

WYROK

z dnia 28 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **28 lipca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 lipca 2023 r.**

przez wykonawcę: **SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** [„Odwołujący”]

w zadaniu nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa wyrobów medycznych jednorazowego użytku dla SPWSZ w Szczecinie* (EP/220/85/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **ZARYS International Group sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4808 zł 46 gr (słownie: cztery tysiące osiemset osiem złotych czterdzieści sześć groszy) odpowiadającą uzasadnionym kosztom Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa wyrobów medycznych jednorazowego użytku dla SPWSZ w Szczecinie* (EP/220/85/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 stycznia 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_010 pod poz. 024744.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

4 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu w części (zadaniu) nr 1 oferty złożonej przez SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach {dalej: „Sinmed”} i unieważnieniu w tym zakresie prowadzonego postępowania.

14 lipca 2023 r. Sinmed {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 255 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, oraz bezpodstawne unieważnienie postępowania,
- 2.Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp Ustawy poprzez brak dokonania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia odrzucenia oferty Sinmedu oraz czynności unieważnienia postępowania.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 3.Poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Sinmedu z dokumentami zamówienia.
- 4.Wyboru oferty Sinmedu jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższy zarzut został doprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne wynikające z odwołania}

Zamawiający następująco uzasadnił odrzucenie oferty Sinmedu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp: *Zamawiający wymagał zaoferowania dla zadania nr 1 poz. 10 produktu zgodnego z następującym opisem: „Pojemnik na mocz, jałowy z nakrętką, poj. 100-120 ml, pakowany papier-folia”. Wykonawca w formularzu asortymentowo-cenowym wskazał na zaoferowanie asortymentu wyprodukowanego przez producenta SANMED o nr katalogowym PM-02D, jednocześnie przedkładając kartę katalogową dla asortymentu wyprodukowanego przez producenta SANMED o nr katalogowym PM-10, a zatem o innym numerze katalogowym, aniżeli wskazany dla tej pozycji w formularzu asortymentowo-cenowym.”*

Zamawiający w ramach wyjaśnień treści SWZ z 15 lutego 2023 r. dopuścił również pojemnik na mocz pakowany w woreczek foliowy, przy zachowaniu wszystkich pozostałych parametrów określonych w Załączniku nr 1 do SWZ.

W treści formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ dla Zadania 1 w poz. 10 Sinmed wpisał, że oferuje „Kubek do moczu 100 ml sterylnej” (nazwa handlowa) producenta Sanmed, omyłkowo podając jako numer katalogowy oznaczenie „PM-02D”.

13 kwietnia 2023 r. w ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z Sinmed przedstawił ulotkę zaoferowanego kubka sterylnego (jałowego) z prawidłowym numerem katalogowym, tj. „PM-10”.

„Pojemnik do moczu 100 ml (zakrecony + etykieta + pojedynczo pakowany)” o oznaczeniu PM-02D nie jest sterylny, a wyłącznie pakowany pojedynczo.

Jak wynika z ogólnodostępnych materiałów producenta pod oznaczeniem PM-10 występuje kubek sterylny (jałowy).

Kubki na mocz niesterylne są znacząco tańsze od sterylnych kubków na mocz, czego dowodem jest faktura sprzedaży obu kubków w innym szpitalu (załączono jako dowód nr 3).

{okoliczności prawne wynikające z odwołania}

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa. Ponadto przed uznaniem oferty za niezgodną z warunkami zamówienia zamawiający powinien ustalić, czy w ofercie wykonawcy nie występują omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy pzp.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 85/22: *...skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień”.*

Poprawienie omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z następuje przy spełnieniu następujących przesłanek: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, dodatkowo sposób skorygowania omyłki wynikać musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób, by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty w tym przypadku z przedmiotowych środków dowodowych. Poprawienie omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy i mogą one dotyczyć każdego elementu lub elementów oferty, nie tylko ceny (KIO 423/23).

Istotą omyłki jest powstanie stanu, w którym istnieje rozbieżność pomiędzy istniejącym stanem rzeczy a zakładanym (postulowanym) – uzasadnienie wyroku z 9 marca 2021 r. sygn. akt KIO 494/21 z dnia 9 marca 2021 r.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. sygn. akt XII GA 429/09) odnośnie powodów wprowadzenia instytucji poprawy innych omyłek: *...w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”.*

Celem instytucji poprawienia omyłki w treści oferty jest uniknięcie konieczności odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niewielkiej niezgodności z treścią SWZ i poprawienie zawartych w tej ofercie pomyłek popełnionych podczas sporządzania oferty – w przypadku, gdy wiadomo jest, w jaki sposób omyłki te poprawić, a taka sytuacja występuje w niniejszym postępowaniu. Treść art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie rozróżnia, czy omyłka w treści oferty wykonawcy dotyczy elementów istotnych czy nieistotnych umowy. Istotą tego artykułu jest poprawienie omyłki w sytuacji, gdy poprawienie takie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (uzasadnienie wyroku Izby z 31 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 109/22).

