

WYROK
z dnia 30 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2017 r. przez wykonawcę **H.-P. sp. z o.o. w L.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w O.**

przy udziale wykonawcy **A. sp. z o.o. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy A. sp. z o.o. w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią części I pkt 6 i części X pkt 6 SIWZ polegającej na zaniechaniu wskazania w pkt 23, 39-41, 43-44, 51-146, 209-216, 226, 231 wykazu materiałów nazwy producenta tych materiałów,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w O. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w O.** na rzecz wykonawcy **H.-P. sp. z o.o. w L.** kwotę **18.752 zł 28 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy siedmiuset pięćdziesięciu dwóch złotych dwudziestu ośmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w O. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa systemu monitoringu obiektów wodno-ściekowych na terenie m. O.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 marca 2017 r., 2017/S 062-117417.

15 maja 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę H.-P. sp. z o.o. w L., zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A. sp. z o.o. w W., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego oraz czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej odwołujący wniósł 19 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wezwanie do wyjaśnienia treści zestawienia materiałów w kosztorysie ofertowym złożonym przez przystępującego, którego oferta podlegała odrzuceniu,
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, gdyż „podlega ona wykluczeniu”,
- 2) ponowne zbadanie ofert złożonych w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią punktu 6 str. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) zamawiający wymagał od każdego wykonawcy dołączenia do oferty, jako element składowy kosztorysu, zestawienia materiałów oraz nazwy ich producenta. Powyższy wymóg zamawiający potwierdził w odpowiedziach opublikowanych na stronie internetowej zamawiającego 19 kwietnia 2017 r., wskazując iż nazwy producentów materiałów będą musiały być zawarte w zestawieniu

materiałów. Z uwagi na powyższe zamawiający udostępnił na swojej stronie przedmiar robót w wersji edytowanej - plik ATH, wymagając aby każdy wykonawca który złoży ofertę, dołączył kosztorys ofertowy zawierający nazwę producenta. Powyższe zamawiający potwierdził także w części X SIWZ punkt 6 wskazując iż: „*przedmiar robót uzupełniony przez Wykonawcę o ceny realizacji poszczególnych robót, ustalone z uwzględnieniem ilości robót podanych przez Zamawiającego - staje się kosztorysem ofertowym, który musi zawierać w sobie zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta.*”. Ponadto wskazywał, że zgodnie z postanowieniem części X punkt 5, zamawiający ustalił, iż obowiązującym wynagrodzeniem będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Odwołujący podniósł, że przystępujący w kosztorysie ofertowym podał tylko niektóre nazwy producentów oferowanych materiałów, w większości pozycji wskazując „różne”. Wykonawca zatem nie podał nazw producentów materiałów i urządzeń w kosztorysie ofertowym zgodnie z zapisami SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zamawiający 11 maja 2017 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści zestawienia materiałów w kosztorysie ofertowym - dotyczy nazwy dostawcy/producenta w pozycjach gdzie wpisano jako dostawca „różne”, w tym do uszczegółowienia (doprecyzowania) nazwy dostawcy/producenta w zestawieniu materiałów ujętych w ofercie przetargowej. Uszczegółowiony dokument wykonawca miał dostarczyć w terminie 3 dni od otrzymania wezwania. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący 12 maja 2017 r. przekazał kosztorys ofertowy uzupełniony o nazwy dostawcy/producenta w pozycjach, w których wcześniej wskazano słowo „różne”. Następnie 15 maja 2017 roku zamawiający poinformował odwołującego, iż w wyniku przeprowadzonego postępowania zawiadamia o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył obowiązujące przepisy ustawy Pzp, gdyż wezwał do uzupełnienia oferty, która podlegała odrzuceniu, a następnie dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na gruncie Pzp oferta to oświadczenie woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego (oznaczonego świadczenia) na rzecz zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że ofertę stanowi nie tylko formularz oferty, ale też dokumenty wymagane przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału. Z uwagi na fakt, iż wynagrodzenie wykonawcy w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, zasadne jest przytoczenie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej

wskazującego, iż kosztorys ofertowy nie ma charakteru informacyjnego, służącego wyłącznie do zobrazowania sposobu wyliczenia ryczałtowej ceny całkowitej oferty. Kosztorys ofertowy wykonawcy - to wprost oferta. Ofertą nie musi być jedynie formularz ofertowy, ale także inne dokumenty znajdujące się w ofercie w jej szerokim znaczeniu, jako zestawienie dokumentów, który zawiera kompletne oświadczenia wykonawcy obrazujące zaciągnięte przez niego zobowiązanie. Dlatego wadliwie sporządzony kosztorys ofertowy jest dokumentem którego nie można uzupełnić i zamawiający nie posiadał uprawnień aby w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwać przystępującego do jego uzupełnienia. Odwołujący wywiódł, że wyceniony przedmiar robót nie może podlegać uzupełnieniu w sytuacji określenia wynagrodzenia na podstawie kosztorysu (wynagrodzenie kosztorysowe). W takim przypadku jest on częścią oferty i jego uzupełnienie w wypełnieniu wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi niedozwoloną czynność uzupełnienia oferty po terminie na jej złożenie i stanowi istotną wadą prawną. W związku z powyższym oferta złożona przez przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. sp. z o.o. w W. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie do złożenia wyjaśnień z 11 maja 2017 r., wyjaśnienia przystępującego z 12 maja 2017 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15 maja 2017 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę A. sp. z o.o. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa systemu monitoringu obiektów wodno-ściekowych na terenie m. O.

W części I pkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, że *szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia jest projekt wykonawczy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiar robót oraz postanowienia zawarte w treści niniejszej specyfikacji z załącznikami, łącznie ze wzorem umowy.*

W części I pkt 6 SIWZ zamawiający wskazał, co następuje: *Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie przetargowej zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia, że ich parametry nie będą gorsze niż określone w tej dokumentacji oraz zgodnie ze standardami obowiązującymi u Zamawiającego.*

W celu weryfikacji parametrów technicznych materiałów przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty, jako element składowy kosztorysu, zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta.

W części X pkt 5 SIWZ wskazano, że *Zamawiający ustala, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Cena podana w ofercie jest ceną wstępną. Może się ona zmienić w przypadku, gdy zmienia się ilość jednostek robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.*

W części X pkt 6 zamawiający postanowił, iż *Przedmiar robót uzupełniony przez Wykonawcę o ceny realizacji poszczególnych robót, ustalone z uwzględnieniem ilości robót podanych przez Zamawiającego – staje się kosztorysem ofertowym, który musi zawierać w sobie zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta. (podkreślenie własne zamawiającego).*

W § 9 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ), zatytułowanym „materiały”, wskazano co następuje:

6. *Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zamiany materiałów i urządzeń przedstawionych w ofercie przetargowej, pod warunkiem że zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego. Będą to, przykładowo, okoliczności:
 - 1) powodujące obniżenie kosztu ponoszonego przez Zamawiającego na eksploatację i konserwację wykonanego przedmiotu umowy.
 - 2) powodujące poprawienie parametrów technicznych
 - 3) wynikające z aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp technologiczny lub zmiany obowiązujących przepisów*
7. *Możliwa jest zmiana poszczególnych materiałów i urządzeń przedstawionych w ofercie przetargowej, pod warunkiem że zmiana ta nie spowoduje obniżenia parametrów tych materiałów lub urządzeń.*
8. *Na zmianę rodzaju i ilości materiałów użytych do realizacji przedmiotu umowy w stosunku do projektu bezwzględnie wymagana jest uprzednia, pisemna zgoda Zamawiającego i Projektanta.*

Załącznikiem do SIWZ był przedmiar robót. Do przedmiaru tego załączono wzór zestawienia materiałów, w którym znajdowała się przeznaczona do wypełnienia kolumna „dostawca”.

Ustalono również, że do zamawiającego wpłynął wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

Zgodnie z zapisami SIWZ punkt 6 str. 3: „W celu weryfikacji parametrów technicznych materiałów przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty, jako element składowy kosztorysu, zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta”. Wnosimy o rozbudowanie w przedmiarze robót działu: „1 Część informatyczna, 1.1 Pobieranie sygnałów – informacja”, o doprecyzowanie poprzez rozbudowanie tabeli o informację dotyczącą:

- konkretnej nazwy SCADA proponowanego oprogramowania oraz podanie jej nazwy producenta.

oraz

- udostępnienie przedmiaru robót w wersji edytowalnej - plik ATH.

W odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający 19 kwietnia 2017 r. udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający informuje, że nie dokona zmiany przedmiaru robót. Informacje nt. nazwy SCADA oraz producenta będą musiały być zawarte w zestawieniu materiałów. Zamawiający udostępni na swojej stronie przedmiar robót w wersji edytowalnej - plik ATH.

