Sygn. akt: KIO 987/16

WYROK
z dnia 24 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **CELMAR sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50; 41-909 Bytom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Miasta Tychy, ul. Niepodległości 49; 43-100 Tychy,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badania i oceny oferty dokonanie czynności odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta Tychy, ul. Niepodległości 49; 43-100 Tychy** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CELMAR sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50; 41-909 Bytom,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Urzędu Miasta Tychy, ul. Niepodległości 49; 43-100 Tychy** na rzecz **CELMAR sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50; 41-909 Bytom,** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

---

sygn. akt: **KIO 987/16**

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Miasta Tychy, ul. Niepodległości 49; 43-100 Tychy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie ścieżek *w oświetleniem i zagospodarowaniem zieleni w Parku Południowym.”.*

Dnia 3 czerwca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 8 czerwca 2016 roku wykonawca CELMAR sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50; 41-909 Bytom (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp, czynności zamawiającego polegające na: odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania przetargowego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia odwołującego w zakresie rozbieżności pomiędzy numerami katalogowymi zawartymi w kartach technicznych a certyfikatami oferowanych urządzeń,

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty, której, treści jest zgodna z s.i.w.z.,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty, w której nie doszło do naruszenia ustawy polegającej na niedopuszczalnej zmianie treści oferty,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty, rozstrzygnięcie postępowania poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej, wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa w skutek dokonanych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Kierowane do odwołującego wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie dotyczyły ceny całkowitej, a jedynie wybranych elementów oferty. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący dokonał wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zgodnie z żądaniami zamawiającego przekazał dowody w postaci ofert firm specjalizujących się w określonych pracach.

Zamawiający na podstawie dołączonych do wyjaśnień dowodów odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia jest bardzo szeroki, dotyczy robót z branży drogowej, elektrycznej, ogólnobudowlanej, jak również szeregu specjalistycznych prac jak wykonanie, nasadzeń czy tarasów z desek kompozytowych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu do dokumentacji przetargowej nie dołączył przedmiaru robót. Odwołujący, część prac specjalistycznych wycenił na podstawie ofert firm zewnętrznych.

Odwołujący nie oświadczył, jak twierdzi zamawiający, że prace polegające na wykonaniu nasadzeń i tarasów zostaną wykonane przez firmy zewnętrzne. Powyższe pracę zostały jedynie wycenione na podstawie ofert firm zewnętrznych. Odwołujący składając wyjaśnienia udowodnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a w trakcie składania wyjaśnienia nie doszło, jak twierdzi zamawiający, do zmiany treści oferty. Odwołujący wskazał, że prace polegające na wykonaniu tarasów i nasadzeń, zamierza wykonać siłami własnymi, a dołączone do oferty odwołującego wyceny są jedynie potwierdzeniem, że odwołujący dokonał wyceny z należytą starannością, że wycenił wszystkie elementy składowe oraz dowodem, że zaoferowane ceny są cenami rynkowymi i nie są rażąco niskie. Odwołujący potraktował oferty jako punkt odniesienia cenowego i wskaźnik potwierdzający wysokość zaproponowanej ceny ofertowej. Okoliczność przywołania rzeczonych ofert w żadnej mierze nie może być oceniana jako fakt udziału rzeczonych podmiotów w realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach podwykonawstwa. Takie stanowisko zamawiającego jest, zdaniem odwołującego, niedopuszczalną nadinterpretacją, którą można, było w łatwy sposób zweryfikować korzystając z art. 26 ust. 4 lub/i 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Gdyby nawet przyznać, jak twierdzi zamawiający, że wycenienie prac na podstawie firm zewnętrznych uznać należy za podwykonawstwo, to czynność ta nie może prowadzić do odrzucenia oferty. Zamawiający nie zastrzegł, że prace, należy wykonać siłami własnymi, a odwołujący nie posługuje się zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

