**Sygn. akt: KIO 1090/15**

**WYROK**
**z dnia 9 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2015 r. przez wykonawcę **J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Energo-Inwest J. M., Dębe 5g, 05-140 Serock** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łomianki, ul. Warszawska 115, 05-092 Łomianki**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Energo-Inwest J. M., Dębe 5g, 05-140 Serock** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Energo-Inwest J. M., Dębe 5g, 05-140 Serock** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Energo-Inwest J. M., Dębe 5g, 05-140 Serock** na rzecz **Gminy Łomianki, ul. Warszawska 115, 05-092 Łomianki** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od



---

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

**Przewodniczący: ……**



---

**Sygn. akt: KIO 1090/15**

**Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Wykonanie oświetlenia dla zadań o nazwie: Część 1 - Wykonanie oświetlenia w Al. Chopina na odcinku od ul. Wiślanej do ul. Paderewskiego w ramach zadania inwestycyjnego „Wykonanie oświetlenia Al. Chopina" - zad. 13/13, Część 2 - Wykonanie oświetlenia w ul. Wiślanej w kierunku ul. Brzegowej w ramach zadania inwestycyjnego „Kompleksowa przebudowa ul. Wiślanej na odcinku od ul. Rolniczej do ul. Brzegowej"- zad. 67/07".* Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 kwietnia 2015 r. pod numerem 50987-2015.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rozstrzygnięcie postępowania bez prawidłowego wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości oraz wybiórcze analizowanie treści, mające wpływ na błędną interpretację znaczenia całości, a co za tym idzie rozstrzygnięcie

postępowania wbrew zapisom powołanej ustawy,

2. art. 89 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty zgodnej z SIWZ i ustawą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. *„unieważnienie decyzji zamawiającego i ponownej oceny ofert.*
2. *orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych".*

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, iż przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego była zmiana treści oferty. Odwołujący podniósł, że decyzja o odrzuceniu Odwołującego nastąpiła na podstawie oświadczenia niewymaganego treścią SIWZ i załączonego do oferty informacyjnie. Do oferty Odwołującego załączono oświadczenie o stosowaniu materiałów równoważnych.

Odwołujący wyjaśnił, że ponieważ Zamawiający przedmiot zamówienia, składający się z dwóch odrębnych zamówień, opisał w jednym dokumencie SIWZ, to oświadczenie załączono jako jeden dokument ogólnikowo traktujący o dwóch odrębnych robotach budowlanych, nie precyzując, które materiały dotyczą której części zadania.

Odwołujący podniósł, że dla realizacji części 1. zamówienia zamierza wykorzystać równoważne do zaprojektowanych oprawy i zgodne z zaprojektowanymi - słupy i w żadnej części oferty nie stwierdzono inaczej.



---

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem o wyjaśnienie dotyczące części 1. zamówienia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty oraz o doprecyzowanie danych dotyczących wykorzystywanych materiałów w postaci wykazu użytych do realizacji zadania materiałów równoważnych. Powyższe, jak twierdzi Odwołujący, zostało wyjaśnione, a wykaz wraz z załącznikami został uzupełniony zgodnie z wymaganiem SIWZ. Zdaniem Odwołującego, zdumiewający jest zatem fakt odrzucenia oferty zgodnej z SIWZ, w dodatku najtańszej i odrzuconej z powodu deklaracji wykorzystania materiałów zgodnych z projektem.

Odwołujący zwrócił uwagę, że materiały zgodne z zaprojektowanymi, z racji posiadania wszystkich cech materiałów projektowanych, są tożsame, a więc bez wątpienia równoważne. Ewentualne zmiany technologii produktów, będące prawem każdego producenta w odniesieniu konkretnych typów sprzętu (zastrzeżone w kartach katalogowych), dają pełne prawo do stosowania wobec produktów zgodnych z projektem nazwy równoważne.

Odwołujący podniósł także, że w żadnej części złożonej oferty, jak również wyjaśnień, nie stwierdzono jakoby Odwołujący miał do wykonania zadania opisanego w części 1. wykorzystywać słupy inne niż w projekcie, więc o żadnej zmianie treści oferty nie może być zatem mowy. Informacyjny dokument, który legł u podstaw odrzucenia oferty nie był wymagany treścią SIWZ, w związku z czym, nie powinien podlegać ocenie, a jeśli został oceniony, to również nie wskazywał, zdaniem Odwołującego, iż dla realizacji części 1. zadania Wykonawca zamierza wykorzystać słupy inne niż w projekcie.

W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający oświadczenie załączone do oferty lub jej wyjaśnienie uznał za niejasne lub zbyt ogólnikowe winien doprecyzować swoje wątpliwości, gdyż nie są one podstawą do odrzucenia oferty tym bardziej, iż wynikają z „hurtowego" ogłaszania różniących się robót budowlanych opisanych odrębnymi projektami jako jednego zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób dowolny i wygodny dla siebie raz łączy a raz rozdziela dokumenty dotyczące dwóch odrębnych robót budowlanych. Dokument załączony do oferty niewymagany treścią SIWZ pomimo, iż ogólnikowy, traktuje jako pewnik w odniesieniu do obu zadań, natomiast wyjaśnienia będące odpowiedzią na wezwanie dotyczące części 1. zadania nie jako doprecyzowanie treści oferty, lecz jako zmianę treści oferty. W ocenie Odwołującego, świadczy to o błędnej interpretacji tekstu i niezrozumieniu przez Zamawiającego, iż ocenie podlegają dwie różne roboty budowlane, na które przecież Zamawiający zamierza zawrzeć dwie odrębne umowy, opisane jedynie przez Zamawiającego jedną SIWZ .

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**



---

Zgodnie z postanowieniami pkt 6.5.2 i 10.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (zwanej dalej SIWZ) Wykonawcy powinni załączyć do oferty: *„w przypadku gdy zostały zaoferowane przez Wykonawcę materiały równoważne* mają - *wykaz* produktów/materiałów *równoważnych z podaniem ich nazwy i dokładnym opisem parametrów oraz kopie atestów, certyfikatów, aprobat technicznych lub deklaracji zgodności, jakie dany produkt posiada, zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie- odpowiednio dla każdej części postępowania."*

Odwołujący załączył do ofert Oświadczenie o następującej treści: *„Niniejszym oświadczam, że przedmiotowe zamówienia zamierzam zrealizować z wykorzystaniem materiałów równoważnych (oprawy i słupy oświetleniowe) posiadających parametry techniczne i użytkowe nie gorsze od materiałów przywołanych w projekcie technicznym. Postępowanie takie jest zgodnie przepisami Pzp".*

Pismem z dnia 5 maja 2015 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z powołaniem przytoczonych wyżej postanowienia SIWZ, wezwał Odwołującego *„do uzupełnienia oferty o Wykaz produktów/materiałów równoważnych z podaniem ich nazwy i dokładnym opisem parametrów oraz kopie atestów, certyfikatów, aprobat technicznych lub deklaracji zgodności, jakie dany produkt posiada, zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie".*

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że *„Komisja Przetargowa w trakcie sprawdzania oferty złożonej przez Pana Firmę stwierdziła, że do Oferty załączono Oświadczenie, iż przedmiotowe zamówienie Wykonawca zamierza realizować z wykorzystaniem materiałów równoważnych w zakresie opraw i słupów oświetleniowych, nie załączył jednocześnie Wykazu produktów/materiałów równoważnych wymaganych ww. zapisami".*

W odpowiedzi Odwołujący podał, że: *„Zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie podtrzymuję, że część 1 zamówienia tj. „Wykonanie oświetlenia w Al. Chopina" przewidzieliśmy zrealizować w zakresie opraw oświetleniowych, przy użyciu produktów równoważnych. Pozostałe materiały przewidziane do realizacji to te przywołane w projekcie technicznym Zamawiającego i takie zostaną zainstalowane."*

Pismem z dnia 19 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że: *„Do oferty Wykonawca załączył Oświadczenie, że przedmiotowe zamówienia zamierza zrealizować z*



*wykorzystaniem materiałów równoważnych w zakresie opraw i słupów oświetleniowych posiadających parametry techniczne i użytkowe nie gorsze od materiałów przywołanych w projekcie technicznym nie załączył jednocześnie Wykazu produktów/materiałów równoważnych wymaganych zapisami Ogłoszenia i SIWZ, w związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o Wykaz produktów/materiałów równoważnych. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył wykaz materiałów równoważnych opraw oświetleniowych, natomiast w pozostałym zakresie oświadczył, iż zastosuje materiały przewidziane do realizacji zgodnie z projektem technicznym, zmieniając tym samym Oświadczenie pierwotnie załączone do złożonej Oferty tj. zmieniając treść oferty. Zamawiający prowadząc postępowanie z należytą starannością w toku oceny wyjaśnień nie może prowadzić negocjacji z Wykonawcą, które doprowadziłyby do zmiany treści złożonej oferty. Zamawiający nie dopuścił też możliwości złożenia oferty wariantowej."*

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zgłoszonych przez Zamawiającego, gdyż nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że mocą wyżej powołanych postanowień SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do przedłożenia wraz z ofertą Wykazu produktów/materiałów równoważnych wraz z określonymi dokumentami. Odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał, a przynajmniej nie w sposób wymagany przez Zamawiającego. Odwołujący dołączył bowiem do oferty oświadczenie, z którego wynika, że zamówienia w

zakresie opraw oświetleniowych i słupów zrealizuje przy użyciu materiałów równoważnych.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wymaganych dokumentów. W odpowiedzi Odwołujący przedłożył rzeczony Wykaz co do opraw oświetleniowych, natomiast co do pozostałych materiałów oświadczył, że wykona zamówienie (część 1.) przy użyciu materiałów wymienionych w projekcie technicznym.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że Odwołujący złożył oświadczenie odmienne od tego, które stanowiło treść oferty w rozumieniu *sensu largo.* Tym samym Odwołujący zmienił treść oferty po upływie składania ofert, co w świetle przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne (argumentum *a contrario).* Skoro zaś zachowanie Odwołującego nie mieści się w dyspozycji powołanego przepisu, to obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty, która jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Nie zasługują na aprobatę twierdzenia Odwołującego, że oświadczenie dołączone do oferty miało jedynie charakter informacyjny. Zwrócić należy uwagę, co Odwołujący pomija,



że obowiązkiem wykonawców było wskazanie materiałów równoważnych, w przypadku ich zaoferowania. Odwołujący co prawda nie zrealizował wymagań wyartykułowanych w SIWZ w sposób prawidłowy, bowiem zamiast Wykazu załączył do oferty oświadczenie, ale nie ulega wątpliwości, że treść przedmiotowego oświadczenia, stanowiąca treść oferty, nie może być przez Zamawiającego pominięta. Skoro zaś treścią oferty Odwołujący objął materiały równoważnie w odniesieniu do opraw oświetleniowych i słupów, to złożenie odmiennego oświadczenia po otwarciu ofert nie może być inaczej traktowane jak zmiana treści oferty, która nie mieści się w kategorii zmian dozwolonych. Co więcej, zmiana ta została dokonana po zapoznaniu się z treścią oferty konkurencyjnej, co może uzasadniać pogląd, iż okoliczność ta legła u podstaw wprowadzenia zmian do oferty, a to z kolei, gdyby zostało przez Zamawiającego zaaprobowane, doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Nie ma znaczenia również okoliczność, że Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części i odrębnie opisał ich przedmiot, prowadząc jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Na tym tle Odwołujący starał się wywieść, że sporne oświadczenie dołączone do oferty odnosiło się do obu części i nie kwalifikowało zaoferowanych materiałów z podziałem na części zamówienia, co wymagało wyjaśnienia. Jednakże, w ocenie Izby, stanowisko Odwołującego jest nieuprawnione. Jakkolwiek Odwołujący załączył jedno oświadczenie do oferty, nie specyfikując materiałów w odniesieniu do każdej z części, to użycie przez Odwołującego zwrotu „zamówienia" nie pozostawia wątpliwości, że sporne oświadczenie dotyczy obu zadań.

Twierdzenia Odwołującego, że zaoferowanie materiałów zgodnych z projektem oznacza zaoferowanie materiałów spełniających wymagania Zamawiającego, a więc równoważnych są nieuprawnione. Jakkolwiek nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że zaproponowanie materiałów tych, które zostały wskazane w projekcie wypełnia oczekiwania Zamawiającego, to nie sposób pominąć, że przedmiotowa okoliczność nie stanowi istoty sporu. Oczywistym jest, że Odwołujący miał wybór, zaoferowania materiałów tożsamych z projektem albo równoważnych. Natomiast rozstrzygające znaczenie ma, że Odwołujący zmienił przedmiot świadczenia (pierwotnie zaoferował słupy równoważne, a po otwarciu ofert zmienił to oświadczenie, proponując słupy odpowiadające tym wskazanym w projekcie). Jeśli idzie zaś o twierdzenia Odwołującego, że materiały tożsame z projektem to w istocie materiały równoważne, to stanowisko powyższe jest błędne. Przemawia za tym nie tylko semantyczne znaczenie obu pojęć, ale również rozróżnienie dokonane na gruncie ustawy Pzp (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp).

W tych okolicznościach, wobec jednoznacznych oświadczeń Odwołującego, zawartych w analizowanych oświadczeniach, brak jest podstaw do żądania ich wyjaśnienia. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że instytucja wyjaśnień, o której mowa w przepisie art.



87 ust. 1 ustawy Pzp, nie służy doprowadzaniu treści oferty do stanu zgodności z przepisami prawa i wymaganiami zamawiającego. Oczekiwanie przez Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w istocie spowodowałoby, w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z przedmiotowego narzędzia, kolejną zmianę treści oferty, co w żaden

sposób nie mieści się w dyspozycji analizowanej normy prawnej.

W konsekwencji zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybione. Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się spóźnionym i jako taki nie podlega rozpoznaniu (art. 180 ust. 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący: ……**