Z protokołu postępowania wynika, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożyli m.in. odwołujący i przystępujący.

Przystępujący załączył do swego kosztorysu zestawienie materiałów obejmujące 231 pozycji. W pozycjach 23, 39-41, 43-44, 51-146, 209-216, 226, 231 wykazu materiałów w kolumnie „dostawca” przystępujący wpisał „różne”. W pozostałych wierszach tej kolumny podano nazwę dostawcy.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 11 maja 2017 r., wskazując jako podstawę prawną art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści zestawienia materiałów w kosztorysie ofertowym – dotyczy nazwy dostawcy / producenta w szczególności poz. 51-146, 209-216 oraz pojedynczych pozycji w pozostałych miejscach zestawienia materiałów, gdzie wpisano jako dostawca wyraz Różne.

Wobec powyższego, proszę o uszczegółowienie (doprecyzowanie) nazwy dostawcy / producenta w zestawieniu materiałów ujętych w ofercie przetargowej, w zakresie o którym mowa wyżej.

W przypadku zastosowania materiałów producentów innych niż wskazanych w dokumentacji projektowej, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć, jako element składowy kosztorysu, karty katalogowe potwierdzające równoważność użytych materiałów, zgodnie ze specyfikacją równoważności dołączoną do projektu, do czego obliguje zapis w SIWZ – ust. 6 część I SIWZ.

Brak nazwy dostawcy / producenta zaproponowanych materiałów uniemożliwia zamawiającemu weryfikację parametrów technicznych materiałów przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym zbadania zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 12 maja 2017 r. W piśmie tym wskazał, że przesyła zestawienie materiałów z kosztorysu ofertowego uszczegółowione o nazwy dostawcy / producenta w pozycjach gdzie wpisani zostali dostawcy jako „Różne”. Jednocześnie potwierdzamy, iż wszystkie materiały przedstawione przez nas w ofercie spełniają warunki dokumentacji projektowej. Potwierdzamy również zastosowanie w naszej ofercie modemów GSM/GPRS do transmisji

danych zgodnych z projektem, a mianowicie produkcji firmy I. w szafach sterowniczych. Do pisma przystępujący załączył zestawienie materiałów, w którym w pozycjach 23, 39-41, 43-44, 51-146, 209-216, 226, 231 ujawniono nazwę dostawcy.

Ustalono ponadto, że 15 maja 2017 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Z informacji tej wynika, że oferta odwołującego sklasyfikowana jest na miejscu drugim.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W pierwszej kolejności nie podzielono najdalej idącego wniosku przystępującego, który w swym piśmie procesowym, powołując się na treść żądań przedstawionych w odwołaniu, domagał się oddalenia odwołania z uwagi na brak interesu we wniesieniu odwołania. Rzeczywiście w petitum odwołania, w części dotyczącej wniosków odwołujący wskazał, że domaga się nakazania zamawiającemu m.in. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, z uwagi na to, że „podlega ona wykluczeniu”. Jak słusznie podniósł przystępujący, wykluczenie z udziału w postępowaniu jest konsekwencją braków w zakresie strony podmiotowej zamówienia, w tym niewykazania warunków udziału w postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów. Izba nie jest również związana żądaniami odwołania. W ocenie Izby odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako sprzecznej z treścią SIWZ z powodu niepodania nazw producentów/ dostawców w szeregu pozycji kosztorysu ofertowego. Już w samym petitum odwołania, odwołujący opisując podstawę prawną zarzutów wskazał, że jego zdaniem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez wezwanie do złożenia wyjaśnień zestawienia materiałów, w kosztorysie złożonym przez przystępującego, którego oferta podlega odrzuceniu. Dodatkowo, nawet w części poświęconej wnioskowi domagał się nakazania zamawiającemu dokonania wyboru spośród ofert „niepodlegających odrzuceniu”. O zarzutach i żądaniach odwołującego można było wnioskować także w oparciu o analizę uzasadnienia odwołania. W tej części odwołania wykonawca w sposób jednoznaczny wskazał, że z powodu określonych przez niego niezgodności oferty z SIWZ, oferta przystępującego podlega odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (zdanie ostatnie uzasadnienia odwołania). W tej sytuacji domaganie się nakazania zamawiającemu „wykluczenia oferty” przystępującego nie świadczyło o tym, że odwołujący nie sformułował zarzutów i żądań dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego. Wobec powyższego Izba rozpoznała odwołanie pod względem merytorycznym.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp brzmi: *Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Art. 7 ust. 1 Pzp stanowi zaś, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Jeżeli chodzi o treść SIWZ, to zamawiający w kilku miejscach specyfikacji zawarł wyraźne wskazówki co do tego, w jaki sposób wykonawcy zobowiązani są przygotować wymagany kosztorys ofertowy. Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyraźny sformułował wymóg podania przez wykonawców nazwy dostawcy / producenta oferowanych materiałów i urządzeń. W części I w pkt 6 SIWZ zamawiający wyraźnie przewidział, że „w celu weryfikacji parametrów technicznych materiałów przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty, jako element składowy kosztorysu, zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta”. W części X w pkt 6 SIWZ zamawiający wskazał, że przedmiar robót uzupełniony przez wykonawcę o ceny realizacji poszczególnych robót, ustalone z uwzględnieniem ilości robót podanych przez zamawiającego staje się kosztorysem ofertowym, który „musi zawierać w sobie zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta”. Nadto we wzorze kosztorysu przy każdej pozycji przedmiarowej zamawiający przewidział do wypełnienia kolumnę zatytułowaną „dostawca”. Powyższe jednoznaczne wymogi zamawiający potwierdził na późniejszych etapach postępowania. W toku postępowania, w odpowiedzi z 19 kwietnia 2017 r. na wniosek jednego z wykonawców podtrzymał swe wymogi, iż informacje co do nazw producentów materiałów muszą być ujawnione w zestawieniach materiałów sporządzonych przez wykonawców. Potwierdzeniem doniosłości tych danych dla zamawiającego była również treść wezwania z 11 maja 2017 r., jakie zamawiający skierował do przystępującego. Sam zamawiający wskazał, że *brak nazwy dostawcy / producenta zaproponowanych materiałów uniemożliwia zamawiającemu weryfikację parametrów technicznych materiałów przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym zbadania zgodności treści oferty z treścią SIWZ.* Z kolei ze wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego

można było wywnioskować, że zamawiający chciał sobie zapewnić kontrolę nad materiałami, jakie stosować będzie wykonawca realizujący zamówienie. Zamawiający dopuścił możliwość zmiany materiałów na inne niż ujawnione w ofercie, pod warunkiem, że zmiany te będą korzystne dla zamawiającego i że nie spowodują obniżenia parametrów materiałów i urządzeń. Nie ulegało również wątpliwości, że wynagrodzenie wykonawcy zamówienia miało przybrać charakter wynagrodzenia kosztorysowego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała za bezzasadne stanowiska zamawiającego i przystępującego, jakoby istotne miały być jedynie dane co do nazwy producenta / dostawcy tylko takich materiałów i urządzeń, które nie byłyby materiałami pomocniczymi czy instalacyjnymi. Wręcz przeciwnie, z wszystkich przywołanych postanowień wynikało, że zamawiający oczekiwał podania danych producenta/dostawcy dla wszystkich bez wyjątku materiałów. Najbardziej dobitnym dowodem na potwierdzenie powyższego był wzór kosztorysu ofertowego, w którym rubrykę o nazwie „dostawca” przewidziano dla wszystkich pozycji kosztorysowych. Twierdzenia zamawiającego, jakoby nazwa dostawcy / producenta miała nie być częścią kosztorysu ofertowego nie znajdowały oparcia w treści wzoru kosztorysu, w którym przewidziano do wypełnienia odpowiednią kolumnę. Stanowisko to pozostawało także w wyraźnej sprzeczności z jednoznacznym stwierdzeniem zawartym w części X ust. 6 SIWZ, gdzie sam zamawiający wyraźnie określił zestawienie materiałów oraz nazwę ich producenta, jako „element składowy kosztorysu”. W świetle przytoczonych wcześniej postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania, wezwania zamawiającego można było także z łatwością uchwycić cel żądania spornych informacji. Mianowicie w oparciu o ww. dane zamawiający chciał zweryfikować zgodność treści ofert z SIWZ, a w szczególności zbadać czy oferowane materiały są zgodne z SIWZ.