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w petitum odwołania, wywodząc dodatkowo, co następuje.

Omyłka w ofercie Sinmedu nie wynikała z zamierzonego i celowego działania, lecz z nieuwagi. Wykonawca od samego początku chciał zaoferować i zaoferował produkty spełniające wymagania Zamawiającego, co potwierdza całość treści oferty wykonawcy, w tym wpisana w formularzu asortymentowo-cenowym nazwa handlowa i cena.

Składając ofertę wykonawca deklaruje, że chce zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami zamawiającego, więc niedorzeczne byłoby stwierdzenie, iż celowo został wpisany błędny numer katalogowy niezgodny z warunkami zamówienia.

Prawidłowy numer katalogowy zaoferowanego asortymentu wynikał z złożonego przedmiotowego środków dowodowego, który jednocześnie potwierdzał, że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia.

W tym przypadku, poprawienie omyłki prowadzi do usunięcia wewnętrznych sprzeczności i rozbieżności w treści oferty.

Poprawienie numeru katalogowego nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, gdyż zaoferowano produkt spełniający zapisy SWZ, po cenie odpowiadającej produktowi, jakiego oczekuje Zamawiający.

Zamawiający mógł zwrócić się na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp o zgodę na poprawienie omyłkowej niezgodności lub skorzystać z możliwości uprzedniego wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty, czego nie uczynił.

W odpowiedzi na odwołanie z 28 lipca 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie postanowienia z rozdziału 8 pkt 8.1. SWZ: *Zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub folderów lub ulotek informacyjnych lub kart technicznych opisujących oferowany asortyment.*

Sinmed w poz. 10. formularza asortymentowo-cenowego dla Zadania nr 1 zaoferował produkt opisany jako „Kubek do moczu 100 ml sterylnej” producenta Sanmed, podając numer katalogowy PM-02D. Jednocześnie nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego opisującego asortyment zaoferowany w poz. 10 Zadania nr 1.

Dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego Sinmed złożył ulotkę dotyczącą kubka sterylnego (jałowego) o numerze katalogowym PM-10, tj. dla innego produktu niż wskazany przez w poz. 10 formularza asortymentowo-cenowego dla Zadania nr 1.

{okoliczności prawne}

Zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp. objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia na zasadzie art. 106 ust. 1 pzp (odpowiednik art. 25 ust. 2 pkt 2 pzp z 2004 r.) i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty, jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 107 ust. 2 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Niezależnie od tego zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych (z uzasadnienia wyroku Izby z 25 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 858/22).

W orzecznictwie Izby wielokrotnie akcentowano, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest podmiotem profesjonalnym, do którego stosuje się podwyższony miernik staranności. *Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak Zamawiający jeśli poweźmie jakiejkolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Złożenie oferty wiąże się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom – wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa (z uzasadnienia wyroku z 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 621/23).*

Norma wywiedziona z art. 223 pzp zakazuje negocjowania treści złożonych ofert oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 pzp.

W judykaturze wielokrotnie wskazywano że możliwość skorzystania z instytucji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 223 ust. 1 pzp zachodzi wyłącznie wówczas, gdy występuje stan niejasności co do

treści oferty. Jak trafnie ujęła to z kolei Izba: *Podkreślenia wymaga, że wynikająca z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany oferty są dopuszczalne tylko w ściśle określonych ustawą przypadkach, z którymi w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia. (...) nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Należy bowiem mieć na uwadze, że cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące również przy udzielaniu zamówień publicznych, nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie nie zaistniały podstawy wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, treść oferty była bowiem jasna i nie budziła wątpliwości. Skierowanie do Przystępującego wezwania do wyjaśnień, treść tych wyjaśnień oraz późniejszy sposób ich zinterpretowania przez Zamawiającego, mogą być uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Jak wskazał sam Zamawiający podczas rozprawy, z negocjacjami mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby wykonawca w wyjaśnieniach zmienił wcześniejszą ofertę. W ocenie Izby taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Jasne i precyzyjne oświadczenie podane w Formularzu ofertowym zostało w wyjaśnieniach przedstawione jako zupełnie inna informacja (tj. informacja o ostatecznej kwocie zwiększonego abonamentu, a nie o kwocie, o jaką abonament zostanie zwiększony), a właściwa kwota, która podlegała wpisaniu w punkcie 5 Formularza, jest według wyjaśnień inna. Mamy więc do czynienia z nowym, odmiennym od pierwotnego, oświadczeniem woli (z uzasadnienia wyroku z 15 października 2021 r. sygn. akt: KIO 2874/21).*

Zamawiający nadmieniał, że w powyższej sprawie treść oferty została ukształtowana w sposób sprzeczny z treścią warunków zamówienia, a wykonawca oczekiwał naprawy własnych błędów w drodze skorzystania przez zamawiającego z instytucji wyjaśnień i poprawiania omyłek, co nie zyskało aprobaty składu orzekającego Izby.