W odniesieniu do niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie: huśtawka pojedyncza, linarium ruchome koła, urządzenie do gier grupowych Surfy, odwołujący podniósł, iż zaoferowane urządzenia są zgodne z treścią s.i.w.z. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie urządzeń zabawowych na podstawie nazw własnych. Zgodnie z treścią pkt. 3.4 s.i.w.z. „W *przypadku, gdy w załączonych do s.i.w.z. dokumentacji zostało wskazane pochodzenie (znak towarowy, marka, producent, dostawca) materiałów i urządzeń, zamawiający s.i.w.z., dopuszcza oferowanie materiałów i urządzeń równoważnych pod warunkiem,* że *zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentach.”.* Zamawiający

w uzasadnieniu odrzucenia oferty zarzucił, że w/w urządzenia *„posiadają zupełnie inne parametry, aniżeli wymagane to było w dokumentacji projektowej.”.* Zgodnie z jednolitym utrwalonym orzecznictwem, rozwiązanie równoważne nie oznacza zaoferowania urządzenia o identycznych parametrach.

W zakresie niezgodności pozostałych urządzeń, tj. huśtawki bocianie gniazdo, twister, motylek, koła tai chi, zamawiający zarzucił odwołującemu brak numerów katalogowych w certyfikatach. Odwołujący zauważył, że każde urządzenie zabawowe, które podlega certyfikacji mą swoją własną niepowtarzalną nazwę oraz numer katalogowy. Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą kart technicznych oraz certyfikatów dla urządzeń zabawowych oraz urządzeń fitness. Zamawiający w ofercie odwołującego stwierdził niezgodność numerów katalogowych występujących w kartach technicznych z numerami katalogowymi występującymi w certyfikacie.

Zdaniem odwołującego, każdy produkt podlegający certyfikacji posiada dwa oznaczenia - nazwę oraz numer katalogowy. Dołączone do oferty karty techniczne oraz certyfikaty dotyczą tych samych urządzeń. Świadczy o tym zgodność certyfikatu oraz karty technicznej w zakresie nazwy produktu. Podane nazwy produktów są nazwami unikalnymi i niepowtarzalnymi. Już same nazwy bez numerów katalogowych identyfikują urządzenia. W związku z powyższym mimo zaistnienia omyłek w w/w dokumentach, dokumenty te potwierdzają, że oferowane usługi, dostawy oraz roboty budowlane opowiadają wymaganiom zamawiającego. W ocenie odwołującego, w w/w przypadkach mamy do czynienia z omyłkami pisarskimi. Odwołujący posługuje się dokumentami udostępnionymi przez sprzedawcę i nie ma wpływu na treść dokumentów i może okazać tylko takie, jakie dla danego urządzenia zostały wydane nawet, jeżeli zawierają omyłki literowe. Z treści kart technicznych oraz certyfikatów wynika, że dokumenty te dotyczą tych samych urządzeń. Powyższe potwierdza zarówno producent urządzeń firma Freekids oraz jednostka certyfikująca Instytut Nadzoru Technicznego, która badała w/w dokumenty oraz wydała dołączone do oferty certyfikaty (dowód: pisma obu podmiotów). Wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie nie prowadzą do zmiany sposobu wykonania zamówienia oraz nie naruszą zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Zamawiający w postępowaniu odrzucił oferty wszystkich wykonawców. W przypadku potwierdzenia się zarzutów podnoszonych w odwołaniu o braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż w przedłożonych certyfikatach brak było numerów katalogowych czterech oferowanych urządzeń. W niniejszym przypadku, zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, iż przedłożone karty nie są spójne z Certyfikatami m.in. zważywszy na fakt, że: wskazany w karcie kod urządzenia HW-BG dotyczy innej huśtawki będącej w ofercie producenta, nazwy urządzeń siłowni takie jak m.in.: twister, motylek, koła tai chi są powszechnie używanymi nazwami przez każdego producenta tego typu urządzeń. Nie sposób się tu zgodzić z tezą odwołującego, iż są to nazwy „unikalne i niepowtarzalne”. O unikatowości można mówić w kontekście numerów katalogowych identyfikujących urządzenia, które w tym przypadku nie zostały zachowane. Zdaniem zamawiającego, nie było również możliwości, ponownego wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie postawionych na etapie s.i.w.z. wymagań, gdyż jak potwierdza liczne orzecznictwo oraz doktryna, wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może być stosowane jednokrotnie.

