

Sygn. akt: KIO 1714/10

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grupę 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa** od czynności Zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka, ul. Prosta 30, 25-371 Kielce** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa jakości i dostępności usług medycznych w Województwie Świętokrzyskim poprzez rozbudowę kompleksu szpitalnego Świętokrzyskiego Centrum Matki i Noworodka w Kielcach oraz zakup nowoczesnej aparatury medycznej”

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie równoważności zaoferowanych zaworów, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka, ul. Prosta 30, 25-371 Kielce i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00** gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Grupa 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00** gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka, ul. Prosta 30, 25-371 Kielce** na rzecz **Grupa 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 27 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1714/10

Zamawiający – Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka, ul. Prosta 30, 25-371 Kielce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa jakości i dostępności usług medycznych w Województwie Świętokrzyskim poprzez rozbudowę kompleksu szpitalnego Świętokrzyskiego Centrum Matki i Noworodka w Kielcach oraz zakup nowoczesnej aparatury medycznej”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **18.06.2010 r.** Zamawiający zamieścił ogłoszeni o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W dniu **06.08.20120 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania przez Odwołującego, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego – Odwołujący w przesłanym uzupełnieniu wykazu materiałów i urządzeń z podaniem oznaczeń umożliwiającym zdefiniowanie ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego m.in. w poz.: od 77 do 81 i poz. 83 oraz od 108 do 111 na oznaczenie wyrobu przyjął dla każdej wymienionej pozycji „opis oznaczenia” w postaci „zgodnie z projektem”. Zdaniem Zamawiającego odwołania się do projektu nie może uznać za podanie oznaczenia wyrobu bowiem projekt w zakresie tych wyrobów takich oznaczeń nie zawiera. Nie jest także możliwe, w ocenie Zamawiającego, w związku z tym ustalenie, czy proponowany wyrób odpowiada wymaganiom Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z wymaganiami SIWZ rozdział IX pkt 5.7. wymagane było podanie dla danego wyrobu nazwy fabrycznej i oznaczenia. W zakresie ww. pozycji wyrobów, pomimo wymogu Odwołujący nie podał w uzupełnieniu wymaganych oznaczeń.

Ponadto Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż Odwołujący w swojej ofercie na str. 138 (wykaz materiałów) zaproponował dla poz. od 51 do 54 jako produkty równoważne zawory przelotowe skośne regulacyjne – KOMBI 3 PLUS Honeywell, wobec opisanych w projekcie wykonawczym Instalacja C.T. (rysunek S-22 – S-23) zaworów przelotowych i zwrotnych STROMAX nie załączając do oferty zgodnie z wymogami SIWZ rozdz. II pkt 6 i

rozd. XI pkt 5.8. wykazu zawierającego materiały, urządzenia i sprzęt zawarte w dokumentacji wraz z podaniem ich równoważników (nazwy materiałów, urządzeń i sprzętu zaproponowanego w ofercie) wraz z załączeniem charakterystyk oraz dokumentów potwierdzających równoważność zaproponowanych urządzeń, materiałów i sprzętu.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **11.08.2010 r.** Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad określonych w:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Budowlano -Usługowo - Handlowe, AGAT Sp. z o.o., 25 - 320 Kielce, ul. Domaszowska 106
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie ze względu na błędne przyjęcie, iż należało odrzucić ofertę Odwołującego w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z treścią SIWZ,
3. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej równoważność zaoferowanych urządzeń w stosunku do urządzeń opisanych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie za nieważną czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 06.08.2010 r. otrzymał faxem pismo Zamawiającego znak: 443/2010 informujące o odrzuceniu jego oferty, zatem niniejsze odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem terminu o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, iż posiada interes prawny w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Zarzuty podnoszone w treści odwołania dotyczą czynności odrzucenia oferty i zawierają żądanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Zważywszy, że oferta Grupy 3J S.A. jest ofertą najtańszą, a jej przywrócenie do postępowania jako ważnej daje odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia, oznacza to wypełnienie materialnoprawnej przesłanki dotyczącej uszczerbku interesu prawnego wykonawcy Grupa 3J S.A.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że art. 7 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do prowadzenia procedury w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przestrzegania zasady bezstronności i obiektywizmu. Powyższa elementarna zasada udzielania zamówień publicznych została

naruszona, zdaniem Odwołującego, w wyniku nieuprawnionej czynności odrzucenia oferty Grupa 3J S.A. w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2

1. Odwołujący wskazał, iż jako pierwszy argument stanowiący podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał: „*W odpowiedzi na wezwanie na mocy art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego - Wykonawca w przesłanym uzupełnieniu wykazu materiałów i urządzeń z podaniem oznaczeń umożliwiających zdefiniowanie ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego min. w poz.: od 77 do 81 i poz.83 oraz od 108 do 111 na oznaczenie wyrobu przyjął dla każdej wymienionej pozycji „opis oznaczenia” w postaci „zgodnie z projektem” Odwołanie się do projektu nie można uznać za podanie oznaczenia wyrobu bowiem projekt w zakresie tych wyrobów takich oznaczeń nie zawiera. Nie jest możliwe w związku z tym ustalenie czy proponowany wyrób odpowiada wymaganiom Zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z postanowieniem SIWZ rozdz. XI pkt. 5.7 wymagane było podanie dla danego wyrobu nazwy fabrycznej i oznaczenia. W zakresie ww. pozycji wyrobów, pomimo wymogu Wykonawca nie podał w uzupełnieniu wymaganych oznaczeń.*”

W ocenie Odwołującego powyższe uzasadnienie faktyczne zawiera w sobie szereg sprzeczności.