{wnioski w kontekście zarzutów odwołania}

Odwołujący w treści odwołania wprost przyznał, że produkt zaoferowany przez niego w poz. 10 formularza asortymentowo-cenowego jest niezgodny z warunkami tego zamówienia z uwagi na niespełnianie wymogu w zakresie sterylności. Innymi słowy Odwołujący nie zachował należytej staranności i złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

Oczekiwanie Odwołującego, aby Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające treści oferty z uwagi na następce złożenie przedmiotowego środka dowodowego niekorespondującego z asortymentem zaoferowanym w poz. 10 formularza asortymentowo-cenowego i konwalidował rezultat niestaranności Wykonawcy dzięki zmianie przedmiotu świadczenia w tej pozycji na zgodny z wymaganiami, prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści oferty, gdyż stałoby w sprzeczności z regulacją normatywną art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy pzp.

Reasumując, Odwołujący, wbrew wyraźnemu żądaniu Zamawiającego wyartykułowanego w rozdziale 8 pkt 8.1. i nast. SWZ dla Postępowania, nie dokonał kwalifikowanego potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia treścią przedmiotowego środka dowodowego. Z uwagi na to uchybienie, mając również na uwadze jednokrotność wezwania w trybie art. 107 ust. 2 pzp, Zamawiający nie mógł dokonać innej czynności niż odrzucenia oferty Wykonawcy. W konsekwencji Zamawiający musiał również unieważnić postępowania w zakresie Zadania nr 1 na podstawie art. 255 pkt 2 pzp.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 20 lipca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami odrzucenia odrzuceniem jego oferty i unieważnieniem postępowania może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Opisane w odwołaniu i odpowiedzi na nie okoliczności faktyczne wymagają jedynie następującego podsumowania i uzupełnienia.

Złożone do upływu terminu składania ofert oświadczenia woli Sinmedu co do przedmiotu jego oferty w poz. 10. zadania nr 1 sprowadzała się w zakresie wymaganego wg SWZ sprecyzowania treści oferty do podania: 1) jako nazwy handlowej – „Kubek do moczu 100 ml”, 2) jako producenta – „SANMED”, 3) jako nr katalogowego – „PM-02D”.

Wobec niezastosowania się przez Sinmed do wynikającego z SWZ żądania Zamawiającego złożenia wraz z

ofercą przedmiotowych środków dowodowych opisujących oferowany asortyment, dopiero na Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp (w zw. z postanowieniem z pkt 8.3 SWZ) Sinmed złożył jednostronicowy wydruk z logotypem producenta Sanmed, opatrzonego w prawym górnym rogu ręcznym dopiskiem „Zad. 1 poz. 10”, w którego treści pada następująca nazwa i nr katalogowy: „Pojemnik do moczu jałowy poj. pakowany PM-10”. Uzupełnienie brakującego dokumentu zostało złożone bez jakiegokolwiek komentarza ze strony Sinmedu w kontekście treści złożonego uprzednio oświadczenia woli odnośnie przedmiotu oferty w poz. 10 zadania nr 1.

Reasumując, treść oferty Sinmedu co do jej przedmiotu w poz. 10. zadania nr 1 nie znalazła potwierdzenia w złożonym po upływie terminu składania ofert przedmiotowym środku dowodowym ani co do nazwy handlowej, ani co do oznaczenia katalogowego. Ponieważ Sinmed wypełnił formularz asortymentowo-cenowy w powyżej wskazany sposób, a jednocześnie nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, który opisywałby odmiennie tak zaoferowany asortyment, obiektywnie nie mogły powstać żadne wątpliwości co do treści oferty złożonej do upływu terminu składania ofert.

Nic do sprawy nie wnoszą dowody z wydruku ze strony internetowej Sanmedu czy faktury sprzedaży dotyczące przedmiotu, który Odwołujący chciał zaoferować.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „popzp”), który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie budzi wątpliwości, że na podstawie – zarówno obecnie obowiązującego, jak i poprzednio – przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia.

Stąd zamawiający ma obowiązek zweryfikować zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp prawnej objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia na zasadzie art. 106 ust. 1 pzp [odpowiednik art. 25 ust. 2 pkt 2 popz] i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie.

Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 107 ust. 2 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Niezależnie od tego zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący, który jako profesjonalny wykonawca podwójnie nie dołożył należytej staranności, co spowodowało odrzucenie jego oferty, której treść nie znalazła potwierdzenia w złożonym odrębnie przedmiotowym środku dowodowym, nie może ze skutków swojej niestaranności czynić Zamawiającemu zarzutu niezastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, który to przepis w ustalonych powyżej okolicznościach nie mógł znaleźć zastosowania. W

konsekwencji za bezzasadne należało uznać zarzuty naruszenia pozostałych przepisów wskazanych na wstępie odwołania.

Izba w pełni podziela zatem i uznaje za własną ocenę prawną stanu faktycznego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się: wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.