

WYROK

z dnia 4 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez J..... O....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe APIS Jadwiga Oziębło” w Jarosławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Karczew z siedzibą w Karczewie,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Karczew z siedzibą w Karczewie powtórzenie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa placów zabaw na terenie Gminy Karczew”, w tym wezwanie J..... O....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe APIS Jadwiga Oziębło” w Jarosławiu, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jej oferty – w zakresie jakie urządzenia i elementy składają się na zestaw zabawowy, którego wizualizację przedstawiono na stronie 26 oferty oraz określenia ich przy pomocy terminologii zastosowanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Karczew z siedzibą w Karczewie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J..... O..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe APIS Jadwiga Oziębło” w Jarosławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Karczew z siedzibą w Karczewie na rzecz J..... O..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe APIS Jadwiga Oziębło” w Jarosławiu kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Karczew z siedzibą w Karczewie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę placów zabaw na terenie Gminy Karczew.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 19.04.2013 r. pod nr 157020.

W dniu 17.05.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez J..... O....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe APIS Jadwiga Oziębło” w Jarosławiu (zwanej dalej „Apis”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 22.05.2013 r. Apis wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty.
2. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Nakazanie ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...] Zamawiający zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 3 Pzp, winien Wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów niekompletnych, bądź obciążonych błędami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pz, w wyznaczonym terminie, zanim byłby uprawniony do poddania oferty ocenie, czy też do jej odrzucenia. Ponadto

zwrócić należy uwagę na fakt, iż uchybienia w zakresie pominięcia procedury nakazanej art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dopiero skuteczne uzupełnienie dokumentów, jak również poprawienie oferty, zapobiega jej odrzuceniu oraz daje podstawy do poddania oferty merytorycznej ocenie (KIO 701/11). Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 r. KIO 22/12, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonych w treści SIWZ wymaganiom. W przypadku wątpliwości Zamawiający odnośnie treści złożonej oferty przed podjęciem decyzji, co do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, powinien najpierw zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp - wyrok z dnia 5 października 2011 r. KIO 20333/11 oraz wyrok z dnia 19 lipca 2010 r. KIO 1377/10. Konkludując powyższe rozważania skoro czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego stanowiłyby oświadczenie Wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający, zatem jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca nie wyjaśnionych [...]

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdz. XIII „Opis przygotowania oferty”, pkt 1.2) tiret ostatnie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oferta musi zawierać – opisy z wizualizacją zaoferowanego wyposażenia, zgodnie z działem XIX SIWZ.

W rozdz. XIX „Informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom” wskazano:

1. W celu potwierdzenia, że oferowane elementy wyposażenia placu zabaw (zabawki, urządzenia towarzyszące) odpowiadają wymaganiom określonym przez

Zamawiającego, Zamawiający wymaga dostarczenia wraz z ofertą: opisów z wizualizacją zaoferowanego wyposażenia wraz z podaniem: materiałów, z których wykonany będzie element wyposażenia placu zabaw oraz opisów funkcjonalności (np. karty katalogowe, zdjęcia, rysunki itp.). Opis funkcjonalności dotyczy tylko zabawek.

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej dla budowy placu zabaw przy osiedlu mieszkaniowym Warszawska w Karczewie, stanowiącej część dokumentacji technicznej zamawianych robót budowlanych, na str. 4, w pkt 2.2 wskazano jakie elementy minimalne winny składać się na zamawiany zestaw zabawowy (elementy podane w cytowanej niżej informacji o odrzuceniu oferty odwołującego).

Do oferty Apis dołączono „Kartę techniczna (wersja Premium) zestawu zabawowego” (str. 26 oferty), w której przedstawiono wizualizację zestawu oraz podano skład zestawu (podany w cytowanej niżej informacji o odrzuceniu oferty odwołującego), a także zawarto jego dane techniczne i opisano materiały, z których został wykonany.