Za chybione uznano stanowisko przystępującego przedstawione w piśmie procesowym jakoby dane co do nazwy producenta / dostawcy materiałów i urządzeń miały być nieistotne z punktu widzenia realizacji przyszłej umowy. Przystępujący zdawał się w ten sposób wywodzić, że sporne dane nie stanowią „treści oferty”. Rzeczywiście zamawiający dopuścił we wzorze umowy możliwość zmiany materiałów w stosunku do przyjętych w ofercie. Dostrzeżenia wymagało jednak, że możliwość ta została obwarowana określonymi zastrzeżeniami. Przewidziano bowiem, że modyfikacje materiałów będą dopuszczalne wtedy, gdy okażą się korzystne dla zamawiającego i nie spowodują obniżenia parametrów materiałów lub urządzeń. W konsekwencji dane indywidualizujące oferowane materiały i urządzeniach - również na etapie realizacji umowy – okażą się konieczne. Informacje te będą potrzebne jako punkt odniesienia, mają służyć ocenie jakości materiałów zamiennych a w konsekwencji stwierdzeniu, czy zmiana materiałów i urządzeń jest w ogóle jest dopuszczalna. Z tego punktu widzenia, dane co do dostawców / producentów materiałów i urządzeń niewątpliwie należało uznać za treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Pomimo wyraźnych wymagań zamawiającego przystępujący w ponad 100 pozycjach kosztorysowych nie podał nazwy producenta / dostawy materiałów. W swym kosztorysie ofertowym w kolumnie „dostawca” przystępujący wskazał bowiem „różne”. Taka treść oferty przystępującego oznaczała, że w każdej z omawianych pozycji mogły się kryć materiały i urządzenia rozmaitych producentów. Przystępujący przyznał w trakcie rozprawy, że mogły to być materiały nawet dziesięciu producentów / dostawców. Przystępujący pomimo wyraźnego obowiązku nałożonego na wykonawców w SIWZ nie skonkretyzował oferowanego przedmiotu świadczenia w ww. zakresie. W konsekwencji pozbawił zamawiającego informacji niezbędnych do oceny, czy oferowane materiały lub urządzenia są zgodne z SIWZ, na co zresztą zamawiający sam zwrócił uwagę w wezwaniu z 11.05.2017 r.

W zaistniałej sytuacji zamawiający bezpodstawnie wezwał przystępującego do uzupełniania kosztorysu o brakujące dane, stosując instytucję wezwania do złożenia wyjaśnień uregulowaną w przepisach art. 87 ust. 1 Pzp.

Zakres możliwych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów był przedmiotem orzeczenia TSUE w sprawie C-336/12 Manova. Sąd wskazał w nim, że: „zgodnie z utrwaloną praktyką orzeczniczą Klagenævnet for Udbud art. 51 dyrektywy 2004/18 i generalna zasada równego traktowania stoją na przeszkodzie wzywaniu kandydatów przez instytucję zamawiającą do uzupełnienia informacji wymaganych jako warunek rozpatrzenia kandydatury lub oferty, których kandydaci ci nie podali”. Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Trybunał wskazał także na dalsze warunki dopuszczalności wyjaśnień lub korekty.

„34 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 42,43].

35 Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 44]. Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko in., pkt 40].

36 Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób

równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano [ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 41].

Przywołane orzeczenia dotyczyły poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, ale nie ulega wątpliwości, że zachowały swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści ofert (z zastrzeżeniem wyjątków z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, które nie dotyczą omawianej sytuacji).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzono, że w wyniku niedopuszczalnych negocjacji z zamawiającym, przystępujący w odniesieniu do ponad 100 pozycji kosztorysowych sformułował nową ofertę, co nastąpiło po upływie terminu składania ofert. Przez użycie słowa „różne” w ponad 100 pozycjach kosztorysowych wykonawca nie sprostął obowiązkowi zindywidualizowania oferowanych materiałów i urządzeń. Taka treść oferty oznaczała, że przystępujący na etapie realizacji zamówienia, w przeciwieństwie do innych wykonawców, mógłby dowolnie wybierać spośród istniejących na rynku materiałów i ich producentów. Przy czym przystępujący sam przyznał w trakcie rozprawy, że na rynku dostępne są materiały dziesięciu producentów. Ponadto ocena dopuszczalności zastosowania zamienników materiałów w trakcie realizacji umowy byłaby niemożliwa, wobec braku danych stanowiących punkt odniesienia.

