

**WYROK**  
**z dnia 10 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. przez wykonawcę: **POLSILVA sp. z o.o., ul. Ozimska 18 lok. 6, 45-057 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasteczko Śląskie, ul. Rynek 8, 42-610 Miasteczko Śląskie,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy POLSILVA sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy POLSILVA sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów wymaganych w pkt 11.5.1 STWiORB.**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Miasteczko Śląskie, ul. Rynek 8, 42-610 Miasteczko Śląskie, i :**
  - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **POLSILVA sp. z o.o., ul. Ozimska 18 lok. 6, 45-057 Opole** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Miasteczko Śląskie, ul. Rynek 8, 42-610 Miasteczko Śląskie** na rzecz wykonawcy: **POLSILVA sp. z o.o., ul. Ozimska 18 lok. 6, 45-057 Opole**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Miasteczko Śląskie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Rozbudowa szkoły podstawowej nr 1 w Miasteczku Śląskim o salę gimnastyczną wraz z zapleczem socjalnym i dydaktycznym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 za 2014 r. pod poz. 19324.

Zamawiający w dniu 21 maja 2014 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” S.A. oraz o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert, w tym odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę POLSILVA sp. z o. o. z siedzibą w Opolu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca POLSILVA sp. z o. o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu, że w sposób nieuprawniony:

1. odrzucił ofertę odwołującego, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
2. zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 11.5.1, tiret jedenaście STWiORB, czym naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp,
3. dokonał wyboru oferty złożonej przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie jest najkorzystniejsza, czym naruszył przepis art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp,
4. zaniechał wykluczenia wykonawcy „Chemobudowa-Kraków” S.A. z postępowania, czym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,
5. dokonał błędnej, rozszerzającej wykładni postanowienia rozdziału 11, pkt 11.5.1 tiret jedenaście STWiORB, czym naruszył przepis art. 38 ust. 4b Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, że jeżeli wszystkie wymagania, o których mowa w rozdziale 11, pkt 11.5.1 tiret jedenaście STWiORB, stanowią, w myśl art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, warunki dotyczące przedmiotu zamówienia, to zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego jednakże zaniechał, co miało wpływ na wynik postępowania.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący wskazał, że w razie przyjęcia, że wymogi opisane w rozdziale 11, pkt 11.5.1 tiret jedenaście STWiORB, winny zostać spełnione w ofercie wykonawców, a co za tym idzie, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp, uzupełnienie ofert w powyższym zakresie nie jest możliwe, to zamawiający winien był odrzucić oferty wszystkich wykonawców, w tym „Chemobudowa-Kraków” S.A., czego jednakże zaniechał, co miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił zatem naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego,
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale 11, pkt 11.5.1, tiret jedenaście STWiORB, podczas gdy do uzupełnienia tych dokumentów wezwał innych wykonawców, w tym „Chemobudowa-Kraków” S.A.,
3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez „Chemobudowa-Kraków” S.A. jako najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejsza jest oferta odwołującego,
4. art. 38 ust. 4b Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp, przez dokonanie błędnej, rozszerzającej wykładni postanowienia rozdziału 11, pkt 11.5.1 tiret jedenaście STWiORB,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia „Chemobudowa-Kraków” S.A. z postępowania,

ewentualnie:

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty „Chemobudowa-Kraków” S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru oferty „Chemobudowa-Kraków” S.A. jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia etapu badania i oceny ofert, a w ramach tego etapu, wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale 11, pkt 11.5.1 tiret jedenaście STWiORB,
3. wykluczenia „Chemobudowa-Kraków” S.A., zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

ewentualnie:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie odrzucenia oferty „Chemobudowa-Kraków” S.A. z uwagi na sprzeczność z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta ma najniższą cenę i tym samym jest najkorzystniejsza spośród złożonych ofert.

Odwołujący przytoczył zdanie zawarte w STWiORB, które stanęło u podstaw niniejszego odwołania: „Oferent musi przedstawić w ofercie: opis i nazwę oferowanej wykładziny, atesty i autoryzację producenta dla oferenta i próbkę oferowanej wykładziny”. Wskazał, że na podstawie ww. postanowienia, zamawiający przyjął, iż brak podania w treści oferty odwołującego nazwy wykładziny, o której mowa w rozdziale 11, pkt 11.5.1 STWiORB, stanowi sprzeczność treści oferty z SIWZ i powoduje konieczność odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z kolei opis wykładziny oraz atesty i autoryzację producenta

dla oferenta, a także próbkę wykładziny, zamawiający uznał za „dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, co umożliwiło żądanie ich ponownego złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli z informacji wynikających z już złożonych dokumentów nie wynikało, iż niektóre parametry oferowanej wykładziny nie odpowiadają wymaganiom określonym w siwz.”

Odwołujący podniósł, że wszystkie wymagania, o których mowa w ww. postanowieniu są wymaganiami w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, i jako takie podlegają uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe potwierdza także „UWAGA” zamieszczona w rozdziale 11, pkt 11.5.1 STWiORB: „Spełnienie w/w wymagań nie wynika z przeznaczenia obiektu do rozgrywek międzynarodowych, lecz ma na celu wyeliminowanie zastosowania przez Wykonawców-oferentów produktów zamiennych o niskim standardzie.” Wynika z tego, że zamawiający posługuje się w STWiORB pojęciem „wymagania”, które jest właściwe dla przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, oświadczenie o nazwie wykładziny nie stanowiło treści formularza ofertowego. Tym samym, nazwa, podobnie jak opis wykładziny, mogła wynikać z każdego dokumentu składającego się na ofertę (sensu largo), tj. także z atestów, certyfikatów i kart katalogowych produktu. Z kolei, dokumenty potwierdzające spełnienie warunków przedmiotowych przez oferowane produkty (atesty, certyfikaty, próbki), podlegają uzupełnieniu na zasadach art. 26 ust. 3 Pzp. Za sztuczny i utrudniający uczciwą konkurencję uznać należy podział dokonany przez zamawiającego, w myśl którego nazwa wykładziny stanowi treść oferty, której brak nie podlega uzupełnieniu i prowadzi do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a atesty i certyfikaty, które w swej treści zawierają nazwę wykładziny, podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Już sama wykładnia literalna pkt 11.5.1, tiret jedenaście STWiORB prowadzi do wniosku, że zamawiający zarówno nazwie, opisowi, jak i atestom i innym ww. elementom, nadał równorzędny status i wagę. Pojęcia te ujęte zostały w jednym zdaniu, po przecinku i żadne z nich nie zostało wyróżnione, a wszystkie winny znaleźć się w ofercie, rozumianej jako formularz ofertowy wraz z załącznikami (sensu largo).

Odwołujący podniósł, że zamawiający wadliwie skonstruował dokumentację przetargową, w konsekwencji czego nie był w stanie odczytać własnych oświadczeń woli, i o ich wykładnię musiał wystąpić do biegłego z zakresu prawa zamówień publicznych. W zaistniałym stanie faktycznym ofiarami błędów zamawiającego są wykonawcy, co nie powinno mieć miejsca. Odwołujący zwrócił uwagę, że dokumenty, o których mowa w STWiORB winny zostać wymienione w samej SIWZ, gdyż to SIWZ winien być źródłem warunków i wymogów, podczas gdy przeznaczeniem STWiORB jest uszczegółowienie technicznych aspektów realizacji zamówienia. W rozdziale VII SIWZ - nie zdefiniowano warunku, a w rozdziale VIII - nie powołano się na zapisy § 6 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia

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. Odwołujący wskazał, że na 19 wykonawców, tylko dwóch spełniło i to jedynie w części zadość wymaganiom zamawiającego określonym w STWiORB. Gdyby jednak uznać, że w sposób zawołowany zamiar postawienia przedmiotowego warunku został ujawniony w STWiORB, to w konsekwencji, wobec braku spełnienia takiego warunku przez odwołującego, zamawiający winien był wezwać go, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia.

