

WYROK
z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2013 r. przez wykonawcę ROLLSTICK - TORUŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Obrowo z siedzibą w Obrowie;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Obrowo w Obrowie unieważnienie odrzucenia oferty ROLLSTICK - TORUŃ Sp. z o.o. w Toruniu złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Głogowo-Brzozówka - etap II i powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem ww. oferty,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Obrowo z siedzibą w Obrowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ROLLSTICK - TORUŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Obrowo z siedzibą w Obrowie na rzecz ROLLSTICK - TORUŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Toruniu.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Obrowo z siedzibą w Obrowie, 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 kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Głogowo-Brzozówka - etap II.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 20.11.2012 r. pod nr 461858.

W dniu 03.01.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez ROLLSTICK - TORUŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (zwanej dalej „Rollstick”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 08.01.2013 r. Rollstick wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu, że odrzucając ofertę odwołującego i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w prowadzonym postępowaniu, tj. oferty Wykonawcy: Zakład Instalacji Sanitarnych i C. O. Budownictwo Ogólne Stanisław Brzęczkowski we Włocławku –naruszył art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
2. powtórzenia oceny oferty odwołującego się jako nie podlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...] Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że odrzucił ofertę Odwołującego, pisząc:

„Oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 - jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wyjaśnienia oferenta dot. istotnych elementów przepompowni sieciowych i przydomowych oczyszczalni ścieków w odniesieniu do typu zbiorników oraz ich producentów są ogólnikowe i nieprecyzyjne. Ponadto informacje uzyskane od Wykonawcy w wyjaśnieniach i od producentów przedmiotowego sprzętu rozbieżne, co nie gwarantuje zachowania parametrów określonych w STWiOR oraz w odpowiedziach Zamawiającego do pytań Wykonawców udzielonych w dniu 07.12.2012r. (odp. Nr 12) stanowiących integralną część SIWZ”.

Odwołujący podnosi, iż oferta spełniała warunki określone w SIWZ.

Odwołujący nie zgadza się z Zamawiającym, że treść oferty Odwołującego się nie odpowiada treści SIWZ. Nie zgadza się również z uzasadnieniem jej odrzucenia. Bardzo ogólnikowe twierdzenia Zamawiającego nie mają potwierdzenia w dokumentacji przetargowej. Zamawiający swojego twierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ nie odniósł do żadnego konkretnego zapisu specyfikacji. Natomiast istotne elementy przepompowni ścieków i przydomowych, jak również typu zbiorników, są przede wszystkim ściśle określone w SIWZ, w tym w STWiOR. Zupełnie niezrozumiałą jest również zapis części drugiej uzasadnienia, w którym czytamy:

„Ponadto informacje uzyskane od Wykonawcy w wyjaśnieniach i od producentów przedmiotowego sprzętu są rozbieżne, co nie gwarantuje zachowania parametrów określonych w STWiOR oraz w odpowiedziach Zamawiającego do pytań Wykonawców udzielonych w dniu 07.12.2012r. (odp. Nr 12) stanowiących integralną część SIWZ”.

Analizując powyższe uzasadnienie, Odwołujący zarzuca, iż nie wiadomo do informacji jakich producentów Zamawiający porównywał, co Zamawiający porównywał, na czym polegała rozbieżność, o której mowa w uzasadnieniu, a przede wszystkim, co ze strony oferenta nie gwarantuje zachowania parametrów określonych w STWiOR oraz w odpowiedziach Zamawiającego do pytań Wykonawców udzielonych w dniu 07.12.2012r. (odp. Nr 12).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż nie miał w ogóle prawa porównywać do jakichkolwiek producentów, w tym anonimowych. Tym bardziej, że Odwołujący podawał, iż posiada oferty producentów, których urządzenia odpowiadają stawianym wymogom, a nawet wymienił jednego z nich. I chociaż Odwołujący nie musiał tego zrobić, składając wyjaśnienia udowodnił, iż jest Firma w pełni profesjonalną i właśnie jego oferta gwarantuje prawidłową realizację zadania zgodnie z treścią SIWZ.