Zgodnie z uzasadnieniem faktycznym dla czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podanym przez zamawiającego w piśmie z dnia 16 maja 2013 r. r., oferta *nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, ponieważ z treści oferty nie wynika w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości, że proponowane elementy wyposażenia placu zabaw odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zawarty w ofercie słowny opis elementów urządzenia (zestaw zabawowy) oraz graficzne jego przedstawienie w ofercie wskazuje, że proponowany element nie jest zgodny z wymogami SIWZ.*

Zgodnie z SIWZ oferowane przez Wykonawcę urządzenie – zestaw zabawowy – winien składać się z następujących elementów: 2 wieże czworokątne, 1 dach dwuspadowy z HDPE, 1 dach czterospadowy HDPE, 1 przejście liniowe – pomost wiszący, 1 pomost z osłonami stały, 1 równoważnia – pomost wiszący, 1 koci grzbiet z liną do wspinaczki, drabinka, wejście liniowe, zjeżdżalnia, ścianka sprawnościowa, ścianka linowa kratownica, komin linowy do wspinaczki, barierka księżniczki, 20 okuć metalowych w grunt, natomiast w ofercie w skład zestawu wchodzi: 2 wieże z dachem, 3 wieże bez dachu, zjeżdżalnia, pomost linowy, pomost z belką, przeplotnia,

komin walcowy, koci grzbień, wejście linowe, drabinki. Tymczasem z zawartego w ofercie opisu przedmiotu wynika, że oferowany zestaw nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów sprawnościowych. Taki wniosek Zamawiający

wprowadził m.in. w oparciu o zastosowanie w ofercie różnego od SIWZ nazewnictwa poszczególnych elementów urządzenia, co nie pozwoliło w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości zweryfikować czy elementy ujęte w ofercie są tożsame z ujętymi w SIWZ, dodatkowo liczba elementów urządzenia zawarta w ofercie była mniejsza aniżeli określona w SIWZ. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że złożona oferta nie zawiera informacji, które wprost i jednoznacznie potwierdzają spełnienie wymagań zawartych w SIWZ.

Również graficzne przedstawienie urządzenia wskazuje, że nie zawiera ono wszystkich wskazanych w SIWZ przez Zamawiającego elementów.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam

interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rozpatrując podstawy faktyczne odrzucenia oferty odwołującego, a więc wskazane przez zamawiającego niezgodności oferty z SIWZ (w zakresie jaki został podany w informacji o odrzuceniu oferty i zaskarżony odwołaniem – innych, niż wskazane w piśmie z dnia 16 maja br., niezgodności treści oferty z SIWZ Izba nie rozpatrzyła), stwierdzono, iż jedyna konkretnie wyrażona przez zamawiającego niezgodność, którą stwierdził w ofercie odwołującego dotyczyła sposobu wyrażenia i opisanie zobowiązania ofertowego. Zamawiający w

rzeczywistości wskazał na niewystarczający zakres informacji podanych w karcie katalogowej zestawu zabawowego oraz ich nieprzystawalność terminologiczną, co doprowadziło go do stwierdzenia, iż zaoferowany zestaw nie zawiera wszystkich wymaganych elementów. Przy czym konkretną niezgodność w tym zakresie przedmiotu dostawy zamawiający wskazał dopiero w odpowiedzi na odwołanie – był to brak ścianki do wspinaczki zbudowanej z lin. Ponadto w odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, iż przedstawiony w ofercie opis słowny urządzenia nie odpowiadał jego graficznemu przedstawieniu, a poza tym ani prezentacja graficzna ani opis słowny nie zawierały wszystkich elementów wymaganych w SIWZ (ww. ścianka). Natomiast w informacji o odrzuceniu oferty – jak już wskazano – zamawiający nie wskazał na żadne konkretne, materialne niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, tj. niezgodność oferowanych urządzeń z urządzeniami zamawianymi, ale podnosił, że opis ww. urządzeń nie pozwala potwierdzić ich zgodności z SIWZ, a nawet prowadzi do wniosków przeciwnych (co prawda bliżej niesprecyzowanych).

