

WYROK
z dnia 26 października 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016 roku przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: Balzola Polska sp. z o.o. (Lider), Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PKP Szybką Kolej Miejską w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Rajbud Sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: Balzola Polska sp. z o.o. (Lider), Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: Balzola Polska sp. z o.o. (Lider), Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: Balzola Polska sp. z o.o. (Lider), Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego – PKP Szybkiej Kolei Miejskiej w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 17 października 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015, poz. 2164 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum spółek w składzie: Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao w Hiszpanii (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego „Modernizacja peronu nr 1 na stacji Gdynia Chylonia” prowadzi Zamawiający PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 144-260311 z 28 sierpnia 2016 roku.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o. („RAJBUD”) pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu (dalej „SIWZ”).

Zaniechaniom Zamawiającego zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że oferta RAJBUD odpowiada treści SIWZ oraz poprzez prowadzenie przez Zamawiającego i wykonawcę RAJBUD negocjacji co do treści oferty RAJBUD.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem,
3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty RAJBUD jako oferty najkorzystniejszej,
- 4; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty RAJBUD;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes

w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w postępowaniu, doznał uszczerbku. Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert, a wyłącznie w wyniku dokonania naruszeń przez Zamawiającego oferta Odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący powziął informację o czynności Zamawiającego w dniu 7 października 2016 roku wskutek doręczenia przez Zamawiającego pisma z dnia 7 października 2016 roku stanowiącego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (Załącznik nr 7 do odwołania). Zważywszy na treść art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 7 października 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty RAJBUD jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Zgodnie z postanowieniem pkt. 4.2 SIWZ „Przedmiot zamówienia” Zamawiający wskazał, iż: „Zgodnie z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 PZP Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykonał samodzielnie - tj. bez udziału podwykonawców - roboty budowlane w zakresie określonym przez poniższe tomy Dokumentacji Projektowej (rozdział V niniejszej SIWZ):

- 1 Projekt budowlany Branża architektoniczno-konstrukcyjna - z wyłączeniem:
 - małej architektury,
 - urządzeń dźwigowych
- 2 Projekt budowlany Branża konstrukcyjna
- 3 Projekt budowlany Branża torowa
- 4 Projekt Wykonawczy Branża architektoniczna - z wyłączeniem:
 - małej architektury,
 - urządzeń dźwigowych
- 5 Projekt Wykonawczy Branża konstrukcyjna
- 6 Projekt Wykonawczy Branża torowa
- 7 ST: Tom II i III architektura i konstrukcja
- 8 ST: Tom IV roboty torowe

Jak wynika zatem z powyższego postanowienia pkt. 4.2. SIWZ Zamawiający wymagał, aby roboty w branży architektonicznej i konstrukcyjnej zostały wykonane przez samego Wykonawcę, bez udziału podwykonawców.

W pkt. 12 formularza oferty w postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani określić części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcom. Zgodnie z pkt. 12 formularza oferty wykonawcy RAJBUD, wykonawca ten wskazał, że:

„12. OŚWIADCZAMY, że następujące części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom: nazwa części zamówienia

1. Branża Architektura i Konstrukcja
2. Branża Elektryczna
3. Branża Telekomunikacyjna
4. Branża Sanitarna"

Porównanie postanowień pkt. 4.2 SIWZ (części zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania przez Wykonawcę) oraz pkt. 12 formularza oferty RAJBUD wyraźnie wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem woli złożonym przez wykonawcę RAJBUD w jego ofercie wykonawca ten powierzy podwykonawcom wykonanie części zamówienia - w zakresie robót obejmujących branżę „Branża Architektura i konstrukcja”, podczas gdy zgodnie z pkt. 4.2. SIWZ Zamawiający zastrzegł wykonanie robót w branży architektura i konstrukcja (Branża architektoniczno- konstrukcyjna/ Branża architektoniczna/ Branża konstrukcyjna/ architektura i konstrukcja) do wyłącznego wykonania bezpośrednio przez wykonawcę składającego ofertę.

Tym, samym, z treści oferty (oświadczenia woli) wykonawcy RAJBUD jednoznacznie wynika, że wykonawca ten nie wykona samodzielnie robót dotyczących branży „Architektura i Konstrukcja”, a tym samym oferta wykonawcy RAJBUD nie odpowiada treści pkt. 4.2 SIWZ i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jako oferta nieodpowiadająca treści SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 maja 2015 r. (KIO 857/15): *„Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy, usługi bądź też roboty budowlanej, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, parametrów minimalnych, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.”*

Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 PZP, określił sposób i warunki realizacji przedmiotu

zamówienia istotne z punktu widzenia Zamawiającego. Złożone przez wykonawcę RAJBUD oświadczenie o powierzeniu robót podwykonawcy w branży „Architektura i Konstrukcja”, pomimo że Zamawiający wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia w tej właśnie branży stanowi zatem o niezgodności oferty wykonawcy RAJBUD z SIWZ.