Odwołujący wskazał, iż w punkcie 5.7. SIWZ Zamawiający zawarł zapis: „Do kosztorysu należy załączyć wykaz wyrobów (materiały i urządzenia) przewidzianych do wbudowania z podaniem dla każdego wymienionego wyrobu (z wyjątkiem masowych np: .cement, wapno, cegła itp) nazwy fabrycznej oraz oznaczenia, które zapewnia możliwość zdefiniowania ich zgodności jakościowej z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego powyższy zapis SIWZ w sposób jednoznaczny wskazuje, że Zamawiający postawił wymóg załączenia do oferty zestawienia materiałów w celu potwierdzenia, iż oferowane materiały są zgodne z wymaganiami jakie zostały opisane w dokumentacji przetargowej.

Zdaniem Odwołującego skoro w zakresie spornych pozycji tj.: od 77 do 81 i poz.83 oraz od 108 do 111 gdzie, jedyny wymóg jaki został opisany przez Zamawiającego w SIWZ dotyczył wyłącznie producenta tych wyrobów bez podania konkretnego wymaganego typu urządzenia a Odwołujący zgodnie z treścią tych wymagań wskazał tego samego producenta tych wyrobów - to nieuprawnionym i nielogicznym jest zarzut, iż w tej sytuacji „*nie jest możliwe ustalenie czy oferowany wyrób odpowiada wymaganiom Zamawiającego*”

Użycie przez Odwołującego sformułowania „zgodnie z projektem” odnosi się bowiem dokładnie do zakresu postawionych przez Zamawiającego wymagań tj. wyrobów producenta wskazanego w dokumentacji projektowej. Odwołujący wskazał, że w tej sytuacji wskazanie jakiegokolwiek oznaczenia wyrobu z katalogu producenta nie mogłoby być oceniane i tym samym kwestionowane przez zamawiającego, gdyż w dokumentacji przetargu brak jest odniesienia (typu, oznaczenia) umożliwiającego porównanie zgodności jakościowej z wymaganiami zamawiającego. Tym samym każdy wyrób z zalecanego w projekcie katalogu producenta spełnia postawione w SIWZ wymagania Zamawiającego a podanie oznaczenia lub typu ma wyłącznie charakter informacyjny, bez wpływu na ocenę oferty pod względem jej zgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji nie można przyjąć podstawy prawnej, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 wskazującej na to, iż treść oferty nie odpowiada postanowieniom SIWZ. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi tylko wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy, tj. zakresu przedmiotowego i podmiotowego zobowiązania, przedmiotu świadczonej usługi, warunków płatności, terminów realizacji usługi, wynagrodzenia oraz innych istotnych składników przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujętych w istotnych postanowieniach umowy mającej wiązać strony.

Odwołujący wskazał, iż w takiej sytuacji nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający, na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania, w tym przypadku nie wskazał swoich konkretnych wymagań, co do typu lub oznaczenia wyrobów. Brak należytej staranności Zamawiającego nie może obciążać wykonawcy, który działając w zaufaniu do wymagań SIWZ, złożył ofertę zgodną z jej literalną treścią.

Tym samym w ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie miała uzasadnienia w ocenie merytorycznej oferty, a stała się skutkiem sformalizowanego podejścia do zapisów SIWZ. Formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wyłonienie wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę za realizację przedmiotu zamówienia.

2. Odwołujący wskazał, iż jako drugi argument stanowiący podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał: *„Wykonawca w swojej ofercie na str. 138 (wykaz materiałów) zaproponował dla poz. od 51 do 54 jako produkty równoważne zawory przelotowe skośne regulacyjne - KOMBI 3 PLUS Honeywell, wobec opisanych w projekcie wykonawczym Instalacja C.T. (rysunek S-22 i S-23) zaworów przelotowych i zwrotnych STROMAX nie załączając do oferty zgodnie z wymogami SIWZ rozdz. II pkt. 6 i rozdz. XI pkt.*

5.8 wykazu zawierającego materiały, urządzenia i sprzęt zawarte w dokumentacji wraz z podaniem ich równoważników (nazwy materiałów, urządzeń i sprzętu zaproponowanych w ofercie) wraz załączeniem charakterystyk oraz dokumentów potwierdzających równoważność zaproponowanych urządzeń, materiałów i sprzętu."