Przed rozpatrzeniem ww. podstaw odrzucenia oferty odwołującego należy generalnie odnieść się do znaczenia zastanych postanowień SIWZ w przedmiocie przygotowania i przedstawienia oferty, w szczególności konsekwencji przyjętego przez zamawiającego sposobu oddawania i rekonstruowania treści oferty przy pomocy tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. dokumentów potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Jak wynika z treści i systematyki SIWZ zamawiający wymagał podania informacji o przedmiocie oferty w dokumencie, który formalnie zakwalifikował jako tzw. dokument przedmiotowy. Jako taki, dokument tego typu winien podlegać wyjaśnieniu i uzupełnieniu w pełnym zakresie (włącznie z jego wymianą), na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie ze względu na pomieszczone i pomieszczone w nim elementy treści oferty uzupełnienie tego typu podlegało będzie jednocześnie ograniczeniom wynikającym z art. 87 Pzp. Tego typu postanowienia SIWZ prowadzą do trudności w jednoznacznym rozdzieleniu treści zobowiązaniowej danego dokumentu (składającej się na treści oferty) od informacji potwierdzających jedynie zgodność przedmiotu dostawy z opisem zawartym w SIWZ. Co z kolei prowadzi do niepewności, co do kwalifikacji zakresowej dopuszczalności tego typu zmian czy uzupełnień. Niewątpliwie bardziej czytelną i zrozumiałą sytuacją byłoby wskazanie, iż zamawiający wymaga w treści oferty opisanie oferowanych urządzeń (określenia co jest oferowane), a nie kwalifikowanie takiego opisu jako dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań zamawiającego. Doprowadziło to do paradoksalnej sytuacji, w której z treści

dokumentu mającego potwierdzać, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom zamawiającego, wynika jakie urządzenia w ogóle zostały zaoferowane.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. „dokumenty przedmiotowe”, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Na treść oferty składa się wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie zaciąganego zobowiązania. Natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... *etc...*, spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ i nie określają bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

Skład orzekający Izby dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakikolwiek dokument wyrażający i dookreślający treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu dostawa jest zgodna z treścią siwz, a więc odpowiada wymaganiom zamawiającego. Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z siwz czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy, podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej, należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe, np. w oparciu o zastosowanie wskazanych trzy akapity wyżej dystynkcji i kryteriów.

W świetle powyższego, opis i wizualizacja oferowanego zestawu zabawowego, w zakresie w jakim przedstawiają jakie urządzenie (o jakich parametrach, konstrukcji, zastosowanych materiałach... etc.) jest oferowane, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument stanowiący część treści oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane dostawy (roboty) odpowiadają wymaganiom zamawiającego. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia przez wymianę opisanego tam, a więc oferowanego, urządzenia, na inne.

Jednakże, powyższe nie przesądza o prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu ze względu na braki w potwierdzeniu, że oferowane urządzenie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Oferta, jak najbardziej może być wyjaśniona i ewentualnie poprawiona w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a nawet na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jednakże z zastrzeżeniem wskazanego wyżej ograniczenia zakresu i sposobu takiego uzupełnienia.

Odwołujący przedstawił w swojej ofercie kartę katalogową urządzenia, którego wizualizacja jest nieomal identyczna z urządzeniem zaprojektowanym przez zamawiającego. Natomiast opis urządzenia rzeczywiście nie przestaje lub nie odnosi się do wszystkich elementów wymienionych w dokumentacji projektowej. Powyższe nie oznacza jedna, iż elementów tych nie zaoferowano lub są one niezgodne z opisanymi w SIWZ. Wręcz przeciwnie, na podstawie oceny wizualnej produktu przyjmować można, iż wchodzi one w skład zestawu, jednakże nie zostały odrębnie w jego opisie wskazane i wyszczególnione (lub uczyniono to przy pomocy innej terminologii niż stosował zamawiający w dokumentacji technicznej). Tym samym, skoro wykonawca posłużył się w tym zakresie kartą katalogową produktu, której treść nie była dokładnie dostosowana do terminologii i opisu z SIWZ, brak wymienienia w opisie wszystkich elementów zwizualizowanych na graficznym przedstawieniu zestawu nie przesądza o materialnej niezgodności przedmiotu oferty z SIWZ. Również zastosowanie w opisie ofertowym innej terminologii niż użyta w dokumentacji technicznej zamawiającego nie oznacza, że poszczególne, inaczej nazwane elementy nie odpowiadają SIWZ.