Niesłuszne są twierdzenia Zamawiającego, że: „wyjaśnienia oferenta dot. istotnych elementów przepompowni sieciowej i przydomowych oczyszczalni ścieków w odniesieniu do typu zbiorników oraz ich producentów są ogólnikowe i niesprecyzyjne”.

Przede wszystkim przedmiotem zamówienia nie są przepompownie przydomowych oczyszczalni ścieków, o których Zamawiający mówi w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Według SIWZ:

- rozdział IV „Opis przedmiotu zamówienia”:

4.1. przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją operacji pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Głogowo

- Brzozówka - etap II”, o następującym zakresie rzeczowym:

1) Kanalizacja sanitarna grawitacyjna:

- studnie z PCV fi 425mm - 119 szt.,
- przyłącze z rur PCV fi 150mm - 952 m,
- sieć grawitacyjna z rur PCV fi 200mm - 2814 m,

2) Kanalizacja ciśnieniowa:

- przyłącze z rur PCV fi 63mm - 284 m,
- przepompownie sieciowe - 3 szt.,
- przepompownie przydomowe - 44 szt.,
- sieć ciśnieniowa z rur PCV fi 90mm - 284 m,
- sieć ciśnieniowa z rur PCV fi 119mm - 744 m,
- sieć ciśnieniowa z rur PCV fi 160mm - 1008 m.

4.2. Szczegółowy zakres robót zawiera projekt budowlany i przedmiar robót, a także specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych -

stanowiących odpowiednio załączniki nr 2, 3 i 4 do SIWZ wraz z informacjami zawartymi w decyzjach, które stanowią załączniki do niniejszej specyfikacji. Dokumentacja projektowa jest udostępniona na stronie internetowej zamawiającego www.obrowo.pl oraz do wglądu w siedzibie Zamawiającego (pokój nr 7 lub 17).

4.3. Do wykonania zamówienia Wykonawca zobowiązany jest użyć materiałów gwarantujących odpowiednią jakość, o parametrach technicznych i jakościowych odpowiadających właściwościom materiałów przyjętych w projekcie. Jednocześnie użyte w dokumentacji projektowej nazwy materiałów i urządzeń oraz ich pochodzenie nie są obowiązujące i należy je traktować, jako propozycje projektanta. Wykonawca może zastosować materiały i urządzenia równoważne o parametrach techniczno - użytkowych odpowiadających co najmniej parametrom materiałów i urządzeń zaproponowanych w projektach.

4.8. Warunki rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia.

2) Podstawą ustalenia wynagrodzenia (ceny brutto oferty) będzie kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną na podstawie dokumentacji projektowej, wytycznych i zaleceń określonych w niniejszej Specyfikacji, STWiOR oraz wniosków wynikłych po zalecanej, ale nie obowiązkowej wizji lokalnej w miejscu wykonywania robót budowlanych. Należy podkreślić, że Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność za przekroczone koszty związane z wykonaniem prac będących przedmiotem niniejszego zamówienia.

Stwierdzono również w SIWZ:

- rozdział VII „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty”:

7.1. L.p. 11:

„ Kosztorys ofertowy opracować metodą uproszczoną wraz z zestawieniem cen jednostkowych materiałów, czynników produkcji tj. stawka rbh, kosztów pośrednich, kosztów zaopatrzenia i zysku oraz stawki jednostkowej pracy podstawowego sprzętu i urządzeń, które wykonawca będzie używał do wykonania przedmiotu zamówienia. Sporządzony dokument dołączyć do oferty.

Uwaga !

Z uwagi na formę wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy nie będzie podlegać ocenie.”