Zdaniem Odwołującego przytoczona przez Zamawiającego formalna podstawa odrzucenia oferty Odwołującego jest całkowitą niekonsekwencją w stosunku do poprzedniej czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu materiałów.

Zamawiający naruszył w tym przypadku przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej równoważność zaoferowanych urządzeń w stosunku do urządzeń opisanych w SIWZ.

Dokumenty te są bowiem dokumentami o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. potwierdzające, iż oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, co przesądza, że w przypadku ich braku, należy zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący wskazał uzasadnienie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1571/09): „(...) należy rozróżnić dwie powiązane ze sobą, a jednak odrębne sytuacje i związane z nimi skutki prawne: rzeczywista zgodność/równoważność zaoferowanego urządzenia z SIWZ oraz wykazanie/brak wykazania takiej równoważności za pomocą dokumentów załączonych do oferty. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz rozstrzygnięciu protestu zamawiający zdaje się tu odwracać stosunek wynikania, przyjmując, iż braku dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających równoważność można wywodzić materialny wniosek, że zaproponowane rozwiązania są rzeczywiście nierównoważne, a oferta tym samym nie odpowiada w swojej treści SIWZ. Tymczasem dedukcyjne wnioskowanie zachodzi jedynie w przeciwnym kierunku -jeżeli, coś jest nierównoważne, to na pewno nie zostało wykazane, że jest równoważne, ale nie na odwrót. Tymczasem obowiązujące w tym zakresie, dotyczące oceny i badania ofert przepisy ustawy, zastrzegają uprzednie podjęcie określonych czynności, które są koniecznym warunkiem dla zaistnienia w procesie oceny ofert pewności co do niezgodności treści oferty z treścią siwz lub przynajmniej pewnych domniemań faktycznych w tym zakresie (przyjmowanych w związku z brakiem wykazania równoważności przez wykonawcę), i w konsekwencji pozwolą zastosowań dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Mianowicie, w przypadku gdy równoważność potwierdzana jest i ma być, co do założenia, przez karty katalogowe producentów sprzętu, które należy zakwalifikować jako dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. dokumenty potwierdzające, iż

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, to w przypadku ich braku lub wątpliwości, co do informacji w nich zawartych, należy zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp i dokonać stosownych wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie. Również sama treść oferty, tzn. oferta w jej aspekcie materialnym, traktowana jako oświadczenie woli wykonania określonego zamówienia na wskazanych zasadach wraz z wszelkimi dokumentami i informacjami, które zobowiązanie wykonawcy precyzują i dookreślają, przed ewentualnym jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winna podlegać stosownym poprawkom, czy wyjaśnieniom przewidzianym w art. 87."

W ocenie Odwołującego odrzucenia oferty nie można dokonywać w sprzeczności z art. 5 ustawy Kodeks cywilny, zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Powyższe znajduje swoje uzasadnienie, zdaniem Odwołującego, w orzecznictwie sądowym, jak również Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał, iż przyjęta przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty Odwołującego się wykonawcy jest w tym przypadku czynnością całkowicie niezrozumiałą i nieuprawnioną. Zgodnie z art. 58 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, dokumentacją projektową, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia

2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazania powtórnego badania, oceny ofert, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Grupa 3J S.A., treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Zamawiający pismem z dnia 06.08.2010 r. poinformował wykonawców na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy Pzp o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuconych w przedmiotowym postępowaniu ofertach. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał dwie podstawy faktyczne odrzucenia. W zakresie pierwszej przesłanki zostało wskazane, iż Odwołujący w uzupełnionym na wezwanie wykazie materiałów i urządzeń nie wskazał dla pozycji od 77 do 81, poz. 83 oraz od 108 do 111 oznaczenia wyrobu, co w ocenie Zamawiającego uniemożliwia ustalenie, czy proponowany przez wykonawcę wyrób odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Jako drugą przesłankę Zamawiający wskazał, iż w ofercie Odwołującego brak jest dokumentów na potwierdzenie równoważności zaproponowanych zaworów przelotowych skośnych regulacyjnych KOMBI 3 PLUS Honeywell.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że przedmiot zamówienia według kodu CPV obejmuje: 45215140-0 – roboty budowlane w zakresie obiektów szpitalnych; 45232460-4 – roboty sanitarne oraz 45310000-3 – roboty instalacyjne elektryczne. Powyższe wynika również z treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18.06.2010 r. Nr ogłoszenia 158031-2010.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale IX SIWZ w pkt 5 (inne dokumenty wymagane w postępowaniu przez Zamawiającego) ppkt 5.7. w zdaniu drugim zawarł następujący zapis: „Do kosztorysu należy załączyć wykaz wyrobów (materiały i urządzenia) przewidzianych do wbudowania z podaniem dla każdego wymienionego wyrobu (z wyjątkiem masowych np. cement, wapno, cegła itp.) nazwy fabrycznej oraz oznaczenia, które zapewnia możliwość zdefiniowania ich zgodności jakościowej z wymaganiami Zamawiającego (dopuszcza się możliwość przedłożenia katalogów lub kart produktu producenta). Forma dokumentu: kosztorys oryginał, a dla katalogów lub kart produktu kopie (nie wymaga się potwierdzenia za zgodność z oryginałem)”.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale IX SIWZ w pkt 5 (inne dokumenty wymagane w postępowaniu przez Zamawiającego) ppkt 5.8. zawarł następujący zapis: „Wykonawca niezależnie od powyższego, dla wyrobów równoważnych, stosownie do zapisu w rozdz. II pkt 5 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego do kosztorysu ofertowego

załącza także opisy urządzeń technicznych i wyrobów równoważnych wraz z ich parametrami technicznymi przewidzianych do wbudowania (zamontowania) w ramach realizacji zamówienia odpowiadających co najmniej wymaganiom techniczno – jakościowym określonym w dokumentacji projektowej (dopuszcza się możliwość przedłożenia katalogów lub kart produktu) producenta. Forma dokumentu: opisy sporządzone przez Wykonawcę oryginał, katalogi lub karty produktów – kopie (nie wymaga się potwierdzenia za zgodność z oryginałem)”.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 20.07.2010 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, w tym m.in.: wykazu wyrobów (materiały i urządzenia) wskazanego w rozdziale XI pkt 5.7. SIWZ.

Odwołujący wraz z pismem z dnia 26.07.2010 r. uzupełnił złożoną ofertę m.in. o wykaz materiałów. W powyższym wykazie, w zakresie wskazanym w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego dla następujących pozycji: 77-81 (baterie natryskowe, zlewozmywakowe i umywalkowe), poz., 83 (kabiny natryskowe) oraz 108 – 111 (urządzenia sanitarne porcelanowe typu kompakt, zlewozmywaki ze stali nierdzewnej oraz zlewy żeliwne emaliowane) wskazał nazwę producenta, zaś w kolumnie dotyczącej typu urządzenia wskazał: „zgodnie z projektem”.

Izba ustaliła ponadto, iż projekt wykonawczy rozbudowy budynku Świętokrzyskiego Centrum Matki i Noworodka o blok operacyjny – branża sanitarna, stanowiący załącznik do SIWZ, zawiera szczegółowe zestawienie wyrobów sanitarnych, w których zostały wskazane następujące informacje: nazwa wyrobu, ilość, proponowany producent, wytyczne montażowe oraz dla niektórych pozycji numery katalogowe wyrobów. Powyższe zapisy dokumentacji projektowej odnoszą się do kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji uzupełnionych przez Odwołującego wykazu, tj. pozycji: 77-81 (baterie natryskowe, zlewozmywakowe i umywalkowe), poz., 83 (kabiny natryskowe) oraz 108 – 111 (urządzenia sanitarne porcelanowe typu kompakt, zlewozmywaki ze stali nierdzewnej oraz zlewy żeliwne emaliowane).

Powyższe, w odniesieniu do wykazu materiałów i urządzeń załączonego wraz z ofertą złożoną przez Odwołującego, zostało również potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy. Dla przykładu Zamawiający wskazał na pozycję nr 102 (umywalki porcelanowe) zawartą na stronie 183 oferty Odwołującego, w której to pozycji jest nazwa producenta i zapis zgodnie z projektem, a w projekcie podany jest numer katalogowy dla tego wyrobu.

Izba wskazuje, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ przy jednoczesnym uwzględnieniu zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przesłanek faktycznych. Przesłanki faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu powyższego zarzutu. Tym samym Izba poddała ocenie fakt, czy stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia w ofercie Odwołującego i uzupełnionych przez niego wykazach materiałów i urządzeń powodują, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać w odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy, iż każdy dokument lub oświadczenie składane przez wykonawcę wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być przedmiotem uzupełnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takim wypadku istotne znaczenie ma kwalifikacja żądanych przez Zamawiającego w toku postępowania dokumentów oraz oświadczeń.

1. W odniesieniu do pierwszej przesłanki faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. Zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposobu realizacji przedmiotu umowy winien być zgodny z opisanym w treści SIWZ i załącznikami do niej przedmiotem zamówienia. Jednakże w przypadku przedmiotu zamówienia mamy w ustawie Prawo zamówień publicznych do czynienia ze specyficznymi regulacjami. Otóż wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego może przedkładać w ofercie własne oświadczenia (harmonogramy rzeczowo – finansowe, kosztorysy, plany, koncepcje, projekty itp.) oraz dokumenty własne lub wystawione przez podmioty trzecie (aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty, specyfikacje techniczne, katalogi, foldery, itp.). Powyższe przykładowe pozycje nie stanowią jednak katalogu zamkniętego, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego określonych dokumentów i oświadczeń. Jednakże powyższy przepis, na skutek poprzedzenia zawartego w jego treści wykazu zwrotem „w szczególności” wskazuje, iż wykaz ten ma jedynie charakter przykładowy, tj. nie stanowi on katalogu zamkniętego.

Ze względu na istniejące pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym rozbieżności interpretacyjne dotyczące roli oraz możliwości uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, tj. oświadczeń oraz dokumentów przedkładanych wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego należy wskazać na istotę i znaczenie tych dokumentów.

Po pierwsze zasadniczy wpływ na możliwość uznania i przyjęcia, iż mamy do czynienia z dokumentem lub oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O powyższym decyduje każdorazowo rola jaka została nadana tego rodzaju dokumentom i oświadczeniom przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu bądź SIWZ.

W przedmiotowym stanie faktycznym spór pomiędzy Stronami dotyczy wykazu wyrobów (materiałów i urządzeń) oraz dokumentów przedkładanych przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich materiały i urządzenia są równoważne w odniesieniu do wskazanych przykładowo w treści dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ.

Biorąc pod uwagę ustalony przez Izbę stan faktyczny przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.). Zgodnie z powyższą definicją przez roboty budowlane, w rozumienia ustawy Prawo budowlane, należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Izba ustaliła również na podstawie treści SIWZ (rozdział II przedmiot zamówienia), iż roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia objęte są decyzją - pozwoleniem na budowę Nr 190/2009 z dnia 29.04.2009 r. Należy również wskazać, iż umowa o roboty budowlane jest umową stypizowaną i została uregulowana w tytule XVI (umowa o roboty budowlane) obejmujących przepisy art. 647 - 658 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Umowa o roboty budowlane stanowi odmianę umowy o dzieło – posiada więc ona charakter umowy rezultatu. Zgodnie z art. 10 ustawy Prawo budowlane wyroby wytworzone w celu zastosowania w obiekcie budowlanym w sposób trwały, o właściwościach użytkowych, umożliwiających prawidłowo zaprojektowanym i wykonanym obiektom budowlanym spełnienie wymagań podstawowych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, można stosować przy wykonywaniu robót budowlanych wyłącznie, jeżeli wyroby te zostały wprowadzone do obrotu zgodnie z przepisami odrębnymi. Na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane obiekt budowlany wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i

budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając spełnienie wymagań podstawowych dotyczących: bezpieczeństwa konstrukcji, bezpieczeństwa pożarowego, bezpieczeństwa użytkowania, odpowiednich warunków higienicznych i zdrowotnych oraz ochrony środowiska, ochrony przed hałasem i drganiami, jak również odpowiedniej charakterystyki energetycznej budynku oraz racjonalizacji użytkowania energii.

Przy uwzględnieniu przepisów ustawy Prawo budowlane oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych należy wskazać, iż realizowane przez wykonawców w ramach robót budowlanych dostawy urządzeń i materiałów stanowią element wtórny i decydują *de facto* o tym, czy zasadniczy przedmiot zamówienia – a więc roboty budowlane zostanie wykonany z materiałów o pożądanych właściwościach funkcjonalnych, ergonomicznych, higienicznych oraz jakościowych. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż rodzaj i właściwości zastosowanych wyrobów budowlanych przesądzą o właściwościach samego przedmiotu zamówienia, tj. potwierdzają, czy oferowane przez wykonawcę roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Jednakże to nie dostawy i usługi są przedmiotem zamówienia, co oznacza również, iż ich rola w ocenie powyższego faktu nie ma pierwszorzędного znaczenia.

Zdaniem Izby, wobec powyższego, składane wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia wskazujące na rodzaj oraz właściwości oferowanych przez wykonawców materiałów i urządzeń przewidzianych do realizacji robót budowlanych – stanowiących zasadniczy przedmiot zamówienia oraz przeznaczonych do trwałego wbudowania w obiekt budowlany należy zakwalifikować jako dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Do takich oświadczeń należy zakwalifikować, w ramach niniejszego stanu faktycznego, również wskazany w rozdziale XI pkt 5 (Inne dokumenty wymagane w postępowaniu przez Zamawiającego) w ppkt 5.7. wykaz wyrobów. Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść powyższego zapisu, który wskazuje, iż: „do kosztorysu należy załączyć wykaz wyrobów (materiały i urządzenia) przewidzianych do wbudowania z podaniem dla każdego wymienionego wyrobu (z wyjątkiem masowych np. cement, wapno, cegła itp.) nazwy fabrycznej oraz oznaczenia, które zapewnią możliwość zdefiniowania ich zgodności jakościowej z wymaganiami Zamawiającego (...)”.