Przyjmując jako punkt wyjścia wizualizację oferowanego urządzenia, które jest nieomal identyczne jak zaprojektowane przez zamawiającego, wyjaśnieniu podlegać winna okoliczność jakie rzeczywiście elementy zostały tam przedstawione, a więc jakie wchodzi w skład zaoferowanego zestawu i w jaki sposób odnoszą się do elementów wymaganych przez zamawiającego.

Dopiero na podstawie powyższego zamawiający będzie mógł ustalić czy oferta rzeczywiście materialnie odpowiada SIWZ, a zastane braki w opisie są możliwe do sanowania na podstawie uzyskanych wyjaśnień i nie prowadzi to do istotnych zmian w treści oferty. W ten sposób zamawiający będzie mógł zdecydować czy wyjaśnienia wykonawcy wystarczająco wyczerpują i zamykają kwestię potwierdzenia, że oferowany zestaw jest w pełni zgodny z SIWZ, czy też będzie wymagał w tym zakresie jakichś uzupełnień lub poprawek, a ewentualne, konieczne zmiany w treść oferty będzie dopuszczalne w świetle przesłanek art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba nie rozpatrzyła ewentualnej niezgodności oferty z SIWZ w zakresie ścianki wspinaczkowej linowej *versus* drążkowej. Tego typu niezgodność nie została wskazana w informacji o odrzuceniu oferty (ale dopiero w odpowiedzi na odwołanie), nie mogła więc zostać objęta zarzutami odwołania i tym samym nie

mogła zostać wzięta pod uwagę i rozpatrzona przez Izbę. W związku z powyższym nie badano też i nie przesądzono, jakie postanowienia SIWZ w tym zakresie obowiązywały.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż po wyjaśnieniu treści oferty, a przed ewentualnym postawieniem zarzutów, co do niezgodności oferowanego zestawu z wymaganiami SIWZ, zamawiający winien sprawdzić, jakie wymagania SIWZ w tym zakresie rzeczywiście obowiązywały, tzn. jaką wersję dokumentu przekazywał wykonawcom za pośrednictwem swojej strony internetowej. Np. treść wersji dokumentu okazywanego przez odwołującego na rozprawie (pkt 7.2.1.10 Dokumentacji Technicznej dla Budowy placu zabaw przy osiedlu mieszkaniowym Warszawska w Karczewie) mogłaby mieć istotny wpływ na ocenę zgodności drążkowej ścianki wspinaczkowej z SIWZ. Nie jest wykluczone, iż wykonawca, zdając sobie sprawę z różnic pomiędzy elektroniczną wersją dokumentacji przetargowej, którą dysponował, a wersją znajdującą się w pisemnej dokumentacji postępowania, mógłby przedstawić stosowne dowody informatyczne na pobranie pliku o określonej treści ze strony zamawiającego. Zamawiający winien więc dołożyć należytej staranności w celu wyjaśnienia jaką dokumentację techniczną udostępnił na swojej stronie internetowej. W przypadku ustalenia, iż rzeczywiście miało miejsce posługiwanie się dwoma różnymi wersjami SIWZ, a różnice w ich treści były istotne, zamawiający winien ocenić w jaki sposób powyższe okoliczności wpływają na ocenę ofert złożonych w postępowaniu, względnie czy nie prowadzą do konieczności unieważnienia postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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).

.....