Zamawiający wskazał, że w dokumentacji projektowej zamieścił rysunki urządzeń zabawowych, przy czym dopuścił możliwość zastosowania urządzeń równoważnych. Podał przy tym, że równoważne będą te urządzenia, które zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentach. Podkreślenia wymaga, że

charakter poglądowy miały zawarte w projektach rysunki obrazujące wygląd zamawianych urządzeń. Zamawiający dodatkowo nie charakteryzował urządzeń w sposób opisowy.

Zamawiający podniósł, iż oceniając zaoferowane przez odwołującego urządzenia, tj.: huśtawkę pojedynczą, linarium ruchome koła, urządzenie do gier grupowych SURFY, bez żadnych wątpliwości i w sposób jednoznaczny stwierdził, iż zaoferowane urządzenia pełnią inną funkcję od zakładanej. Właściwości tych urządzeń odbiegają bowiem od właściwości, jakich zamawiający wymagał w dokumentacji projektowej i w żadnej mierze nie mogą być uznane jako równoważne. Rysunek zawarty w s.i.w.z., w odniesieniu do huśtawki pojedynczej, przedstawia obrotowe urządzenie, które posiada ergonomiczne siedzisko dla dziecka z uchwytem i podparcie pleców. Natomiast, w zaoferowanym przez odwołującego urządzeniu funkcję siedziska pełni prosta okrągła platforma nieposiadająca ani uchwytu ani oparcia. Wymagane przez zamawiającego urządzenie - linarium to dwa elementy trwale ze sobą połączone, każdy składający się z dwóch łuków z wpisanym w nie okręgiem. Każdy z elementów urządzenia posiada cztery punkty podparcia. Natomiast, urządzenie zaoferowane przez odwołującego, to dwie niezależne obrotowe sfery (kule), z których każda kotwiona jest na jednym słupie. Urządzenie do gier grupowych, wykazane w załączonej do s.i.w.z. dokumentacji projektowej to siatka z lin rozpięta pomiędzy czterema narożnymi platformami, zakotwionymi nieruchomo w gruncie oraz jednej usytuowanej pośrodku

zamontowanej na sprężynie. W punktach przecięcia się lin znajduje się 20 okrągłych platform. Urządzenie, które zaoferował odwołujący posiada pięć platform nieruchomo zakotwionych w gruncie (cztery narożne i jedna środkowa) i jedynie cztery platformy na linach. Powyższe różnice w sposób jasny i oczywisty pokazują, iż zaproponowane przez odwołującego urządzenia nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia i nie mieszczą się w pojęciu "równoważności" w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 3 czerwca 2016 roku, zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu braku złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż *zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia pisemnych wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca wskazał, iż prace polegające na wykonaniu tarasów z desek kompozytowych oraz nasadzeniu zieleni zostały wycenione w oparciu o oferty firm zewnętrznych, co uznać należało,* że *niniejsze firmy miałyby je zrealizować jako podwykonawcy. Z uwagi na fakt, iż w złożonej ofercie wykonawca nie wskazał tychże zakresów w wykazie robót*

budowlanych/usług/dostaw powierzonych podwykonawcom, przyjąć należy, że *niniejszymi*

wyjaśnieniami wykonawca dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty. (…).

Wykonawca, celem potwierdzenia spełniania, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego określonego wymogu, wraz z ofertą winien złożyć następujące dokumenty:

a) *w zakresie oferowanych urządzeń zabawowych - Certyfikaty Zgodności z normą PN-EN 1176:2009 oraz karty katalogowe/karty techniczne,*

b) *w zakresie oferowanych urządzeń siłowni - Certyfikaty Zgodności z normą PN-EN 16630:2015 oraz karty katalogowe/karty techniczne,*

c) *w zakresie oferowanych elementów małej architektury - Deklaracje Zgodności Producenta/Certyfikaty Zgodności oraz karty katalogowe/karty techniczne.*

Odwołujący nie dołączył do oferty w/w dokumentów, w związku z czym, zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący uzupełnił ofertę o wymagane dokumenty, jednakże:

- *huśtawka bocianie gniazdo nie spełnia wymagań SIWZ - w przedłożonym Certyfikacie brak jest nr katalogowego dla oferowanego urządzenia,*
- *huśtawka pojedyncza nie spełnia wymagań SIWZ - oferowane urządzenie posiada zupełnie inne parametry, aniżeli wymagane to było w dokumentacji projektowej,*
- *linarium ruchome koła nie spełnia wymagań SIWZ - oferowane urządzenie posiada zupełnie inne parametry, aniżeli wymagane to było w dokumentacji projektowej,*
- *urządzenie do gier grupowych SURFY nie spełnia wymagań SIWZ - oferowane urządzenie posiada zupełnie inne parametry, aniżeli wymagane to było w dokumentacji projektowej,*
- *twister nie spełnia wymagań SIWZ - w przedłożonym Certyfikacie brak jest nr katalogowego dla oferowanego urządzenia,*
- *motylek nie spełnia wymagań SIWZ - w przedłożonym Certyfikacie brak jest nr katalogowego dla oferowanego urządzenia,*
- *koła tai chi oraz koła podwójne tai chi nie spełniają wymagań SIWZ - w przedłożonym Certyfikacie brak jest nr katalogowego dla oferowanego urządzenia.*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego, uznając ją za własną.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów odwołania Izba wskazuje, co następuje.

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi, iż niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne

---

i prawne. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi realizację zasady zamówień publicznych jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), a także zasady przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis brzmi „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”. Oprócz wymogu nałożonego na zamawiającego powiadomienia wykonawców o najistotniejszych decyzjach i okolicznościach w postępowaniu przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwia wykonawcom uzyskanie informacji o przyczynach odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców. Ta wiedza wykonawców może stać się podstawą do rozważenia wniesienia odwołania. Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1658/11) *„Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie.”.* Także nie spełnia powiadomienie wykonawcy o przyczynach odrzucenia, dokonane w odpowiedzi na odwołanie wręczone odwołującemu tuż przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu bądź też na samej rozprawie.

W związku z tak późnym przedstawieniem informacji o przyczynach odrzucenia oferty, odwołujący nie wiedział o faktycznych podstawach odrzucenia, a wobec tego odwołujący nie miał możliwości merytorycznej analizy stanowiska zamawiającego. Wobec tego, brak uzasadnienia faktycznego pozbawił wykonawcę możliwości weryfikacji prawidłowości decyzji

zamawiającego oraz możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty. Gdyby odwołujący wiedział o faktycznych podstawach odrzucenia oferty, mógłby się do nich rzeczowo odnieść i przedstawić adekwatną informację albo odstąpić od wnoszenia środków ochrony prawnej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt 2503/11), cyt. *„[...] wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach.”.*

Choć odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu nie postawił zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a Izba uprawniona jest do rozpoznania odwołania jedynie w granicach postawionych zarzutów (art. 190 ust. 7 ustawy Pzp), to wywód powyższy ma o tyle istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania, gdyż dotyczy czynności zamawiającego, która nie została w sposób dostateczny uzasadniona w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Skoro bowiem zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty podał bardzo ogólnikowe twierdzenia, np. *„nie spełnia wymagań SIWZ - oferowane urządzenie posiada zupełnie inne parametry, aniżeli wymagane to było w dokumentacji*

---

projektowej”, bez podania jakichkolwiek konkretnych stwierdzonych naruszeń, to nie sposób uznać, aby odwołujący posiadł pełną wiedzę o podstawach stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją powyższego jest stwierdzenie, że zamawiający nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przechodząc zaś do zarzutów bezpośrednio wynikających z treści odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. W zakresie omawianego przepisu wskazać należy, że ustawodawca nie doprecyzował obszaru niezgodności oferty z ustawą (ustawa - Prawo zamówień publicznych), dlatego też należy domniemywać, iż niezgodność oferty może być stwierdzona w każdym, przewidzianym przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, zakresie.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty stwierdził, że *„(…) wyjaśnieniami wykonawca dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty.”.* Należy zatem przyjąć, gdyż zamawiający takiej informacji wprost nie przekazał, że zamawiający stwierdził, iż odwołujący, poprzez złożenie wyjaśnień, dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko zamawiającego jest błędne. Okolicznościami bezspornymi między stronami jest fakt, iż na wezwanie zamawiającego, w zakresie wyjaśnienia ceny ofertowej, co do określonych pozycji wyceny, odwołujący przedłożył oferty dwóch firm. Sam fakt wyjaśnienia ceny nie budził wątpliwości zamawiającego, który przyjął te wyjaśnienia za wystarczające. Okolicznością sporną między stronami pozostaje jedynie, czy poprzez złożenie ofert tych dwóch wykonawców odwołujący zmienił pierwotną treść oświadczenia woli, co do świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, w ten sposób, że rozszerzył zakres wskazanego w ofercie podwykonawstwa o dwie dodatkowe roboty, tj. prace polegające na wykonaniu tarasów z desek kompozytowych oraz nasadzeniu zieleni i czy zmiana taka prowadzi do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby sam fakt, przedłożenia ofert dwóch firm, w celu wyjaśnienia ceny ofertowej nie kształtuje nowego oświadczenia woli wykonawcy. Jeżeli zatem zamawiający miał wątpliwości, co do ostatecznego kształtu oświadczenia wykonawcy, to w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp winien powyższą okoliczność w sposób jednoznaczny wyjaśnić. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie nie może następnie wywoływać negatywnych skutków bezpośrednio na odwołującego.

Co do pozostałych zarzutów odwołania, Izba wskazuje, że zamawiający nie miał podstaw prawnych, ani faktycznych do odrzucenia oferty odwołującego. Po pierwsze zamawiający nie uzasadnił czynności odrzucenia oferty odwołującego w sposób wyczerpujący, przez co

odwołujący nie mógł się do tej czynności odnieść w sposób pełny. Po drugie zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podał w jaki sposób będzie dokonywał porównania oferowanego rozwiązania, w sytuacji gdy wykonawca zaoferuje rozwiązanie równoważne. Odwołujący oferując rozwiązanie równoważne oparł się na wymaganiach funkcjonalnych przedmiotu zamówienia, które w ocenie Izby odpowiadają założeniom przyjętym przez zamawiającego. Dlatego też wywodzenie przez zamawiającego okoliczności braku wykazania równoważności nie może z kolei negatywnie oddziałowywać na ocenę oferty odwołującego. W powyższym zakresie, w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby odrzucić ofertę odwołującego.

Co do zarzutów dotyczących błędów w certyfikatach, w ocenie Izby odwołujący w sposób dostateczny wykazał, iż omyłki tam występujące nie wynikały w zamierzonego i celowego działania wykonawcy, a wywołane były na poziomie jednostek wystawiających te certyfikaty oraz producenta sprzętu. Powyższe zostało udowodnione przez odwołującego przez złożenie dowodów w postaci: pisma producenta sprzętu – firmy Free Kids s.c. A.G., Z.A. (pismo z dnia 6 czerwca 2016 r.), pisma odwołującego, kierowanego do Instytutu Nadzoru Technicznego sp. z o.o. (pismo z dnia 7 czerwca 2016 r.), pisma Instytutu Nadzoru Technicznego sp. z o.o. (pismo z dnia 7 czerwca 2016 r.), pisma odwołującego, kierowanego do Instytutu Nadzoru Technicznego sp. z o.o. (pismo z dnia 17 czerwca 2016 r.), pisma Instytutu Nadzoru Technicznego sp. z o.o. (pismo z dnia 20 czerwca 2016 r.). Powyższe dowody w sposób jednoznaczny wskazują na fakt dokonania błędnej oceny oferty odwołującego, przez zamawiającego. W ocenie Izby w powyższym zakresie zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Brak dokonania powyższej czynności nie może skutkować odrzuceniem oferty odwołującego, albowiem dopiero pełna i wyczerpująca ocena oferty, przy wykorzystaniu wszystkich okoliczności sanujących, może doprowadzić do prawidłowej oceny dokumentów złożonych w ramach przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: ……