Dowód: SIWZ w aktach sprawy

Wymagania dotyczące materiałów, sprzętu, transportu, ogólne zasady wykonania robót, określenie robót przygotowawczych, robót montażowych, dokładna charakterystyka sieciowych przepompowni ścieków , w tym charakterystyka pompy wirowej z wirnikiem jednokanałowym, dane techniczne pompy, zestawienia materiałów każdej przepompowni sieciowej PS, rozdzielnia sterowania pomp, wytyczne odnośnie wyposażenia i możliwości modułu telemetrycznego GSM/GPRS, charakterystyka przydomowych przepompowni ścieków, charakterystyka pompy wirowej z rozdrabniaczem, dane techniczne, opis sterownicy pompowni przydomowej z wyposażeniem oraz szczegółowe parametry doboru przepompowni ścieków zawiera Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót dotycząca kanalizacji sanitarnej tłocznej z przepompowniami, stanowiąca Załącznik nr 4 do SIWZ. Dowód: STWiOR w aktach sprawy

W piśmie z dnia 07.12.2012r. znak: ROO.271.21.4.2012.MS część IV pytań i odpowiedzi dotyczących zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Głogowo -Brzozówka - etap II”, Zamawiający :

- na pytanie nr 12 - „Czy Zamawiający wyraża zgodę na zamianę materiału zbiorników przepompowni przydomowych na zbiorniki O 1000 mm z betonu lub O 600 mm wykonanych z rury PE z klejonym dnem?” udzielił następującej odpowiedzi:

-,12. Zamawiający zgodnie ze STWiOR dopuszcza zastosowania zbiorników szczelnych, monolitycznych w przepompowniach przydomowych, wykonanych metodą rotacyjną z utwardzonego polietylenu, niełączonych, niespawalnych i niewierconych”.

Dowód: pismo z dnia 07.12.2012r. znak: ROO.271.21.4.2012.MS w aktach sprawy

Pismem z dnia 13.12.2012r. znak: R00.271.21.5.2.2012.MS Wójt Gminy Obrowo, powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pisząc:

1. Wykonawca w kosztorysie ofertowym w poz. 64 o nazwie „Montaż i rozruch przepompowni przydomowych” skazał cenę jednostkową 7.396,41 zł - prosimy o wyjaśnienie, jakie są koszty montażu jednej pompy i ile kosztuje pompa. Ponadto proszę wskazać parametry proponowanej pompy wraz z nazwą producenta. Pompy

należy wskazać w odniesieniu do przepompowni przydomowych jak i sieciowych” dowód: pismo z dnia 13.12.2012r. znak: ROO.271.21.5.2.2012.MS w aktach sprawy Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa zadawać powyższych pytań. Jak powyżej wykazano, zgodnie z zapisami SIWZ:

- „Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność za przekroczone koszty związane z wykonaniem prac będących przedmiotem niniejszego zamówienia”,
jak również:

„Uwaga !

Z uwagi na formę wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy nie będzie podlegać ocenie.”

Niezależnie od powyższego Odwołujący udzielił wyczerpującej odpowiedzi na konkretnie zadane pytania.

I tak, pismem znak: TR-18/12/12 z dnia 2012-12-18 Odwołujący poinformował Zamawiającego, że - koszt montażu jednej pompy w przydomowych przepompowniach ścieków wyliczony w oparciu o nakłady wg. KNR 7-07 0108 01 wraz z narzutami wynosi 256,41 zł netto- koszt jednej pompy to kwota 4 000,00 zł netto - w przepompowniach ścieków przydomowych i sieciowych przyjęto pompy firmy JUNG PUMPEN o parametrach podanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (załącznik nr. 4 do SIWZ)

Dowód: pismo znak: TR-18/12/12 z dnia 2012-12-18 w aktach sprawy

Niezależnie od powyższego, pismem z dnia 19.12.2012r. R00.271.21.6.2.2012.MS Wójt Gminy Obrowo, powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał ponownie Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 , wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pisząc:

1) Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących poz. 64 kosztorysu ofertowego („Montaż i rozruch przepompowni przydomowych”) wskazał cenę

jednostkową: koszt jednej pompy 4.000,00 zł (netto) koszt montażu wraz z narzutami 256,41 (netto) co daje 4.256,41 zł (netto), a w kosztorysie widnieje kwota 7.396,41 (netto) - prosimy o wyjaśnienie tych rozbieżności i określenie za co Wykonawca zamierza pobrać kwotę 3.140,00 zł (netto) którą ujął w pozycji 64 kosztorysu, a pominął w wyjaśnieniach.

2) Z załączonych do oferty dokumentów, a także ze złożonych wyjaśnień, nie wynika jednoznacznie jakie zostaną zamontowane zbiorniki w przydomowych oczyszczalniach ścieków. Dlatego też proszę o określenie producenta i jakiego typu Wykonawca zamierza zastosować zbiorniki. Zamawiający oczekuje by zbiorniki, zgodnie ze STWiOR oraz z odpowiedzią na pytanie nr 12 z dnia 07.12.2012r. udzieloną przez Zamawiającego, były szczelne, monolityczne, nie łączone, nie spawalne i nie wiercone, wykonane metodą rotacyjną z utwardzonego polietylenu.

Dowód: pismo z dnia 19.12.2012r. R00.271.21.6.2.2012.MS

Podtrzymując swoje stanowisko i zarzut wobec Zamawiającego, iż nie miał prawa zadawać powyższych pytań, Odwołujący ponownie udzielił wyczerpującej odpowiedzi na konkretnie zadane pytania. W odpowiedzi na w/w wezwanie Zamawiający pismem z dnia 21.12.2012r. znak: TR-21/12/12 wyjaśnił, że:

1) w udzielonych wyjaśnieniach - pismo nr. TR-18/12/12 z dnia 2012-12-18 nie ma żadnych rozbieżności pomiędzy ceną jednostkową zawierającą „ montaż i rozruch przepompowni przydomowych „ a kosztami elementów, na które składa się przepompownia ścieków. Zamawiający wezwał nas jedynie do określenia kosztu montażu jednej pompy i jej ceny, natomiast w skład montażu przepompowni ścieków wchodzi jeszcze koszty zawierające cenę zbiornika przepompowni i instalacji technologicznej. Właśnie na te pozostałe elementy przepompowni oferent przeznaczył kwotę 3.140,00 (netto).

2) uprzejmie informujemy, że zamierzamy zastosować zbiorniki spełniające wymogi zawarte w STWiOR oraz określone odpowiedzią na pytanie nr. 12 z dnia 07.12.2012 r. Zastosujemy zbiorniki firm spełniających określone przez Was wymagania. Posiadamy oferty producentów, w tym firmy Jung Pumpen.

Pragniemy stwierdzić, że oferowana przez nas cena na wykonanie całego zadania przewiduje zastosowanie materiałów i urządzeń określonych w STWiOR.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt. 7.1 ppkt 11 SIWZ kosztorys ofertowy opracowano metodą uproszczoną. Przyjęliśmy również do wiadomości Waszą uwagę, że ze względu na formę wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy nie będzie podlegać ocenie.

Dowód: z dnia 21.12.2012r. znak: TR-21/12/12 - w aktach sprawy

[...]

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

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

Izba ustaliła, iż w treści SIWZ zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofercie rozwiązań technicznych i materiałów, jakie zamierzają zastosować w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia. Oferta przedkładana w ramach niniejszego postępowania, w świetle zastanych postanowień SIWZ, stanowiła ogólne, złożone na formularzu ofertowym (stanowiącym zał. nr 1 do SIWZ), zobowiązanie do wykonania zamówienia w sposób zgodny z jego opisem zawartym w dokumencie przetargowym za zaoferowaną cenę. Taką też ofertę złożyła Rollstick. Również w ramach wymaganego jako załącznik do oferty uproszczonego kosztorysu ofertowego nie wymagano określania i dokładnego oznaczania zastosowanych urządzeń i materiałów. Załączony do oferty odwołującego kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a przynajmniej zamawiający nie był w stanie wskazać żadnych niezgodności jego treści z SIWZ.

Ponadto, jak wynika z treści rozdziału VII pkt 7.1 wiersz 11 tabeli na str. 8 SIWZ, zamawiający wyraźnie podkreślił, iż „kosztorys ofertowy nie będzie podlegał ocenie”. Na podstawie powyższego można przyjąć, iż kosztorys ofertowy miał w tym

przypadku jedynie znaczenie pomocnicze i informacyjne, natomiast nie określał i nie opisywał wiążącego strony przedmiotu czy zakresu zobowiązania ofertowego.

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 zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis 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/świadczania 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.

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).

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie wskazał i nie powołał żadnych, wyżej scharakteryzowanych, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podanie jako podstawy faktycznej odrzucenia oferty, że *„Wyjaśnienia oferenta dot. istotnych elementów przepompowni sieciowych i przydomowych oczyszczalni ścieków w odniesieniu do typu zbiorników oraz ich producentów są ogólne i nieprecyzyjne. Ponadto informacje uzyskane od Wykonawcy w wyjaśnieniach i od producentów przedmiotowego sprzętu rozbieżne, co nie gwarantuje zachowania parametrów określonych w STWiOR oraz w odpowiedziach Zamawiającego do pytań Wykonawców”* – oznacza co najwyżej wskazanie na niezgodność wyjaśnień wykonawcy z treścią SIWZ. Nie odnosi się natomiast w tym przypadku do treści oferty. Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 Pzp zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty.

Objaśniając powyższe, wskazać można na przyjmowane na rynku zamówień publicznych w dokumentach przetargowych, generalnie dwa odmienne sposoby konstruowania ofert (przy stosowaniu całego spektrum wariantów mieszanych i pośrednich).

W jednym wypadku zamawiający wymagają jedynie podania ceny oraz zaciągnięcia ogólnego zobowiązania do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ (czy to przez sam fakt złożenia oferty na wykonanie zamówienia w odpowiedzi na konkretne warunki przetargowe, czy przez złożenie odrębnej deklaracji w tym zakresie). W innym, żądane jest, podanie w ofercie, co konkretnie w ramach realizacji danego zamówienia zostanie wykonane, dostarczone, w jaki sposób, w jakim okresie... etc. (np. przez wskazanie w ofercie konkretnych, oznaczonych urzędzeń, opisanie sposobu wykonania zamówienia, załączenie do oferty kosztorysów zawierających oznaczenie stosowanych materiałów lub tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp... etc.).

W pierwszym z ww. wariantów na treść oferty, tzn. na zakres wynikającego z niej zobowiązania wykonawcy, składa się jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Wykonawca nie wskazuje w ofercie i nie zobowiązuje się do konkretnego świadczenia, ale pozostawiona mu zostaje pełna swoboda realizacji zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Do czasu realizacji zamówienia, a często nawet w jego trakcie (w zależności od

kształtu umowy w sprawie zamówienia), może dowolnie zmieniać przedmiot swojego świadczenia, poruszając się przy tym w ramach wymagań SIWZ, nie zmieniając przez to treści oferty i zaciągniętego w niej zobowiązania. Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z SIWZ, nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z art. 82 Pzp zamawiającemu.

Taki kształt ofert przewidywany jest np. często w przetargach na długotrwałe dostawy prostego sprzętu informatycznego, gdzie ze względu na szybki postęp na rynku wyrobów tego typu, zasadne i racjonalne jest niezwiązywanie się przez złożenie oferty określeniem konkretnych, będących przedmiotem dostawy urządzeń, ale zapewnienie pełnej elastyczności realizowanych sukcesywnie dostaw.

Inną zaletą przyjęcia takiego kształtu składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia ofert, jest znikome ryzyko ich odrzucenia ze względu na błędy wykonawców związane z ich przygotowaniem – w takim przypadku bardzo rzadko treść oferty, ze względu na jej prostotę i niewielki zakres podawanych tam informacji, jest niezgodna z SIWZ. Wadą powyższego może być natomiast przenoszenie ewentualnego sporu, co do zgodności przedmiotu ewentualnego świadczenia z SIWZ – który jako nieopisany w ofercie, nie może zostać zweryfikowany w trakcie oceny ofert – na etap realizacji zamówienia, kiedy to przyjęty przez wykonawcę sposób wykonania zamówienia okaże się niezgodny z SIWZ, a więc i z jego zobowiązaniem ofertowym, a w konsekwencji umowa w sprawie zamówienia będzie wykonywana nienależycie.

Natomiast w drugim z opisanych przypadków, wykonawca już od chwili złożenia i otwarcia oferty, w której opisał i sprecyzował swoje świadczenie, będzie zobowiązany do wykonania zamówienia zgodnie ze swoją ofertą, a jej treść, również w zakresie zawartego w niej opisu świadczenia, będzie podlegała ocenie pod względem zgodności z SIWZ w trakcie badania i oceny ofert, ze wszelkimi tego konsekwencjami.

Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu, zarówno co do zakresu zobowiązania (przedmiotu zamówienia), jak i sposobu jego wyrażenia i potwierdzenia w ofercie.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe należy przede wszystkim wskazać na znaczenie powoływanych postanowień SIWZ w niniejszym przetargu, odnoszących się do sposobu opisanego zobowiązania, które wykonawcy składając ofertę w ramach niniejszego postępowania zaciągali i do potwierdzenia jego zgodności (zgodności przedmiotu oferty) z wymaganiami zamawiającego.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż zamawiający w swoim dokumencie przetargowym przyjął pierwszy z opisywanych wyżej wariantów konstruowania oferty – nie wymagał w ofercie dokładnego opisanie i dookreślenia, co jest jej przedmiotem, ale wymagane, ofertowe zobowiązanie wykonawcy ukształtował li tylko przez odniesienie do swojej SIWZ. Wykonawcy w ofercie zobowiązywali się więc tylko do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nic więcej w treści

oferty nie musiało się znaleźć (poza przedkładanym informacyjnie uproszczonym kosztorysem).

Tak też zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Rollstick nie wskazał w jakim punkcie i zakresie treść oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, jakich dokumentów potwierdzających spełnianie merytorycznych warunków specyfikacji w niej brakuje lub w jaki sposób i w jakim zakresie nie odnosi się ona do opisu przedmiotu zamówienia lub w jaki sposób z jej treści wynika, że oferowany jest przedmiot świadczenia niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym wskazane i opisane przez zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty w istocie nie odnoszą się do niezgodności treści złożonej oferty i zakresu wynikającego z tej oferty zobowiązania, ale usiłują wykazać niezgodność (a właściwie niedookreśloność) planów wykonawcy, co do sposobu wykonania zamówienia, które Rollstick przedstawiała grzecznościowo zamawiającemu, w odpowiedzi na jego zapytania.

Jak już wyżej wskazano, nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Pismami wskazanymi w treści odwołania, zamawiający w istocie nie zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty, która pozostawała jasna i zakresowo zamknięta i dookreślona, a także zgodna z SIWZ, ale poprosił wykonawcę o sprecyzowanie jego ewentualnych planów związanych z realizacją zamówienia. Przez przedstawienie tego typu wyjaśnień wykonawca nie mógł natomiast zmienić treści swojego zobowiązania wyrażonego w ofercie, które pozostaje w mocy i ciągle obowiązuje go do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że w ofercie odwołującego nie występują niezgodności z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a czynność odrzucenia oferty odwołującego odbyła się z naruszeniem tego przepisu.

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 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....