Należy także wskazać, iż zamawiający każdorazowo dokonując opisu przedmiotu zamówienia może ująć w nim dwa rodzaje postanowień. Jednym z nich są postanowienia obejmujące elementy przedmiotu zamówienia, które stanowią treść merytoryczną SIWZ i mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tj. nie mogą ulec modyfikacji przez wykonawców. Do takich elementów można przykładowo zaliczyć: termin realizacji przedmiotu zamówienia, wiążący dla wykonawców zakres funkcjonalności, jak również

parametry graniczne dla oferowanych urządzeń. W tym zakresie zamawiający nie pozostawia wykonawcom w zasadzie żadnej dowolności i możliwości odrębnego kształtowania tego rodzaju elementów, tj. przy braku możliwości złożenia oferty wariantowej lub braku przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert każde odstępstwo powodujące, iż tego rodzaju elementy przedmiotu zamówienia nie zostaną w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy potwierdzone będzie stanowiło o niezgodności treści merytorycznej oferty z treścią SIWZ. Do drugiego rodzaju elementów oferty dotyczących przedmiotu zamówienia należą oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą w celu wykazania przez wykonawców, iż oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Dla tego rodzaju dokumentów zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich formy i treści, gdyż z treści powyższych dokumentów i oświadczeń winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Są one zatem swego rodzaju środkami dowodowymi, którymi wykonawca wykazuje spełnienie pożądanego przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia. Powyższe dokumenty i oświadczenia mogą zostać sporządzone przez samego wykonawcę i mogą obejmować przykładowo dokumentację techniczną lub wszelkiego rodzaju oświadczenia, do których zaliczyć można m.in. deklaracje zgodności. W drugiej grupie mogą zostać zawarte dokumenty sporządzone przez podmioty trzecie (np. jednostki certyfikujące wystawiające certyfikaty jakości, wytwórców wyrobów wystawiający deklaracje zgodności bądź podmioty wystawiające aprobaty techniczne). Tym samym, ze względu na wskazane powyżej przykłady, dla określenia, czy mamy do czynienia z dokumentem wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia fakt, jaki podmiot jest ich wystawcą, jak również nie ma znaczenia rodzaj tego dokumentu lub jego forma. Jak wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp każde oświadczenie bądź dokument składane przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego może być przedmiotem wezwania na podstawie powyższego przepisu. I choć wyżej wskazane dokumenty nie stanowią treści oferty to potwierdzają one w sposób pośredni, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Dokumenty te pozwalają ocenić, iż oferowana przez wykonawcę dostawa, usługa lub robota budowlana jako taka spełnia oczekiwania zamawiającego.

W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu przedmiotem świadczenia nie jest dostawa urządzeń i materiałów, lecz wykonanie określonych robót budowlanych. Wobec powyższego wszelkie dokumenty i oświadczenia dotyczące materiałów i urządzeń przeznaczonych do realizacji tychże robót są składane celem wykazania, iż oferowane przez wykonawcę roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Wszakże wykonawca robót budowlanych nie oferuje dostawy określonych materiałów budowlanych oraz urządzeń, lecz oferuje wykonanie określonego obiektu budowlanego lub określonych robót w istniejącym już obiekcie przy użyciu określonych materiałów i urządzeń, które tym samym

decydują o jakości i prawidłowości realizacji świadczenia polegającego na zrealizowaniu tychże robót. Niniejszym należy uznać, iż załączone przez wykonawców w ramach danego postępowania, którego przedmiotem są roboty budowlane, dokumenty wystawione przez podmioty trzecie (aprobaty techniczne, certyfikaty, deklaracje zgodności, karty katalogowe, specyfikacje techniczne), jak również załączone przez niego własne oświadczenia (deklaracje zgodności, wykazy materiałów i urządzeń, specyfikacje techniczne) nie stanowią merytorycznej treści oferty, lecz są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ramach ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż wykaz wyrobów i urządzeń, żądany przez Zamawiającego w oparciu o rozdział XI pkt 5 ppkt 5.7. zdanie drugie, stanowi oświadczenie wykonawcy przedkładane w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a zatem jest on dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, iż brak było obowiązku wezwania do jego uzupełnienia, wskazuje, że dokument ten objęty jest obowiązkiem wezwania zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo przy uwzględnieniu specyfiki dla postępowań na roboty budowlane ocena charakteru dokumentów pod względem ich kwalifikacji wskazuje na odmienną i specyficzną postępowania dla tego rodzaju przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie za merytoryczną treść oferty w postępowaniu na roboty budowlane należy uznać wszelkie oświadczenia dotyczące jakości, ilości, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac) czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia. Pozostałe dokumenty i oświadczenia składane w odniesieniu do urządzeń i materiałów niezbędnych do wykonania robót budowlanych należy uznać za dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu wykazania, iż roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymagania określone przez zamawiającego, tj. dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego identyczny status posiadają żądane przez Zamawiającego na podstawie rozdziału XI pkt 5 ppkt 5.8. dokumenty i oświadczenia potwierdzające równoważność zaoferowanych przez wykonawcę wyrobów (urządzeń i materiałów).

Izba za istotne dla przedmiotowego rozstrzygnięcia uznała oświadczenia złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy, z którego wynika, iż wykaz miał jedynie służyć ocenie, że urządzenia i materiały zaoferowane w ofertach wykonawców, odpowiadają wymaganiom Zamawiającego zawartym w SIWZ. Powyższe oświadczenie, zdaniem Izby, znajduje swoje potwierdzenie w treści SIWZ.

Tym samym Izba uznała również, iż przedłożony w ramach uzupełnienia przez Odwołującego wykaz wyrobów i urządzeń potwierdza, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W ocenie Izby, jest to konsekwencją faktu, iż w przypadku dokonania w danym postępowaniu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej odwołanie się przez wykonawcę do tej dokumentacji w zakresie zaoferowanych rozwiązań, technologii, urządzeń oraz materiałów jest wystarczające do uznania, iż wykonawca ten zaoferował rozwiązania, technologie, urządzenia oraz funkcjonalności zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenia oferty. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jak wynika z art. 31 ust. 4 ustawy Pzp ww. ustawa zawiera delegację ustawową upoważniającą ministra właściwego do spraw budownictwa do określenia w drodze rozporządzenia szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Tym samym ustawodawca w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych postawił przez podmiotami zamawiającymi wyższe wymagania i dokonał szczegółowego określenia dokumentacji przy pomocy której zamawiający winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia. Należy również wskazać, iż projekt wykonawczy, wchodzący w skład dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi najbardziej szczegółowe opracowanie projektowe, przy pomocy którego zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane.

Nie ulega żadnej wątpliwości, iż dokumentacja projektowa stanowi integralną część SIWZ i stanowi jej treść w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartych w opracowanej dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Tym samym, w ocenie Izby, odwołanie się przez wykonawcę wprost do szczegółowych postanowień dokumentacji projektowej powoduje, iż nie sposób wobec powyższego uznać, iż treść oferty wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ.

Nie uznanie przez Zamawiającego za wystarczające odwołanie się w uzupełnionym wykazie do dokumentacji projektowej w zakresie zaoferowanych materiałów i urządzeń powoduje, iż Zamawiający postawił w odniesieniu do treści oferty złożonej przez

Odwołującego większe wymagania niż zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Izba biorąc pod uwagę powyższe wskazuje, iż oferta wykonawcy w zakresie określenia zaoferowanych materiałów i urządzeń, przewidzianych do wykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, nie musi mieć bardziej szczegółowego charakteru niż dokumentacja projektowa, przy pomocy której Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto odniesienie w zakresie wykazania zgodności do szczegółowego opracowania projektowego (zawierającego m.in. projekt wykonawczy oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych) stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, iż wykonawca oferuje rozwiązania techniczne, technologie, materiały i urządzenia zgodne z oczekiwaniami zamawiającego. Wszakże te szczegółowe oczekiwania zamawiający komunikuje i uzewnętrznia właśnie przekazując wykonawcom dokumentację projektową. Zgodność zobowiązania wykonawcy z dokumentacją projektową powoduje, iż przedmiot przyszłego świadczenia polegającego na realizacji określonego zadania inwestycyjnego będzie wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami – zarówno zawartymi w ustawie Pzp, jak również w ustawie Prawo budowlane.

Na powyższe istotny wpływ ma fakt, iż Zamawiający w załączonym do SIWZ projekcie wykonawczym branży sanitarnej zawarł wykaz urządzeń i materiałów (zawierający nazwy producenta, szczegółową charakterystykę, zaś w poszczególnych pozycjach również numery katalogowe) w zakresie zakwestionowanym w piśmie zawierającym informację o odrzuceniu oferty Odwołującego.

2. W odniesieniu do drugiej przesłanki faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Odwołujący na str. 138 oferty (wykaz materiałów) zaproponował w poz. od 51 do 54 zawory przelotowe skośne regulacyjne KOMBI 3-PLUS Honeywell (fi 20 mm, 25 mm, 32 mm oraz 40 mm).

Projekt wykonawczy instalacji sanitarnej we wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 06.08.2010 r. rysunku S-22 instalacji C.T. wskazuje zawór STROMAX-M 3,75 obr. Dn25.

Izba za istotny uznała wskazany przez Odwołującego w toku rozprawy fakt, iż Zamawiający nie kwestionuje równoważności zaoferowanych zaworów przelotowych i zwrotnych w odniesieniu do wskazanych przykładowo w SIWZ, lecz niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ wywodzi jedynie z faktu, iż dokumenty potwierdzające równoważność nie zostały złożone wraz z ofertą. Tym samym w odniesieniu do drugiej przesłanki faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego obejmującej brak dokumentów na potwierdzenie równoważności zaproponowanych przez Odwołującego zaworów przelotowych skośnych regulacyjnych KOMBI 3 PLUS Honeywell Zamawiający nie wykazał, aby w

powyższym zakresie treść oferty złożonej przez Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe ma zasadniczy wpływ na uwzględnienie przez Izbę zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania Odwołującego na podstawie powyższego przepisu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność zaoferowanych zaworów zwrotnych przelotowych.

Tym samym Izba uznała, że wskazana przez Zamawiającego druga z przesłanek faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, nie potwierdza, iż treść oferty wykonawcy Grupa 3J S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie należy wskazać, iż Izba uwzględniając powyższy zarzut nie podzieliła poglądu Odwołującego, że w zaistniałym stanie faktycznym nie sposób przyjąć podstawy prawnej do zastosowania do oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż sprzeczność treści oferty zachodzi jedynie wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy, tj. zakresu przedmiotowego i podmiotowego zobowiązania, przedmiotu świadczonej usługi, warunków płatności, terminów realizacji usługi, wynagrodzenia oraz innych istotnych składników przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujętych w istotnych postanowieniach umowy mającej wiązać strony.

Wobec powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nastąpiło nie ze względu na dokonanie przez Zamawiającego w sposób nieprawidłowy subsumcji istniejącego stanu faktycznego i przypisanie do tego stanu niewłaściwej normy prawnej, lecz ze względu na dokonanie przez Zamawiającego niewłaściwej oceny i interpretacji stanu faktycznego, tj. błędnej oceny w zakresie zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, a w konsekwencji uznania, że w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do oferty Odwołującego zaistniała niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Tym samym nie przedłożenie lub przedstawienie niewłaściwych dokumentów oraz oświadczeń, bądź ich nieskuteczne nieuzupełnienie w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż oferowane przez wykonawcę roboty budowlane nie odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, co następnie i w konsekwencji powoduje, iż zakres świadczenia zaoferowanego przez wykonawcę nie spełnia wymogów określonych w SIWZ powodując następnie, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Wszakże niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie polega i nie powinna być odczytywana jako literalna rozbieżność pomiędzy dosłowną treścią ww. dokumentów. Brak dosłownej tożsamości tekstowej oferty i SIWZ nie musi przesądzać o merytorycznej niezgodności treści tychże dokumentów. Wszakże zawarcie w treści oferty dodatkowych zastrzeżeń, bądź złożenie oferty wariantowej, jak również alternatywnej może

powodować, iż pierwotne brzmienie zapisów SIWZ zostaje zachowane. Tylko zaoferowanie odmiennego świadczenia wynikające z całokształtu oferty powoduje, iż mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, wszelkiego rodzaju dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego nie stanowią treści oferty, jednakże ich treść oraz forma mogą w sposób pośredni decydować o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym brak lub wadliwość tychże dokumentów, lub ich nieskuteczne uzupełnienie skutkują w następstwie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zatem uwzględnienie przez Izbę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie było skutkiem dokonania przez Zamawiającego błędnej subsumcji istniejącego stanu faktycznego pod wyrażoną w powyższym przepisie normę prawną, lecz skutkiem błędnej oceny przez tego ostatniego stanu faktycznego i błędnej wykładni art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W istniejącym stanie faktycznym i na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz przy uwzględnieniu przesłanek faktycznych zastosowania w odniesieniu do oferty Odwołującego normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie sposób uznać, iż oferta wykonawcy Grupa 3J S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ potwierdził się.

III. W odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 3 ze względu na zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wskazujących na równoważność oferowanych materiałów (zaworów przelotowych i zwrotnych) Izba wskazuje, iż powyższy zarzut również zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż w jej opinii, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, z treści normy wyrażonej w zdaniu pierwszym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika niezbicie, iż czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń jest obowiązkiem Zamawiającego. Na powyższe wskazuje jednoznacznie wykładnia literalna powyższego przepisu, a w szczególności użycie w powyższym przepisie zwrotu „zamawiający wzywa wykonawców (...)”.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę podstawę faktyczną odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp uwzględnienie powyższego zarzutu znajduje swoje faktyczne i prawne uzasadnienie w pkt I niniejszego wyroku, tj. w uzasadnieniu odnoszącym się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ramach ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż dokumenty i oświadczenia, żądane przez Zamawiającego w oparciu o rozdział XI pkt 5 ppkt 5.8., stanowią dokumenty i oświadczenia wykonawcy przedkładane w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a zatem są one wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2 i tym samym winny być przedmiotem wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, iż brak jest obowiązku wezwania do ich uzupełnienia, wskazuje, że są one objęte obowiązkiem wezwania zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe wynika z roli jaka została przypisana tymże dokumentom i oświadczeniom w treści SIWZ.

W zakresie stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje ponadto, iż podstawą faktyczną powyższego naruszenia było zaniechanie Zamawiającego oparte na błędnej kwalifikacji oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez wykonawców na potwierdzenie równoważności, tj. wykazanie, iż oferowane przez nich roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego i tym samym odstąpienie od wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie równoważności na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie równoważności zaoferowanych zaworów zwrotnych potwierdził się.

III. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Budowlano -Usługowo - Handlowe, AGAT Sp. z o.o., 25 - 320 Kielce, ul. Domaszowska 106 Izba wskazuje, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Izba w pkt I i II niniejszego wyroku stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego w każdym przypadku bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem takiej oferty dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Ponadto w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż w każdym wypadku zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których jest on zobowiązany w oparciu o przepisy ustawy Pzp dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego Izba uznała, iż wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp doszło w związku z powyższym w konsekwencji do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy Grupa 3J S.A. ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ oraz zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie równoważności zaoferowanych materiałów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