Odwołujący dodatkowo podkreślił, iż pismem z dnia 16 września 2016 roku Zamawiający wezwała wykonawcę RAJBUD m.in. do złożenia wyjaśnień w zakresie pkt. 12 oferty RAJBUD oraz oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom robót w branży „architektura i konstrukcja”. Zamawiający wskazał: „Prosimy o wyjaśnienie czy zamierzają Państwo powierzyć jakiegokolwiek prace w zakresie architektury i konstrukcji podwykonawcom. Czy podwykonawcy wykonywać będą całość prac ww. branży czy tylko konkretne roboty? Prosimy o dokładny wykaz robót”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 22 września 2016 roku wykonawca RAJBUD oświadczył, iż: „(...) z zakresu Architektura i Konstrukcja, Spółka zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie część zamówienia tj. w zakresie małej architektury i urządzeń dźwigowych”. Jednocześnie, w celu rozwiania jakichkolwiek wątpliwości, Rajbud oświadcza, że wykona samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców - roboty budowlane w zakresie określonym w punkcie 4.2. SIWZ, zastrzeżonym przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę, zgodnie z art. 36a ust 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Wskazana powyżej korespondencja prowadzona pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą RAJBUD, zmierzająca rzekomo do wyjaśnienia treści oferty, jest jaskrawym przykładem prowadzenia niedozwolonych na gruncie art. 87 ust. 1 PZP negocjacji dotyczących treści oferty złożonej przez wykonawcę RAJBUD. Poprzez oświadczenie złożone w piśmie z dnia 16 września 2016 roku wykonawca RAJBUD próbuje doprowadzić do zgodności oferty z postanowieniami SIWZ, przy czym takie działania należy uznać za zmianę treści oferty.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z treścią oferty wykonawcy RAJBUD nie ma żadnych wątpliwości, że nie wykona on samodzielnie robót w branży „Architektura i konstrukcja”, ale że powierzy ich wykonanie podwykonawcom, na co jednoznacznie wskazuje treść złożone w pkt. 12 oferty Rajbud oświadczenia: „(...) następujące części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom”. Z uwagi na jednoznaczność i kategoryczność złożonego oświadczenia, niezgodność oferty wykonawcy RAJBUD z SIWZ nie może zostać usunięta w drodze wyjaśnień, ponieważ takie wyjaśnienia prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty tego wykonawcy oraz nosiłyby znamiona nieuprawnionych, na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, negocjacji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą RAJBUD. Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym w wyroku KIO z dnia 6 lutego 2014 r. (KIO 96/14), iż „*Nieuprawnione jest w świetle art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo*

zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dokonywanie zmiany w zakresie podwykonawstwa po złożeniu oferty.”

Oświadczenie dotyczące podwykonawców jest oświadczeniem dotyczącym sposobu wykonania zamówienia, w szczególności jeżeli w treści oferty wykonawca kategorycznie oświadcza, że wykona zamówienia przy udziale podwykonawców w określonych branżach. Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO: *„Oświadczenie wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia i korzystania bądź nie z podwykonawców w trakcie jego realizacji jest elementem złożonej oferty i zmiana w tym zakresie oznacza zmianę sposobu wykonania zamówienia i naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).”*

Konieczność wykluczenia wykonawcy RAJBUD, w związku z oświadczeniem o powierzeniu części zastrzeżonej do osobistego wykonania przez wykonawcę oraz brak możliwości wyjaśnienia oferty w tym zakresie znajduje również potwierdzenie wyroku KIO z dnia 7 marca 2016 r. (KIO 221/16): *„Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla zamawiającego. Z tego też względu, co do zasady, nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 p.z.p., przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje, dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści.”*

Z uwagi na powyższą niezgodność z SIWZ oferta wykonawcy RAJBD powinna bezwzględnie podlegać odrzuceniu, jako oferta nieodpowiadająca wymaganiom określonym w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił jak w petitum.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców na wezwanie Zamawiającego, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 21 października 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**. Przystąpienie uznano za skuteczne, a Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że:

W punkcie 4.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia wykonany został zgodnie z wymaganiami SIWZ, czy czym zgodnie z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał samodzielnie – tj. bez udziału podwykonawców – roboty budowlane w zakresie określonym przez następujące tomy dokumentacji projektowej:

- 1 Projekt budowlany Branża architektoniczno-konstrukcyjna - z wyłączeniem:
 - małej architektury,
 - urządzeń dźwigowych
- 2 Projekt budowlany Branża konstrukcyjna
- 3 Projekt budowlany Branża torowa
- 4 Projekt Wykonawczy Branża architektoniczna - z wyłączeniem:
 - małej architektury,
 - urządzeń dźwigowych
- 5 Projekt Wykonawczy Branża konstrukcyjna
- 6 Projekt Wykonawczy Branża torowa
- 7 ST: Tom II i III architektura i konstrukcja
- 8 ST: Tom IV roboty torowe

Z oferty Przystępującego wynika, że następujące części zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcom: branża architektura i konstrukcja; branża elektryczna; branża telekomunikacyjna; branża sanitarna.

W dniu 16 września 2016 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących pierwotnej treści oferty. W formularzu oferty na karcie POTENCJAŁ, strona 1/3 wykonawca oświadczył, że posiada niezbędny potencjał techniczny i zrealizuje samodzielnie roboty budowlane w zakresie branży architektoniczno-konstrukcyjnej. Natomiast w punkcie 12 formularza oferty złożono oświadczenie, że część zamówienia - branża architektoniczno-konstrukcyjna zostanie powierzona podwykonawcom. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy wykonawca zamierza powierzyć jakiegokolwiek prace podwykonawcom w zakresie architektury i konstrukcji lub w pozostałych zakresach wskazanych w pkt 4.2. SIWZ albo czy prace mają dotyczyć wyłącznie małej architektury lub urządzeń dźwigowych..

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wskazał, że z zakresu Architektura i Konstrukcja zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie część zamówienia, tj. w zakresie małej architektury i urządzeń dźwigowych. Jednocześnie wykonawca w celu rozwiania jakichkolwiek wątpliwości, oświadczył, że wykona samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców roboty budowlane w zakresie określonym w punkcie 4.2. SIWZ, zastrzeżonym przez Zamawiającego do osobistego wykonania, zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Dodatkowo wykonawca przy składaniu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (część wyjaśnień objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) podał nazwy i zakresy robót, które wykonywane będą przy udziale podwykonawców. Przystępujący załączył do wyjaśnień stosowne oferty na wykonanie robót.

W dniu 7 października Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania i uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Na podstawie poczynionych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego

świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień SIWZ (w tym punktu 4.2. SIWZ oraz § 8 wzoru umowy) Zamawiający wymagał jako elementów obligatoryjnych treści oferty wypełnienia formularza ofertowego ze wskazaniem, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom oraz druku odnoszącego się do posiadanego przez wykonawcę potencjału, gdzie z kolei wykonawca miał określić i zobowiązać się, jakie elementy zamówienia wykonywał będzie samodzielnie. W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, zarówno druk formularza ofertowego, jak też druk odnoszący się do potencjału wykonawcy składały się na treść oferty w rozumieniu definicji pojęcia oferty *sensu largo*. Co za tym idzie, Zamawiający badając i oceniając poprawność i spójność oświadczeń wykonawcy znajdujących się w ofercie, musiał brać pod uwagę zasób wszystkich informacji wynikający ze złożonych oświadczeń. Tym samym więc, jeżeli treść obu złożonych oświadczeń, co do wiadomości, jakie części zamówienia będą wykonywane samodzielnie, a jakie przy udziale podwykonawców, mogła budzić wątpliwości, Zamawiający zobowiązany był powyższe wątpliwości wyjaśnić poprzez skierowanie do wykonawcy stosowanego wezwania.

W orzecznictwie podnosi się, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe

uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ (tak wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 147/15; podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 285/12).

Powyższe oznacza, że uzasadnienie niezgodności oferty z treścią SIWZ winno wykazać - obok kwestionowanego fragmentu oferty złożonej w postępowaniu - również odpowiadające temu fragmentowi wymagania określone w SIWZ. Dopiero zestawienie tych dwóch jednostek i stwierdzenie wystąpienia pomiędzy nimi niezgodności, która to niezgodność w myśl postanowienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawiona być nie może, prowadzić winno do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przy czym, jak słusznie zauważył S. Babiaryz, w tym przypadku znaczenie ma tylko materialna niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ, pod warunkiem jednak, że wymagania takie zostały w sposób jasny, wyraźny i z uwzględnieniem ich celu wprowadzenia w SIWZ wymienione (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Warszawa 2010, s. 420). Z zasady związania postanowieniami SIWZ płynie wniosek, że ani wykonawca nie ma obowiązku oferowania świadczenia o cechach wykraczających poza sformułowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, ani też zamawiający nie może oceniać ofert pod kątem spełniania przez nie wymagań, które nie były wyraźnie i wprost wyartykułowane w SIWZ (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1385/15).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający słusznie wystąpił do wykonawcy Przystępującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień w części dotyczącej zakresu podwykonawstwa przy wykonywaniu prac. Zgodzić można się z Odwołującym, iż zastosowana podstawa prawna wezwania (art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp) była niewłaściwa, to powyższe nie mogło zadecydować o uwzględnieniu odwołania. Dostrzeżenia wymaga, iż wezwanie o wyjaśnienie treści formularza ofertowego i formularza „Potencjał” powinno odwoływać się do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zastosowanie nieprawidłowej podstawy prawnej wezwania stanowi jedynie uchybienie o charakterze formalnym. Taka sytuacja nie oznacza jednak, że Zamawiający nie mógł przy ocenie oferty brać pod uwagę otrzymanych wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia nie stały w sprzeczności zarówno z treścią oferty, jak też treścią SIWZ. W ocenie Izby zastosowanie wezwania i złożone wyjaśnienia nie miały charakteru negocjacyjnego i nie doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty. Wyjaśnienia doprecyzowały w jakim zakresie (dopuszczonym przez postanowienia SIWZ) Przystępujący korzystał będzie z pomocy podwykonawców przy realizacji prac. Ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że wykonawca już po złożeniu oferty zmienił lub zmodyfikował swoje pierwotne oświadczenie będące częścią treści oferty. W ocenie Izby z wyjaśnień wynika, że w przypadku branży architektura i konstrukcja (zastrzeżonej przez

Zamawiającego w zdecydowanej większości do osobistego wykonania) Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom prace w dopuszczonym zakresie, to jest w zakresie prac związanych z małą architekturą i urządzeniami dźwigowymi. Niejasność obu oświadczeń Przystępującego znajdujących się na dwóch formularzach składających się na ofertę mogła wynikać z posługiwania się w przypadku formularza ofertowego nomenklaturą branży wynikającą z dokumentacji projektowej, natomiast w przypadku formularza „Potencjał” z powtórzenia na formularzu tabelarycznego zapisu punktu 4.2. SIWZ. Wskazanie w formularzu ofertowym, że prace w branży architektura i konstrukcja Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom, przy jednoczesnym określeniu w innym miejscu oferty, że prace w branży architektura i konstrukcja z wyłączeniem małej architektury i urządzeń dźwigowych wykonywane będą samodzielnie niewątpliwie w ocenie Izby wymagało wyjaśnienia. Jak już zauważono w uzasadnieniu orzeczenia, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie stanowiły zmiany treści pierwotnej oferty, nie mogły więc spowodować konieczności odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wyjaśnienia były ze sobą spójne, wskazywały, że w zakresie dopuszczalnym w przypadku branży określonej jako „architektura i konstrukcja” Przystępujący prace związane z małą architekturą i urządzeniami dźwigowymi powierzy podwykonawcom, natomiast wszelkie inne roboty w danej branży wykonywał będzie samodzielnie. Zdaniem składu orzekającego Izby nie doszło do zmiany treści oferty, co najwyżej do doprecyzowania zakresu prac, przy których uczestniczyli będą podwykonawcy. Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, nawet po złożeniu dodatkowych wyjaśnień, nadal istnieje, ponieważ Zamawiający nie dokonał żadnych poprawek w ofercie. W ocenie Izby takie działania Zamawiającego nie były konieczne. Formularz ofertowy nie wymagał modyfikacji treści oświadczenia woli Przystępującego. Co więcej, Odwołujący nie określił w jaki sposób poprawa formularza miałyby się odbyć lub też dlaczego takie działanie uznać należy za niedopuszczalne. Na rozprawie Zamawiający słusznie zauważył, że wykonawcy w ofertach w różny sposób określali zakres prac podwykonawców, posługując się nazwami branż, określając szczegółowo roboty, podając nazwy części z dokumentacji projektowej. Nie było więc jednego, uniwersalnego wzoru, który należało zastosować i według którego należało oceniać adekwatność treści oferty do treści SIWZ. Zdaniem Izby Zamawiający słusznie dopytał o intencje wykonawcy w zakresie określeń użytych w formularzu ofertowym, a skoro intencje te odpowiadały zapisom punktu 4.2. SIWZ, prawidłowo oceniono zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Nie zachodziła konieczność podjęcia dodatkowych czynności ze strony Zamawiającego w odniesieniu do treści oferty.

Konkludując, dostrzeżenia wymaga, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot robót budowlanych, dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Zaistnienia takiego rodzaju nieprawidłowości w ofercie Przystępującego strona Odwołująca nie wykazała i nie udowodniła, dlatego też odwołanie podlegało oddaleniu.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tezy zaprezentowanej w odwołaniu. W postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: