian polegających na zastąpieniu materiałów i rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania, materiałami i rozwiązaniami równoważnymi.

W ocenie Izby brak jest również możliwości nakazania zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Wskazać należy, iż w rozpoznawanym przypadku złożenie wraz z ofertą dokumentów dotyczących materiałów i rozwiązań równoważnych było równoznaczne ze złożeniem oświadczenia woli o zastosowaniu materiałów i rozwiązań równoważnych. W ten sposób skonstruowana była specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z jej treścią w tym zakresie, był uprawniony do jej zakwestionowania poprzez wniesienie odwołania. Bezskuteczny upływ terminu na wniesienie odwołania dotyczącego treści s.i.w.z. spowodował, że jej postanowienia stały się obowiązujące zarówno wobec

wykonawców, jak i zamawiającego. Nie składając takich dokumentów, odwołujący oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Domagając się natomiast umożliwienia złożenia dokumentów, które nie zostały złożone w ofercie, odwołujący usiłuje usankcjonować nieuprawnioną zmianę własnej oferty. Żądania tego rodzaju należy uznać za bezpodstawne i niezasługujące na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....