Odpierając ewentualny zarzut, iż wykonawcy jako profesjonalści zobowiązani są zbadać gruntownie załączniki do SIWZ i w razie wątpliwości zadać pytania, odwołujący wskazał, iż nie można odmówić profesjonalizmu, aż 17 wykonawcom spośród 19, którzy złożyli oferty.

Odwołujący podniósł, iż jego oferta z uwagi na brak oświadczenia o nazwie oferowanej wykładziny nie jest sprzeczna z SIWZ, bowiem z samego faktu jej złożenia wynika zobowiązanie do świadczenia, zgodnie z wymogami zamawiającego. Zobowiązanie to wynika wyraźnie także z treści formularza ofertowego (pkt 1 i 7). Tym samym, braku nazwy wykładziny w ofercie nie można utożsamiać z okolicznością przewidzianą w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto, decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznać należy za przedwczesną. Zamawiający nie przesądził, gdzie i w jakiej formie w ofercie znaleźć ma się informacja o nazwie wykładziny - czy w formularzu ofertowym, czy też w jej załączniku. Skoro zatem wykonawca nie złożył wraz z ofertą wszystkich załączników (np. atesty i próbki), które jako treść oferty miały zawierać wymaganą informację o wykładzinie (nie tylko jej nazwę, ale przede wszystkim jej parametry), zamawiający nie mógł jeszcze przed wezwaniem wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w STWiORB i przed zapoznaniem się z ich treścią, uznać arbitralnie, iż oferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada określonym w SIWZ wymaganiom.

Z ostrożności, odwołujący wskazał, iż w przypadku, w którym postanowienie rozdziału 11, pkt 11.5.1 STWiORB nie stanowiłoby warunku w zakresie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego po myśli art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a stanowiłby jedynie obowiązek złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów w ofercie wykonawcy na okoliczność, czy oferowany produkt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, w przypadku ich nie złożenia w komplecie, koniecznym stałoby się odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, chyba że zaszyłyby okoliczności, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednakże w opisanej sytuacji, odrzucenie oferty winno być konsekwencją braku każdego z elementów opisanych

w pkt 11.5.1 STWiORB, a nie jedynie informacji o „nazwie wykładziny”. W takim przypadku oferta złożona przez „Chemobudowa Kraków” S.A. powinna zostać również odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający nie jest zatem konsekwentny w swoim rozstrzygnięciu. Z jednej bowiem strony, z braku w ofercie odwołującego oświadczeń i dokumentów wskazanych w pkt 11.5.1 STWiORB, odrzucił ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z drugiej zaś strony wezwał „Chemobudowa Kraków S.A. do uzupełnienia części brakujących w tej ofercie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w ww. pkt STWiORB.

Pismem z dnia 15.05.2014r. zamawiający wezwał „Chemobudowa Kraków S.A. do uzupełnienia oferty o dokumenty m.in. w zakresie: atestów i autoryzacji producenta dla wykonawcy dla zaoferowanej wykładziny sportowej, z uwagi na ich brak w ofercie. W odpowiedzi wykonawca pismem z dnia 19.05.2014r. uzupełnił następujące dokumenty: - potwierdzenie autoryzacji firmy Gerflor, producenta wykładziny sportowej dla wskazanego w ofercie podwykonawcy Eversport działającego w zakresie dostawy i montażu systemowej podłogi sportowej, - oświadczenia producenta wykładziny Taraflex w zakresie grubości warstwy użytkowej i parametru tłumienia dźwięku, - pełnej karty technicznej wykładziny sportowej potwierdzonej przez producenta obejmującej również parametr odbicia piłki, którego wykonawca nie wykazał w swojej ofercie, a który był jednym z kryteriów technicznych określonych w zapisach STWiORB. Odwołujący stwierdził, że składając ww. dokumenty wykonawca nie zadośćuczynił zakresowi rzeczowemu i formalnemu wezwania, gdyż przedmiotem wezwania było przedłożenie dokumentów w postaci atestów i autoryzacji producenta dla wykonawcy. Zamawiający w STWiORB w części budowlanej, rozdział 11. Roboty podłogowe, pkt. 11.5.1. Podłoga Sali żądał złożenia w ofercie atestów oraz autoryzacji dla wykonawcy oferowanej wykładziny sportowej i takiego dokumentu wykonawca nie przedłożył ani w swojej ofercie ani w ramach uzupełnienia, natomiast przedłożył autoryzację producenta dla podwykonawcy, która nie jest autoryzacją producenta dla wykonawcy. Z uwagi na to, że zapis wymogu jw. jest kryterium podmiotowym i odnosi się bezpośrednio do wykonawcy w zakresie atestów i autoryzacji producenta (bez wskazania czego atesty i autoryzacja mają dotyczyć), należy uznać, że autoryzacja dla podwykonawcy Eversport nie jest autoryzacją dla wykonawcy, a sama treść tej autoryzacji nie może podlegać ocenie zamawiającego, który nie określił, jakie kryteria miała ona spełniać. Odwołujący wskazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i ewentualne braki formalne, o których zamawiający wspominał w rozstrzygnięciu, nie zmieniają tego faktu.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa - Kraków” S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że przepis art. 38

ust. 4b Pzp nie ma w ogóle zastosowania do niniejszego postępowania, które jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Wskazał, że zgodnie z częścią III ust. 2 pkt 1 lit.h SIWZ, specyfikacja STWiORB stanowiła integralny element opisu przedmiotu zamówienia. W STWiORB jednoznacznie i wyczerpująco wskazano wymaganie przedstawienia w ofercie „opisu i nazwy oferowanej wykładziny, atestu i akredytacji producenta dla oferenta i próbki oferowanej wykładziny.” Oferta złożona przez odwołującego nie zawiera wymaganej treści odnośnie opisu i nazwy oferowanej wykładziny. W tej sytuacji nie było możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia. Przystępujący wskazał również, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie został przez odwołującego uzasadniony, gdyż spełnia on warunki podmiotowe w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający, pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na brak podania nazwy oferowanej wykładziny, co było wymagane w pkt 11.5.1 STWiORB, stanowiącej tom III SIWZ.

Brak złożenia wymaganego oświadczenia w ofercie stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Żądanie podania w ofercie nazwy wykładziny stanowi wymaganie co do elementu oferty, a nie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W oparciu o nazwę wykładziny zamawiający zamierzał dokonać oceny ofert w ramach kryterium techniczno-jakościowego. Zdaniem zamawiającego, nie zachodzi sprzeczność pomiędzy potraktowaniem nazwy wykładziny jako elementu oświadczenia woli tworzącego ofertę, a opisu wykładziny, atestów i autoryzacji producenta oraz próbki wykładziny jako dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca składając ofertę dokonuje jej wyartykułowania w świetle wymagań SIWZ. Tak złożoną ofertę wykonawca na wezwanie zamawiającego może uzupełnić, ale to uzupełnienie nie może spowodować zmiany jej treści (patrz: orzeczenie KIO 1807/13). Mając na uwadze powyższe, zamawiający nie był w stanie naprawić uchybienia odwołującego polegającego na braku podania nazwy oferowanej wykładziny. Niedbalstwo odwołującego w tym zakresie pozostaje bez wpływu na obowiązki zamawiającego, określone w Pzp. Zamawiający dodał, że kwestia wykładziny była przedmiotem wyjaśnień i zmiany treści SIWZ. Tym samym zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec braku możliwości sanacji oferty odwołującego, podlega ona odrzuceniu, a wobec tego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej nie jest zasadny. Natomiast przepis art. 38 ust. 4b Pzp, nie ma zastosowania przetargu nieograniczonego, a wobec tego nie mógł zostać naruszony w przedmiotowym postępowaniu.



Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” S.A. oraz przez zaniechanie odrzucenia tej oferty, nie powinien być przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, ponieważ ze względu na wartość zamówienia odwołanie wobec tych czynności wykonawcy nie przysługuje, stosownie do art. 180 ust. 2 Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. W świetle przyjętych kryteriów oceny ofert: cena - 90 pkt i gwarancja - 10 pkt, oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, zgłoszonych wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa - Kraków” S.A. skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, z uwzględnieniem przepisu art. 180 ust. 2 Pzp, który określa czynności, wobec których wykonawcy przysługuje odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 6 028 518,40 zł, co stanowi równowartość 1 499 780,67 euro, tj. jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami.

Wobec powyższego, w oparciu o przepis art. 180 ust. 2 Pzp Izba stwierdziła, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „Chemobudowa-Kraków” S.A. z postępowania oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy nie podlegały rozpoznaniu. Przepis art. 180 ust. 2 Pzp, zakreśla ścisły katalog czynności podlegających zaskarżeniu w trybie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej tzw. „progów unijnych”. Wśród tych czynności nie

są wymienione: czynność (zaniechanie) wykluczenia innego wykonawcy bądź czynność (zaniechanie) odrzucenia oferty innego wykonawcy, niż odwołujący. Z uwagi na powyższe odwołanie nie przysługuje w przedmiotowym postępowaniu wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Chemobudowa Kraków S.A. i zaniechania odrzucenia ww. oferty.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba ustaliła w oparciu o dokumentację postępowania następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których zakres, zgodnie z postanowieniem pkt III.2 SIWZ, został określony w projekcie budowlanym, projekcie wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarze robót, jak również we wzorze umowy.

W pkt XX SIWZ zamawiający opisał wymagania dotyczące oferty, wskazując m.in., że ofertę stanowi wypełniony druk „Formularz oferty”, który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ z załączonymi wymaganymi dokumentami i oświadczeniami. Ofertę należało sporządzić zgodnie z treścią SIWZ oraz treścią zawartą w formularzach stanowiących załączniki do SIWZ. Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których treść musi być zgodna z formularzami załączonymi do SIWZ.

Jako załączniki do SIWZ zamawiający przyjął m.in. projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiar robót. W STWiORB w pkt 11.5.1 „Podłoga w Sali” w ramach „wymagań technicznych”, jako rozwinięcie tired jedenaście o treści „wykładzina musi być: gat. I, rolowana”, zostało zamieszczone przez zamawiającego postanowienie: „Oferent musi przedstawić w ofercie: opis i nazwę oferowanej wykładziny, atesty i autoryzację producenta dla oferenta i próbkę oferowanej wykładziny”. W żadnym miejscu SIWZ, ani w załącznikach do SIWZ zamawiający nie określił, w jakiej formie oraz w którym miejscu oferty należy podać nazwę oferowanej wykładziny lub opis. Zamawiający w szczególności nie przewidział możliwości złożenia oświadczenia wykonawcy co do nazwy oferowanej wykładziny w formularzu oferty ani w formie odrębnego oświadczenia.

W przedmiotowym postępowaniu żaden z 19 wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym odwołujący, nie przedstawił w treści oferty wymaganej nazwy oferowanej wykładziny w formie oświadczenia wykonawcy. Dwóch z 19 wykonawców, w tym przystępujący, złożyło część dokumentów wymaganych w pkt 11.5.1 STWiORB, w treści których zawarta została nazwa wykładziny. Tych dwóch wykonawców zamawiający wezwał następnie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów, potwierdzających wymagania dotyczące wykładziny.

Odwołujący złożył ofertę, nie załączając do niej ww. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w pkt 11.5.1 STWiORB. Zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentów, uznając, że brak wykazania w ofercie (za pomocą ww.

dokumentów) w terminie składania ofert nazwy oferowanej wykładziny, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, który to brak nie może podlegać uzupełnieniu.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, a także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 11.5.1 STWiORB.

Z treści postanowienia „Ofierent musi przedstawić w ofercie (...) nazwę oferowanej wykładziny (...)” nie wynika obowiązek podania przez wykonawcę w ofercie nazwy wykładziny w formie oświadczenia wykonawcy. Tym bardziej, że ani w formularzu oferty, ani w załącznikach do tego formularza zamawiający nie przewidział miejsca na złożenie takiego oświadczenia. Wymaganie zawarte w SIWZ co do zgodności treści oferty z treścią formularzy załączonych do SIWZ, oznacza, że wykonawcy nie byli uprawnieni do samodzielnej zmiany tych formularzy, w szczególności dopisania w dowolnym miejscu nazwy oferowanej wykładziny.

Z treści postanowienia zawartego w pkt 11.5.1 STWiORB wynika obowiązek „przedstawienia” w ofercie nazwy wykładziny. Powyższe oznacza, że zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia (zaprezentowania) w ofercie nazwy wykładziny za pomocą dokumentów: certyfikatów, akredytacji, kart katalogowych itp., tj. za pomocą dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dokumenty te, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, bez wyjątku podlegają uzupełnieniu. Zauważyć należy, że ww. dokumenty, potwierdzając określone wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, potwierdzają również sam przedmiot oferty – nazwę oferowanej wykładziny. Nie stanowią one jednak oświadczenia wykonawcy, lecz potwierdzenie przedmiotu oferty. W związku z powyższym należy zauważyć, że uzupełnienie dokumentów przedmiotowych nie może w konsekwencji prowadzić do zmiany treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przyjął, że brak złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań co do przedmiotu zamówienia, o których mowa w pkt 11.5.1 STWiORB, stanowi „nieprzedstawienie” w ofercie nazwy oferowanej wykładziny, a tym samym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W przypadku natomiast złożenia w ofercie choćby jednego z ww. dokumentów, z treści którego wynikałaby nazwa wykładziny, oferta była oceniona jako zgodna z SIWZ, a to umożliwiłoby zdaniem zamawiającego, uzupełnienie pozostałych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby, powyższe stanowisko nie zasługuje na akceptację, w szczególności w świetle obowiązku zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podanie przez wykonawcę w ofercie nazwy oferowanego przedmiotu zamówienia (lub jego elementu), stanowi treść oferty. Ma ono formę

oświadczenia, stanowiącego ofertę w ścisłym rozumieniu. W tym zakresie złożona oferta nie może podlegać zmianie ani uzupełnieniu. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie wymagał oświadczenia wykonawcy lecz dokumentów w treści których podana jest nazwa wykładziny. Wymagał zatem dokumentów potwierdzających nazwę oferowanej wykładziny. Powyższe wynika jednoznacznie z faktu, że zamawiający uznał dwie oferty, w których złożono część ww. dokumentów przedmiotowych, zawierających w swojej treści nazwę wykładziny.

Skoro więc nazwa oferowanej wykładziny miała wynikać z treści składanych dokumentów, tzw. przedmiotowych (atestów, certyfikatów i kart katalogowych oferowanego produktu), potwierdzających wymagane parametry techniczne i funkcjonalne, to nie ma żadnych wątpliwości, że dokumenty te, pochodzące od innych podmiotów, nie stanowią oświadczenia wykonawcy (treści oferty) lecz podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jako dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezależnie od tego, czy zostały złożone w pierwotnej ofercie w jakiejś części, czy też w ogóle nie zostały złożone. Zaniechanie wezwania odwołującego (podobnie jak części innych wykonawców) do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych (o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp) stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców – tj. stanowi istotne naruszenie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przypadku odwołującego i wykonawców, którzy nie złożyli omawianych dokumentów w pierwotnej ofercie, zamawiający potraktował te dokumenty, jako treść oferty – w zakresie nazwy wykładziny, wyłączając możliwość uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w przypadku przystępującego, wykonawcy, który złożył część tych dokumentów (tym samym przedstawił nazwę oferowanej wykładziny) uznał, że są to dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, podlegające uzupełnieniu. Jest to działanie nieprawidłowe, naruszające zasadę określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu „dwutorowy” sposób oceny dokumentów wymaganych w pkt 11.5.1 STWiORB przez zamawiającego jest wynikiem tego, że zamawiający w sposób ewidentnie wadliwy sformułował specyfikację istotnych warunków zamówienia. Słusznie odwołujący zwrócił uwagę, że dokumenty, o których mowa w omawianym postanowieniu STWiORB winny zostać wymienione w samej SIWZ. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera rozdział „Oferta”, w którym zamawiający powinien był wymienić wszystkie dokumenty wymagane do złożenia w ofercie, w tym dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania wymaganych parametrów wykładziny. Zamawiający powinien był także określić w SIWZ, w jakiej formie i w jakim dokumencie wykonawcy mają podać nazwę oferowanej wykładziny. Słuszne jest również stanowisko odwołującego, że przeznaczeniem STWiORB jest uszczegółowienie

technicznych aspektów realizacji przedmiotu zamówienia, tymczasem zamieszczenie w niej, wśród szczegółowych wymagań technicznych, listy dokumentów wymaganych do złożenia w ofercie, stanowi istotne utrudnienie możliwości złożenia prawidłowej oferty, w szczególności zaś w zakresie niedookreślonego obowiązku „przedstawienia w ofercie” nazwy oferowanej wykładziny, w sytuacji braku określenia formy i miejsca podania tej nazwy w ofercie.

Powyższe błędy SIWZ skutkowały złożeniem przez 17 wykonawców ofert niezawierających ani w treści oferty, ani w treści dokumentów przedmiotowych nazwy oferowanej wykładziny. Zamawiający odrzucił te oferty. W ten sposób skutki błędów popełnionych przy formułowaniu SIWZ zamawiający przerzucił na wykonawców. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa, zarówno sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności lub błędy w treści SIWZ muszą być interpretowane wyłącznie na korzyść wykonawców. Niejasność i brak skonkretyzowania wymagania co do „przedstawienia” w ofercie nazwy oferowanej wykładziny oraz zakwalifikowanie przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako treści oferty w zakresie nazwy wykładziny, a jako dokumentów tzw. przedmiotowych w pozostałym zakresie, skutkowały de facto odrzuceniem 18 ofert, w tym oferty odwołującego. Nie sposób przyjąć, że doświadczenie wykonawcy na rynku zamówień publicznych w takiej liczbie wyłącznie z powodu swojego niedbalstwa złożyli oferty nie uwzględniając wymagania z pkt 11.5.1 STWiORB.

Reasumując, przed wezwaniem odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 11.5.1 STWiORB i przed zapoznaniem się z ich treścią, zamawiający nie mógł przyjąć, że treść oferty odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ, bowiem oferta ta zawierała wszystkie wymagane oświadczenia wykonawcy na okoliczność, iż zaoferował on przedmiot zamówienia zgodny z warunkami i wymaganiami SIWZ. W celu potwierdzenia spełniania szczegółowych wymagań technicznych, a także potwierdzenia nazwy oferowanej wykładziny, wykonawca zobowiązany był złożyć ww. dokumenty przedmiotowe, które jako takie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji, poprzez dwoistość oceny dokumentów wymaganych na podstawie pkt 11.5.1 SIWZ, o której mowa była powyżej, a tym samym dwoistość oceny złożonych ofert, w zależności od tego, czy dokumenty zostały choć w części złożone w terminie składania ofert, zamawiający naruszył w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Stwierdzone naruszenie w postępowaniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co oznacza,

że powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego może prowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Tym samym w konsekwencji, dokonany przez zamawiającego wybór oferty złożonej przez „Chemobudowa-Kraków” S.A. jako najkorzystniejszej, może podlegać zmianie w toku prowadzonego postępowania. Jest to zatem czynność naruszająca art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia w postępowaniu art. 38 ust. 4b Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp, przez dokonanie przez zamawiającego błędnej, rozszerzającej wykładni postanowienia pkt 11.5.1 STWiORB. Izba uznała za niezasadny, ponieważ odwołujący zarzucił naruszenie przepisu, który nie ma zastosowania do przedmiotowego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....