Oczywistym jest również, że w wyniku wyjaśnień przystępującego doszło do zmiany treści jego oferty. Zmiana ta polegała na tym, że - jak sam przyznał przystępujący- spośród dziesięciu producentów materiałów, przystępujący wybrał, po terminie składania ofert, dwóch lub trzech producentów i ich dane wpisał do uzupełnionego kosztorysu ofertowego. W efekcie, gdyby przyjąć rezultat wyjaśnień przystępującego, na etapie realizacji umowy mógłby oferować materiały i urządzenia tylko wskazanych przez siebie producentów/dostawców (lub ich kwalifikowane zamienniki, o czym była mowa wcześniej). W konsekwencji działania przystępującego nosiły znamiona uzupełnienia oferty po terminie składania, przybierające postać nowej oferty, co było sprzeczne z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okazała się okoliczność, że większość pozycji kosztorysowych, w których przystępujący nie podał nazwy producenta materiałów, dotyczyła elementów instalacyjnych i pomocniczych. Na marginesie jedynie należało wskazać, że szafa rack żadną miarą nie mogła być uznana za taki materiał. Wzięto pod uwagę, że treść SIWZ była w tym zakresie jednoznaczna, gdyż – jak już wcześniej wskazano

- wymóg podania nazwy producenta / dostawy materiałów dotyczył wszystkich pozycji kosztorysowych.

W tej sytuacji Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana T. M., pracownika zamawiającego, zatrudnionego na stanowisku starszego mistrza do spraw automatyki na okoliczność, czym były owe materiały pomocnicze i instalacyjne i jaka jest waga nazwy producenta takich materiałów. Izba uznała, że ww. dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Okoliczność, jakie dokładnie materiały kryły się pod pojęciem materiały instalacyjne i pomocnicze nie miała żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wcześniej wskazano, wymóg podania nazwy producenta / dostawy dotyczył wszystkich materiałów bez żadnego wyjątku. Natomiast kwestia czy dane co do nazwy producenta / dostawcy tych materiałów są treścią oferty, jest okolicznością natury prawnej, a nie faktycznej.

Za chybione uznano stanowisko przystępującego, który zdawał się wywodzić, że napotkał trudności w wypełnieniu rubryki „dostawca” w przypadku materiałów pomocniczych i instalacyjnych, z uwagi na wielość materiałów w poszczególnych pozycjach i możliwość zaofiarowania materiałów nawet dziesięciu producentów. Stanowisko przystępującego należało uznać za spóźnione. Jeżeli wykonawca nie zgadzał się z wymogami nałożonymi na niego w SIWZ, to miał prawo skorzystać ze środków ochrony prawnej wynikających z ustawy Pzp. Mógł w terminie ustawowym zakwestionować postanowienia SIWZ i w toku postępowania odwoławczego udowodnić, że wymóg podania nazwy producenta / dostawcy dla wszystkich bez wyjątku materiałów i urządzeń jest nadmierny. Skoro z tych środków nie skorzystał, to treść SIWZ stała się ostateczna i jest wiążąca zarówno dla zamawiającego jak i dla wszystkich wykonawców, w tym przystępującego.

Podkreślić należało, że odstąpienie przez zamawiającego od egzekwowania wymagań wynikających z SIWZ wobec przystępującego naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców. W identyczny sposób zostali potraktowani wykonawcy, którzy zastosowali się do treści SIWZ jak i ci, którzy wymogów nie spełnili. Ponadto za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać przyzwolenie zamawiającego na uzupełnienie oferty przez jednego z wykonawców po terminie składania ofert, który mógł dokonać modyfikacji swej oferty znając treść ofert swych konkurentów.

Reasumując stwierdzono, że zamawiający wbrew treści art. 87 ust. 1 Pzp przyjął za podstawę oceny oferty przystępującego rezultat niedozwolonych negocjacji z tym wykonawcą i zaakceptował zmianę oferty dokonaną po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne. Zatem należało przyjąć, że – jak słusznie podniósł odwołujący – oferta przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna

z treścią SIWZ. Z przyczyn wskazanych powyżej znalazł potwierdzenie również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Za chybiony uznano natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przez odwołującego przepisem, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł już umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zarzut okazał się zatem bezzasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, rozumianego jako wybór danej oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią części I pkt 6 i części X pkt 6 SIWZ

polegającej na zaniechaniu wskazania w pkt 23, 39-41, 43-44, 51-146, 209-216, 226, 231 wykazu materiałów nazwy producenta tych materiałów.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W analizowanej sprawie za wynik postępowania odpowiadał w całości zamawiający, zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby, w wysokości odpowiednio 3.600 zł i 152 zł 28 gr, na podstawie

rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b powołanego wyżej rozporządzenia

Przewodniczący: