Sygn. akt KIO 1158/14

WYROK

z dnia 18 czerwca 2014 r.

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

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2014 r. przez wykonawcę: **Goldwyn Capital S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wymiana sodowych oprawa oświetlenia drogowego na nowoczesne energooszczędne oprawy wykonane w technologii LED w ciągu ul. Nieszawskiej w Toruniu* (nr postępowania ZP-271.36.2014) prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wykluczenia z postępowania Goldwyn Capital S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania Goldwyn Capital S.A. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 7.1.2, 7.1.3 oraz 7.2.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze wskazaniem w wezwaniu, że **uzupełnieniu podlega próbka zaoferowanej oprawy oświetleniowej typu LED, czyli INDAL Luma Mini Luma R3 (Typ 1).**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** – **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Goldwyn Capital S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu** na rzecz **odwołującego – Goldwyn Capital S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, pózn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wymiana sodowych oprawa oświetlenia drogowego na nowoczesne energooszczędne oprawy wykonane w technologii LED w ciągu ul. Nieszawskiej w Toruniu* (nr postępowania

ZP-271.36.2014).

15 maja 2014 r. ogłoszenie tym o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 163578-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.mzd.torun.pl).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 196.276,56 zł, co stanowi równowartość 46.457,09 euro.

26 maja 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Goldwyn Capital S.A. z siedzibą w Warszawie {spółce dalej zwanej również w skrócie „Goldwyn"} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eklard sp. z o.o. spółka komandytowa, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe ELKARD R……. K……. z Torunia {dalej zwanych również w skrócie „Konsorcjum ELKARD"}, a także o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp oraz odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

6 czerwca 2014 r. Odwołujący wniósł (w formie pisemnej) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 – przez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Elkard w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób

niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

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

naruszenie pierwsze – zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w „Informacji o odrzuceniu oferty oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu" odrzucił ofertę Odwołującego. Zamawiający podał jako powód faktyczny odrzucenia brak w ofercie Odwołującego dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przy czym dokumentami jakich żądał Zamawiający, potwierdzającymi, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z zapisami SIWZ są między innymi:

– dokumenty określone w pkt 7.1.2 SIWZ: *Wykaz wykonanych głównych usług (Doświadczenie Wykonawcy) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie , wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, stanowiący oświadczenie podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodne z treścią załącznika Nr 1.3. do Rozdziału I SIWZ. Do wykazu należy dołączyć dowody potwierdzające, że wymienione w informacji usługi zostały wykonam należycie.*

– dokumenty określone w pkt 7.1.3 SIWZ: *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Potencjał kadrowy), w szczególności odpowiedzialnych za* świadczenie *usługi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych*

niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, stanowiący oświadczenie podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodne z treścią załącznika Nr 1.4. do Rozdziału I SIWZ. Wraz z wykazem należy złożyć oświadczenie - podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika re-prezentującego Wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - te osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia do pełnienia samo-dzielnych funkcji technicznych w budownictwie, o których mowa w ustawie Prawo budowlane – zgodne z treścią załącznika Nr 1.4.1. do rozdz. 1 SIWZ.
– określone w pkt 7.2.9 SIWZ: *W celu potwierdzenia, że oferowane oprawy wykonane w technologii LED odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ Zamawiający* żąda *próbki oprawy oświetleniowej typu LED oferowanej przez Wykonawcę, która ma zostać dostarczona wraz ofertą do siedziby Zamawiającego.*

Odwołujący zrelacjonował, że brak w jego ofercie ww. dokumentów Zamawiający uznał za wystarczający, aby uznać ofertę za niezgodną z treścią SIWZ, jako podstawę prawną swojej decyzji wskazując art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący zaznaczył, że dokumenty o których mowa w pkt 7.1.2, 7.1.3 oraz 7.2.9 SIWZ są dokumentami, które w sposób literalny zostały wskazane w rozporządzeniu 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 zwanemu również w skrócie „rozporządzeniem o dokumentach”} – odpowiednio w § 1 ust. 1 pkt 3, § 1 ust. 1 pkt 7 i w § ust. 1 pkt 1.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający – zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 pzp {Zamawiający *wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożenie na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert}* – powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów. Odwołujący wskazał, że treść art. 26 ust. 3 pzp nie pozostawia zamawiającemu wyboru w zakresie możliwości wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, gdyż jest to jego obowiązkiem. Ponadto ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że zamawiający żąda w wezwaniu od wykonawców złożenia dokumentów, których wykonawcy nie złożyli w wymaganym terminie.

Z kolei dokumenty, do których uzupełnienia jest zobowiązany wezwać zamawiający

zostały określone w art. 25 ust. 1 pzp, są nimi *oświadczenia łub dokumenty potwierdzające spełnianie:* 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Katalog dokumentów został określony w ww. rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. W katalogu tym literalnie zapisane zostały dokumenty określające doświadczenie wykonawcy, wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia oraz próbki, czyli dokumenty, jakich żądał Zamawiający w niniejszym postępowaniu według pkt. 7.1.2., 7.1.3. i 7.2.9., a jakich brak jest w ofercie Odwołującego. Zamawiający w SIWZ określił jednoznacznie, jakie warunki stawia

wykonawcom chcącym brać udział w niniejszym postępowaniu i zawarł te warunki w pkt 6 SIWZ. Bezsprzecznie są tam zawarte „warunki udziału w postępowaniu", o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. Następnie Zamawiający w pkt 7 SIWZ wskazał dokumenty, jakich żąda od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Według Zamawiającego bezspornym jest fakt, że dokumenty wskazane w pkt 7 SIWZ są dokumentami mającymi potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzić przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Wobec powyższego Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3.

Dlatego też Odwołujący nie można się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, który zaniechał wezwania go do uzupełnienia dokumentów określonych w rozporządzeniu o dokumentach, uznając że dokumenty w postaci wykazu wykonanych usług, wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, oraz próbek opraw, nie są dokumentami wymienionymi w art. 25 ust. 1 pzp. Odwołujący zarzucił, że zaniechanie wezwania go do uzupełnienie brakujących dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 pzp.
naruszenie drugie – niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego

Odwołujący podniósł, że wynikiem zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której wykonania Zamawiające był zobowiązany według art. 26 ust. 3 pzp tj. wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty, było uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ.

Odwołujący wywiódł, że ocena złożonych ofert w zakresie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu powinna odbywać się na podstawie dołączonych do oferty dokumentów. Jeżeli wykonawca nie dołączył wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp zamawiający jest zobowiązany wezwać do ich uzupełnienia, zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp.

Odwołujący zarzucił, że w przypadku gdy Zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia nie miał do wykluczenia z dokumentów, podstaw Odwołującego

postępowania przetargowego, gdyż nie mógł w sposób bezsporny i zgodny z ustawą pzp ocenić, czy Odwołujący spełnia czy nie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dopiero na podstawie uzupełnionych dokumentów w toku badania ofert Zamawiający może ocenić spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
Naruszenie trzecie nieuprawniony wybór oferty najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający odrzucając jego ofertę, jak również inne oferty złożone postępowaniu, wbrew zasadom ustawy pzp pozostawił do oceny tylko jedną tylko ofertę złożoną przez Konsorcjum Elkard. Odwołujący wywiódł, że wobec wykluczenia go z postępowania z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający nie miał prawa rozstrzygnąć postępowania, gdyż nie zbadał w należyty sposób oferty Odwołującego.

16 czerwca 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby faksem pisemną odpowiedź na odwołanie {pismo z 16 czerwca 2014 r.}, w której wniósł o jego oddalenie z następujących powodów.
zarzut naruszenia art 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp

Zdaniem Zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp nie miał w stanie faktycznym zastosowania, ze względu na zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jako niezgodnej treścią SIWZ.

Według Zamawiającego należy rozważyć, czy złożenie próbki zawiera się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, który wskazuje wprost na oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego z powyższego wynika, że wskazana w akcie niższego rzędu, jakim jest rozporządzenie o dokumentach, próbka nie znajduje się w katalogu oświadczeń lub dokumentów wymienionych w ustawie pzp, która jest aktem wyższego rzędu w stosunku do tego rozporządzenia. Zamawiający wywiódł,

że rzeczona próbka nie znajduje się również w dyspozycji art. 26 ust. 3 pzp, gdzie ustawodawca wymienił dodatkowo pełnomocnictwa, których brak lub wadliwość obliguje zamawiającego do ich uzupełnienia. Według Zamawiającego w świetle powyższego, zakładając racjonalność ustawodawcy, stwierdzić trzeba, że przedmiotowa próbka nie zawiera się w zamkniętym katalogu oświadczeń lub dokumentów zawartych w art. 25 ust. 1 pzp i nie ma jej również w art. 26 ust. 3 pzp. Zamawiający stwierdził, że przedmiotowa próbka nie ma z pewnością charakteru oświadczenia lub dokumentu.

Zdaniem Zamawiającego warto w tym miejscu przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w jednym z wyroków wskazała, że zastosowanie procedury uzupełniania dokumentów wymaga ścisłego wypełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 26 ust. 3 pzp, w tym w szczególności dotyczących zakresu możliwych do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń. Uzupełnieniu podlegać mogą wyłącznie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagali określonych przez zamawiającego {tak w wyroku z 31 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1765/10}.

Abstrahując powyższej od analizy prawnej Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że nie wykazał się minimum profesjonalizmu, którego należy oczekiwać od podmiotu działającego na rynku, szczególnie na rynku zamówień publicznych, gdzie wydatkowane są środki publiczne, co obrazuje zakres w jakim jego oferta spełnia wymogi SIWZ określone przez Zamawiającego.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art 26 ust 3 pzp – przez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 7.2.9 SIWZ wymagał dołączenia do oferty próbki oprawy oświetleniowej w celu potwierdzenia, że oferowane oprawy wykonane w technologii LED odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Przedmiotowa próbka miała zostać dostarczona wraz z ofertą do siedziby Zamawiającego. Odwołujący nie dołączył do oferty próbki.

Zamawiający – podtrzymując argumentację w zakresie braku obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 pzp – podniósł, że wymogi co do oprawy LED zostały w SIWZ szczegółowo określone, a próbka stanowi potwierdzenie, że ofertowany przez wykonawcę produkt odpowiada kryteriom techniczno-jakościowym określonym przez Zamawiającego, a zatem część oferty, w której po jej złożeniu – zgodnie z dyspozycją art. 87 pzp – nie można dokonywać jakichkolwiek zmian.

Zamawiający oświadczył, że przeprowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zobligowało go do odrzucenia ofert, do których nie dołączono próbki w ogóle, jak i też tych, do których próbkę dołączono, jednak nie odpowiadała ona kryteriom techniczno-jakościowym zawartym SIWZ, co skutkowało obowiązkiem odrzucenia ofert niezgodnych z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający podał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1042/13, można przeczytać, co następuje: *Próbki jako część oferty nie podlegają uzupełnieniu czy zmianie po upływie terminu składania ofert, Zamawiający musi oprzeć*

swoje decyzje na ofercie i dołączonych do niej elementach, które stanowią całość oferty. Jedynym wyjątkiem od materiałów złożonych w ofercie są dokumenty określone w art. 26 ust. 3 pzp, który brzmi „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające, błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo

ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert". Ustawodawca, zgodnie z art. 26 ust, 3 Pzp, nie dopuścił do uzupełniania innych dokumentów ponad uprawnienie do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oraz pełnomocnictw, a zwłaszcza ustawodawca nie dopuścił do uzupełniania próbek, które mają być oceniane przez zamawiającego. Zamawiający podał również, że skład orzekający Izby stwierdził również, że *po upływie terminu składnia ofert uzupełnieniu podlegają tylko dokumenty wyraźnie wskazane w art. 26 ust. 3 pzp, a próbki nie znajdują się w tym przepisie.* Zamawiający dodał, że w pełni podziela argumentację przedstawioną w powyższym wyroku.

Zamawiający oświadczył, że w związku z tym nie mógł odstąpić od zawartego w pkt 7.2.9 SIWZ wymogu dołączenia do oferty próbek oferowanych przedmiotów i traktować te przedmioty jako element oferty podlegający uzupełnieniu po upływie terminu składnia ofert. W ocenie Zamawiającego byłoby to sprzeczne z art. 84 ust. 1 pzp {Wykonawca *może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę}*. Zdaniem Zamawiającego z przepisu tego wynika, że po upływie terminu składania oferty, z wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 26 ust. 3 pzp, ingerencje w zawartość oferty są wykluczone.

Zamawiający podniósł za wyrokiem z 14 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1125/11, że (...) *niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w siwz, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.*

W ocenie Zmawiającego dla ustalenia istnienia bądź nie obowiązku wezwania

do uzupełnienia próbki, którą wymienia rozporządzenie, a której brak w przepisach ustawy pzp, najbardziej istotne jest kierowanie się wykładnią autentyczną przepisów ustawy i rozporządzenia, która we wszystkich dziedzinach prawa jest wykładnią mającą pierwszeństwo zastosowania, a w jej ramach językową metodą wykładni, która odwołuje się do znaczenia słów w języku powszechnym.

Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r., sygn. akt III CZP 94/06 zważył iż, *...wykładania celowościowa i systemowa nie powinny negować jednoznacznego wyniku poprawnie dokonanej wykładni językowej i prowadzić do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego pożądanej, ale nie wrażonej w przepisie normy prawnej. Zastosowanie wykładni, w której interpretator odchodzi od sensu językowego przepisu, może być uzasadnione tylko w wyjątkowych okolicznościach, ponieważ adresaci norm prawnych mają prawo polegać na tym, co ustawodawca w przepisie rzeczywiście wyraził, a nie na tym , co chciał uczynić lub co uczyniłby, gdyby znał nowe lub inne okoliczności. Reguły odstępstwa od jasnego i oczywistego sensu językowego wynikającego z brzmienia przepisu wymagają szczególnej ostrożności przy ich stosowaniu i zobowiązują do wskazania ważnych racji mających uzasadniać odstępstwo od wyniku poprawnie przeprowadzonej wykładni językowej. W konsekwencji, odejście od jasnego, jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni contra legem.*

Dla Zamawiającego treść art. 26 ust. 3 pzp, art. 25 ust. 1 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz rozporządzenia jest jasna i nie budzi wątpliwości, a nieuprawione byłoby w tym przypadku zastosowanie wykładni rozszerzającej, która prowadziłaby do naruszenia zasady przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego istotne także jest tutaj odniesienie do przepisów prawa cywilnego zawierającego definicje oferty. Zawarta jest ona w art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny {t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 12; dalej „kc"}, a rozumiana jest jako oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej

umowy. Wynika z tej definicji, że materialne sprzeczności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego skutkują odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Natomiast charakter materialny sprzeczności uzewnętrznia się w tym, że oferta nie spełnia założeń zamawiającego dotyczących wykonania zamówienia,

Zamawiający dodał, że w orzecznictwie podkreśla się, że: *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami*

zamawiającego. {wyrok Izby z 26 maja 2011 r., sygn. akt KIO 997/11}.
zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp

Wobec powyższego według Zamawiającego niezasadny jest zarzut przeprowadzenia postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym bardziej zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 pzp.

Odnośnie podnoszonej przez Odwołującego okoliczności, co do oceny na podstawie dokumentów merytorycznej zgodności treści oferty, Zamawiający oświadczył, że w przypadku oferty Odwołującej nie mógł tego uczynić, przez niedołożenie należytej staranności przez Odwołującego.

Zamawiający wywiódł, że ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni zamówienie, którego przedmiot stanowi produkt wysokiej jakości, technologicznie zaawansowany, adekwatny do celów, jakim ma służyć. Fakt, iż niewielu wykonawców może spełnić wymagania zamawiającego, nie stanowi jeszcze o naruszeniu przepisów pzp.
Określenie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia wysokich, lecz możliwych do spełnienia przez wykonawców, pozostających w związku z celem, jaki zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy zasad uczciwej konkurencji. Celem opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku. {wyrok Izby z 29 kwietnia 2011 r., sygn. akt 821/11}
Uznać zatem należy, iż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani nie istnieje ani nie może być wywodzony z przepisów nakaz dopuszczenia konkurencji absolutnej. Każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji, W szczególności nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku, jako, że z uwagi na ich właściwości podmiotowe czy sprofilowanie oferty spełnienia wymogów może okazać się dla niektórych nie możliwe lub utrudnione. {wyrok Izby z 19 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 715/11}
Fakt, że niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego (...) *niż innemu wykonawcy, nie może być traktowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji.* {wyrok Izby z 3 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO /UZP 91/09, KIO/UZP 92/09}

Zamawiający oświadczył, że zakres wymaganych funkcjonalności, które ma zawierać próbka, został przez niego opisany zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 29 ust. 1 pzp, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

określeń. Zamawiający dodał, że opis ten jest jednakowy dla wszystkich wykonawców i nie zostało wskazane przez Odwołującego, aby zawierał jakiekolwiek preferencje uniemożliwiające złożenie oferty z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Według Zamawiającego z samego faktu, że dla Odwołującego przygotowanie do upływu terminu składania ofert kompletnej oferty, zawierającej wszystkie wymagane funkcjonalności wiązało się z trudnościami, nie wynika ograniczenie uczciwej konkurencji, ani złamanie przez Zamawiającego zasad wskazanych w art. 7 ust 1 i 3 pzp. To na Wykonawcy spoczywa ciężar przygotowania kompletnej oferty, na podstawie której Zamawiający będzie

w stanie ją ocenić.

9 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem kwalifikowanym za pomocą ważnego certyfikatu – zgłoszenie przez Optarget sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej zwaną również w skrócie „Optarget"} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Co prawda zgłoszenie zostało dokonane w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu od otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, a kopia zgłoszenia została przekazana Stronom postępowania (a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), jednak Izba – działając na podstawie art. 185 ust. 4 pzp – uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Zamawiającego pismem z 16 czerwca 2014 r. Zamawiający wykazał, że Optarget nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Po pierwsze – oferta złożona przez Optarget została odrzucona, a wykonawca nie wniósł odwołania od tej czynności. Po drugie – oferta Optarget zawiera najwyższą cenę spośród sześciu złożonych ofert. W konsekwencji nie sposób stwierdzić, aby uwzględnienie odwołania mogło przynieść Optarget jakąkolwiek korzyść w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym już nie uczestniczy.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowisko.

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

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp 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 ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, przy czym oferta z najniższą ceną została odrzucona, a wykonawca, który ją złożył został wykluczony z postępowania. tych okolicznościach wykluczenie z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez siebie oferty naraża Odwołującego na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby – w przeciwnym razie – liczyć.

Izba stwierdziła również, że choć na wstępie odwołania wprost nie wskazano, że dotyczy odwołania od wykluczenia z postępowania, ani na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, jednak z uzasadnienia wynika podniesienie takiego zarzutu. Odwołanie zawiera okoliczności dotyczące zaniechania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, których brak stał się wyłączną podstawą do wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności

przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, a także z protokołu postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Na podstawie treści s.i.w.z. Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale I – Instrukcji dla wykonawców dokonał następującego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także zażądał złożenie następujących dokumentów na potwierdzenie spełniania tych warunków:
{wiedza i doświadczenie}
–Wykonawca musi udowodnić, iż wykonał (zrealizował i zakończył) z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na pracach elektrycznych związanych z oświetleniem drogowym na drogach publicznych o wartości co najmniej 220.000,00 PLN brutto (każde zadanie). Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. {pkt 6.2.2}
– Wykazu wykonanych głównych usług (Doświadczenie Wykonawcy) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane, stanowiący oświadczenie podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodne z treścią załącznika Nr 1.3. do Rozdziału I Specyfikacji. Do wykazu należy dołączyć dowody potwierdzające, że wymienione w informacji usługi zostały wykonane należycie. {pkt 7.1.2}
{osoby zdolne do wykonania zamówienia}
– Wykonawca musi wykazać, iż dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie *usługi tj. minimum jedną osobą na stanowisku kierownika robót – (osoba odpowiedzialna za realizację zadania) – posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.* (…) *Wykonawca może polegać na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.* {pkt 6.2.4}
– Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Potencjał kadrowy), w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie *usługi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, stanowiący oświadczenie podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną*

do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodne z treścią załącznika Nr 1.4. do Rozdziału I SIWZ. Wraz z wykazem należy złożyć oświadczenie – podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, o których mowa w ustawie Prawo budowlane – zgodne z treścią załącznika Nr 1.4.1. do rozdz. I SIWZ.
Ponadto Zamawiający w pkt 7.2 rozdziału I s.i.w.z. zażądał – w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym przez niego wymaganiom:
W celu potwierdzenia, że oferowane oprawy wykonane w technologii LED odpowiadają

wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ Zamawiający żąda próbki oprawy oświetleniowej LED oferowanej przez Wykonawcę, która ma zostać dostarczona wraz z ofertą do siedziby Zamawiającego. {pkt 7.2.9}

W pkt 4 rozdziału I dokonano w szczególności następującego opisu przedmiotu zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest wymiana sodowych opraw oświetlenia drogowego na istniejących słupach w ciągu oświetlenia drogowego ulicy Nieszawskiej w Toruniu na nowoczesne energooszczędne oprawy wykonane w technologii LED posiadające redukcję mocy.

Zakres prac obejmuje :demontaż opraw istniejących, przystosowanie wysięgnika do montażu opraw bezpośrednio na słupie – 102 szt., montaż nowych opraw typu LED – 102 szt., podłączenie zasilania w tabliczkach słupowych oraz na zaciskach oprawy, uruchomienie i sprawdzenie instalacji z pomiarem natężenia i luminancji oświetlenia.

(…) *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego realizacji zawiera Rozdział III, IV, V i VI SIWZ.*

Rozdział III stanowi przedmiar robót, a rozdział IV zawiera wzór umowy.

Natomiast rozdział V to *Opis przedmiotu zamówienia – Tabelka – Oświadczenie* i zawiera tabelaryczne zestawienie i opis 19 wymaganych parametrów opraw oświetleniowych oraz wymagany okres gwarancji dla diody i układu zasilającego. Przy czym Zamawiający pozostawił ostatnią kolumnę do wypełnienia przez wykonawcę składającego ofertę, wymagając od niego zadeklarowanie spełniania tych wymagań przez umieszczenie przy każdym parametrze i wymaganym okresie gwarancji słowa „potwierdzam".

Ponadto pod tabelą Zamawiający przygotował dla wykonawcy składającego ofertę

następujące oświadczenie: *Do oświadczenia dołączam kartę katalogową wraz z obliczeniami fotometrycznymi dla oferowanej oprawy oświetleniowej LED.*

Rozdział VI zawiera obliczenia fotometryczne przeprowadzone przez Zamawiającego dla ulicy, na której mają być wymieniane oprawy oświetleniowe.

W zakresie zawartości oferty złożonej przez Goldwyn Capital Izba ustaliła, że zawiera ona wypełniony i podpisany formularz oferty, a także podpisany i wypełniony – przez wpisanie słowa „potwierdzam" dla każdego parametru – druk z rozdziału V s.i.w.z.

W ramach wypełnienia oczekiwania dołączenia do oświadczenia karty katalogowej wraz z obliczeniami fotometrycznymi dla oferowanej oprawy oświetleniowej w ofercie znalazły się także:

– karta katalogowa dotycząca drogowych opraw oświetleniowych serii Luma dotycząca poszczególnych typów modeli MiniLuma, Luma 1, Luma 2 i Luma 3;

– datowane na 19 maja 2014 r. obliczenia fotometryczne dla ul. Nieszawskiej w Toruniu przy zastosowaniu opraw INDAL Luma Mini R3 (Typ 1).

Oferta zawiera również podpisane oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, jednak nie zawiera dokumentów zażądanych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania sprecyzowanych przez niego warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający nie wzywał Goldwyn Capital do uzupełnienia dokumentów, gdyż uznał, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, i pismem z 3 czerwca 2014 r. poinformował o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89.ust. 1 pkt 2 pzp oraz o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje gdyż Zamawiający wykluczył na uwzględnienie, przedwcześnie Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż uznał,

że oferta Odwołującego, niezależnie od wyniku takiego uzupełnienia, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu niezłożenia wraz z ofertą próbki oferowanej

oprawy oświetleniowej.

Stanowisko Zamawiającego opiera się na dwóch, niezależnych od siebie, zasadniczych argumentach. Pierwszy odwołuje się do zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie interpretacji art. 26 ust. 3 pzp, zgodnie z którą przepis ten nie przewiduje możliwości uzupełniania próbek. Drugi sprowadza się do uznania, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu próbka stanowiła element treści oferty, który nie może ulec żadnym zmianom po upływie terminu składania ofert, co ma odpowiadać dyspozycji art. 87 ust. 1 pzp. Przy czym o ile w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający skupił się przede wszystkim pierwszym aspekcie, o tyle na rozprawie podkreślał przede wszystkim drugi aspekt argumentacji.

W ocenie składu orzekającego Izby oczywiście błędna jest dokonana przez Zamawiającego interpretacja art. 26 ust. 3 pzp, gdyż interpretacja tego przepisu, prowadzi do diametralnie odmiennego wniosku, że uzupełnieniu podlegają wszystkie oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, to jest zarówno te dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i te dotyczące spełniania przez oferowane dostawy, usług lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W hipotezie art. 26 ust. 3 pzp mowa jest o wezwaniu wykonawców, którzy nie złożyli w ogóle lub złożyli zawierające błędy dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, przy czym zdanie pierwsze art. 26 ust. 3 pzp nie czyni rozróżnienia pomiędzy dokumentami z pkt 1 i 2 art. 25 ust. 1 pzp. Z kolei w zdaniu drugim art. 26 ust. 3 pzp wprost nawiązano do wynikającego z tych dwóch punktów art. 25 ust. 1 pzp podziału, jednak wyłącznie dla uwidocznienia, że w obu przypadkach obowiązuje reguła, zgodnie z którą uzupełnione dokumenty winny potwierdzać stan istniejący na upływ terminu składania ofert. Z kolei, jakie konkretnie rodzaje oświadczeń i dokumentów zaliczają się do każdej z dwóch kategorii wyszczególnionych w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp, uregulowane zostało w – wydanym na mocy delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp – rozporządzeniu 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). Należy zaznaczyć, że ustawodawca w art. 25 ust. 1 pzp określił dwie zasadnicze kategorie dokumentów, natomiast w zakresie mieszczącego się w każdej z nich katalogu rodzajów dokumentów odesłał do przepisów wykonawczych, ustanawiając w art. 25 ust. 2 pzp delegację do wydania w tym zakresie rozporządzenia wykonawczego. Wobec przyjętej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej, oczywiste jest, że art. 26 ust. 3 pzp – odsyłając do kategorii dokumentów,

o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp – dotyczy wszystkich rodzajów dokumentów, które wyszczególnione zostały w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na mocy art. 25 ust. 2 pzp. Natomiast art. 26 ust. 3 pzp wskazuje jeszcze odrębnie na pełnomocnictwa, gdyż nie zawierają się one w żadnej z dwóch kategorii wymienionych w art. 25 ust. 1 pzp {art. 25 pzp w ogóle nie dotyczy pełnomocnictw}, a w konsekwencji nie są żadnym spośród rodzajów dokumentów z katalogu wyszczególnionego w przywołanym rozporządzeniu wykonawczym.

Z kolei zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach pierwszym z wyszczególnionych rodzajów dokumentów, których zamawiający może zażądać w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają określonym przez niego wymaganiom są próbki, opisy lub fotografie produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność – w razie sformułowania takiego żądania przez zamawiającego – musi dodatkowo zostać poświadczona przez wykonawcę. O ile zatem nie ma wątpliwości, że próbka nie jest dokumentem w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego {w szczególności nie jest dokumentem prywatnym, stanowiącym dowód tego,

że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie}, choćby z powodu braku podpisu, o tyle może mieści się w jednym ze znaczeń słowa „dokument", które oznacza również *materiał w postaci tekstu, fotografii lub jakikolwiek przedmiot, mający wartość dowodową lub informacyjną* {Słownik języka polskiego: http://sjp.pwn.pl}. Przede wszystkim znaczenie ma, że na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych próbka została zaliczona do kategorii dokumentów, z wszystkimi tego – obiektywnie możliwymi do zastosowania – konsekwencjami. O ile zatem trudno sobie wyobrazić, aby dla próbki znalazła zastosowanie możliwość złożenia kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę {zamiast tego w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu wprowadzono szczególną regulację poświadczania przez wykonawcę autentyczności próbki, opisów lub fotografii}, o tyle uzupełnienie niezłożonej w ogóle próbki lub próbki dotkniętej brakami, jest jak najbardziej wykonalne. Nie ma zatem powodów, aby arbitralnie wyłączać próbki spod regulacji art. 26 ust. 3 pzp. Przyjmując racjonalność ustawodawcy, który w każdym kolejnym rozporządzeniu zaliczał próbki do dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego, nie pozwala uznanie, że próbka stanowi rodzaj dokumentu, który, choć mieści się w kategorii, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, jednak nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Niezależnie od powyższego wydaje się, że nie jest rolą Zamawiającego domniemywanie wykraczania regulacji rozporządzenia dotyczącej próbki poza delegację wynikającą z art. 25 ust. 2 pzp, i na tej podstawie wywodzenie, że próbka nie jest objęta hipotezą normy wyrażonej w art. 26 ust. 3 pzp.

Natomiast kluczowe znaczenie dla sprawy miało rozstrzygnięcie, czy próbka oprawy oświetleniowej została zażądana przez Zamawiającego jedynie na potwierdzenie spełniania jego wymagań określonych w s.i.w.z. czy też stanowi element treści oferty, którego uzupełnienie lub zmiana stanowiłoby obejście wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp zakazu dokonywania w toku badania i oceny oferty jakichkolwiek zmian w jej treści oferty, chyba że dotyczą one poprawiania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 pzp {to ostatnie nie dotyczy okoliczności rozstrzyganej sprawy}.

Skład orzekający podziela i uznaje za nadal aktualny stanowisko, które wyrażone zostało w uzasadnieniu wyroku Izby z 17 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 919/08): *Inny bowiem będzie status próbki czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym przypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element; w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione.* Powyższe rozgraniczenie jest akceptowane i respektowane nie tylko w orzecznictwie Izby, ale i w doktrynie i piśmiennictwie dotyczącym problematyki zamówień publicznych.

Reasumując, charakter prawny próbki uzależniony jest od jasnego i precyzyjnego określenia w s.i.w.z. celu żądania próbek {a także opisów lub fotografii} w danym postępowaniu. W szczególności ewidentnym przykładem takiego uwikłania próbki w treść oferty, że nie znajdzie do niej zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, jest sytuacja, w której ocena próbki bezpośrednio przekłada się na ocenę oferty w ramach innych niż cena kryteriów oceny ofert, gdyż na podstawie praktycznej weryfikacji próbki przydzielana jest konkretna ocena punktowa, która rzutuje na pozycję oferty w rankingu ofert.

Jednakże zmiana lub uzupełnienie próbki powinna być niedopuszczalna w każdej sytuacji, w której mogłoby to wprost lub pośrednio prowadzić do zmiany treści oferty. Jest tak nie tylko wtedy, gdy próbka podlega ocenie w ramach kryterium oceny oferty, ale w każdym przypadku, gdy zmiana lub uzupełnienie próbki prowadziłoby do stworzenia możliwości zmiany jednego produktu na inny, czyli *de facto* zmiany treści oferty, choć formalnie zmianie podlegałby tylko dokument składany na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego. Może to mieć miejsce w tych wszystkich przypadkach, w których zamawiający nie oczekiwał w formularzu oferty niczego więcej ponad określenie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i, ewentualnie, potwierdzenie ogólnym

oświadczeniem, że przedmiot oferty jest zgodny z jego wymaganiami określonymi w s.i.w.z., a jednocześnie zażądał próbki, opisu lub fotografii. Jeżeli wykonawca, choćby z własnej inicjatywy, nie sprecyzował w inny sposób treści oferty, próbka, opis lub fotografia jest jedynym źródłem dla ustalenia co konkretnie zostało zaoferowane, a zatem *de facto* stanowi treść oferty, która podlega wyłącznie reżimowi art. 87 ust. 1 i 2 pzp, a nie art. 26 ust. 3 pzp.

Izba podziela zatem wyrażony w piśmiennictwie pogląd o konieczności uwzględnienia swoistej korelacji pomiędzy prawem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, a zakazem dokonywanie przez niego zmiany treści złożonej oferty, wynikającym z art. 87 ust. 1 pzp: …przepisy *o dokumentach dotyczących jakości przedmiotu zamówienia – art. 25 ust. 1, procedura ich uzupełnienia – art. 26 ust. 3 oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie mogą być rozumiane i właściwie stosowane w oderwaniu od oferty. Ich składanie i możliwość uzupełnienia została co prawda uregulowana szczegółowo w art. 26 ust. 3, ale nie może prowadzić do naruszania norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie. Możliwe jest więc uzupełnianie dokumentów i oświadczeń, które potwierdzają np. jakość materiałów zaoferowanych, ale nie jest już możliwa zamiana tych materiałów. Dokumenty te nie służą bowiem opisaniu oferowanego produktu, lecz wyłącznie potwierdzeniu cech jakościowych produktu opisanego w ofercie.* {cyt. za Janusz Dolecki, *Dokumenty wskazane przepisami art. 25 ust. 1 pkt 2* ,w: Zamówienia Publiczne – Doradca, Nr 9/2010}.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności rozstrzyganej sprawy, stwierdzić należy, że z jedynego postanowienia s.i.w.z. dotyczącego próbki, czyli pkt 7.2.9 rozdziału I, wynika jedynie, że została ona zażądana na potwierdzenie, że oferowane oprawy LED odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Natomiast s.i.w.z. nie zawiera opisu procedury badania opraw, z określeniem zakresu parametrów podlegających sprawdzeniu. W szczególności pkt 7.2.9 nie określa, że Zamawiający będzie badał próbki opraw oświetleniowych pod kątem spełniania wszystkich parametrów, o których mowa w rozdziale V s.i.w.z., a z kolei przygotowany tam wzór oświadczenia odsyła wprost jedynie do karty katalogowej i badań fotometrycznych oferowanej oprawy oświetleniowej. Z kolei według samego formularza rozdziału V s.i.w.z. sprecyzowanie parametrów oferty mogło się ograniczać jedynie do dosłownego potwierdzenia spełniania parametrów opisanych tam przez Zamawiającego. W tym stanie rzeczy, niezależnie od tego, czy rzeczywiście taka była intencja Zamawiającego, dalsza konkretyzacja przedmiotu świadczenia w zakresie modelu i typu oferowanej oprawy oświetleniowej może wynikać z zażądanych dodatkowo: próbki, karty katalogowej i obliczeń fotometrycznych.

Izba zważyła, że oferta Odwołującego zawiera nie tylko formalne potwierdzenie spełniania każdego z parametrów wymaganych przez Zamawiającego, ale również dwa spośród trzech wymaganych dodatkowo dokumentów, na których podstawie można ustalić jaka konkretnie oprawa oświetleniowa została zaoferowana. O ile folder dotyczy całej rodziny drogowych opraw oświetleniowych serii Luma, o tyle badania fotometryczne wykonane dla miejsca, gdzie oprawy mają być instalowane, precyzuje, że przedmiotem oferty jest konkretnie oprawa INDAL Luma Mini Luma R3 (Typ 1).

W tych okolicznościach zaniechanie złożenia wraz z ofertą przez Odwołującego próbki nie powoduje, że nie doszło do sprecyzowania treści oferty w zakresie modelu i typu oraz parametrów oświetleniowych opraw oświetleniowych. W konsekwencji wezwanie do uzupełnienia próbki oferowanej ulicznej oprawy oświetleniowej INDAL Luma Mini Luma R3 (Typ 1) w trybie art. 26 ust. 3 pzp nie zagraża naruszeniem wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu dokonywania zmian treści oferty po upływie terminu składania ofert. Natomiast skoro próbka taka została zażądana w treści s.i.w.z., co nie zostało zakwestionowane przez wykonawców, dopiero w sytuacji, gdy okaże się, że nie potwierdzi ona spełniania wymagań opisanych w rozdziale V s.i.w.z., Zamawiający będzie ewentualnie uprawniony do odrzucenia

oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, 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, 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 oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie 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. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane

świadczenie. W pozostałym zakresie 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 szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Nie ulega również wątpliwości, że dla zastosowania przesłanki 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 jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Należy zauważyć, że Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty na czym konkretnie polega niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z., czyli jakich parametrów opisanych w rozdziale V s.i.w.z. nie spełnia oferowana oprawa INDAL Luma Mini Luma R3 (Typ 1). Z odpowiedzi na odwołanie wynika wręcz, że Zamawiający zaniechał wręcz badania merytorycznej zgodności treści oferty, uznając sam fakt niezłożenia próbki za wystarczający powód do uznania treści oferty za niezgodną z treścią s.i.w.z. Zamawiający wykazał się nadmiernym formalizmem nie dążąc do ustalenia jaka oprawa jest przedmiotem oferty Odwołującego, co było możliwe do ustalenia na podstawie dokumentów zawartych w złożonej ofercie. Na rozprawie okazało się jednak, że Zamawiający nie stwierdził nieprawidłowości badań fotometrycznych przedstawionych w ofercie Odwołującego, a zatem był jednak w stanie badać treść oferty Odwołującego pod kątem ustalenia, czy został sprecyzowany model i typ oferowanych opraw oświetleniowych, a także ich parametry oświetleniowe.

Wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp dokonał wykluczenia Odwołującego za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż również w tym zakresie nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3, 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik

prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, z tego względu – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 oraz § 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis.

Przewodniczący: ……