

WYROK

z dnia 31 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **29 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **1 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **TSG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu pn. *Przebudowa i rozbudowa Portu Jachtowego w Krynicy Morskiej w ramach zadania „Pętla Żuławska – rozbudowa Portu Jachtowego w Krynicy Morskiej”* (nr postępowania ZP.271.11.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasta Krynica Morska**

przy udziale wykonawcy: **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności z uwzględnieniem tej oferty, w tym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie kosztorysu ofertowego dotyczącego wyposażenia budynku.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Gmina Miasta Krynica Morska {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa i rozbudowa Portu Jachtowego w Krynicy Morskiej w ramach zadania „Pętla Żuławska – rozbudowa Portu Jachtowego w Krynicy Morskiej”* (nr postępowania ZP.271.11.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 grudnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 755608-N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną (pismem datowanym na 12 lutego 2021 r.) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Strabag” lub „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty TSG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

1 marca 2021 r. TSG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej również: „Odwołujący”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty TSG w sytuacji, gdy nie zostały spełnione wymienione w tym przepisie przesłanki, a treść tej oferty Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}.
2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania TSG do uzupełnienia złożonej oferty o dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, określony w pkt 7 załącznika nr 5 do SIWZ tj. kosztorys ofertowy dotyczący zakupu i dostawy wraz z montażem wyposażenia budynku obsługi portu, który należało sporządzić na podstawie otrzymanego przedmiaru robót.
3. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie zwrócenia się do TSG o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty w zakresie zakupu i dostawy wraz z montażem wyposażenia budynku obsługi portu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty TSG Odwołującego oraz wyboru oferty

- najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty TSG.
 3. Wezwania TSG do uzupełnienia oferty o kosztorys ofertowy dotyczący zakupu i dostawy wraz z montażem wyposażenia budynku obsługi portu sporządzony na podstawie otrzymanego przedmiaru robót.
 4. Wyjaśnienia treści złożonej przez TSG oferty w zakresie zakupu i dostawy wraz z montażem wyposażenia budynku obsługi portu.
 5. Wyboru oferty TSG jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie przebiegu badania oferty TSG.

W pkt 11.2. SIWZ Zamawiający określił, że oferta składa się z:

11.2.1. formularza oferty (wzór formularza oferty został określony został w załączniku nr 1 do SIWZ);

11.2.2. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, o którym mowa w pkt 7.1 SIWZ;

11.2.3. zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów na zasadach określonych w art. 22a, o ile wykonawca polega na takich zasobach w celu wykazania spełnienia warunków;

11.2.4. dokumentu potwierdzającego zasady reprezentacji wykonawcy, o ile nie jest on dostępny w publicznych otwartych bezpłatnych elektronicznych bazach danych, których adres internetowy wykonawca wskazał. W przypadku wskazania bazy danych, w której dokumenty są dostępne w innym języku niż polski, Zamawiający może po ich pobraniu wezwać wykonawcę do przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski.

11.2.5. pełnomocnictwa wskazującego, że osoba występująca w imieniu wykonawcy lub wykonawca występujący w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jest do tego upoważniona, jeżeli nie wynika to dokumentów potwierdzających zasady reprezentacji. Pełnomocnictwo należy złożyć w formie oryginału bądź notarialnie potwierdzonej kopii;

11.2.6. dowodu wniesienia wadium;

TSG zgodnie z powyżej zacytowanym postanowieniem SIWZ złożył ofertę składającą się z formularza oferty na załączniku nr 1, oświadczenia na załączniku nr 2 oraz dowodu

wniesienia wadium (TSG nie korzystało z zasobów innych podmiotów).

SIWZ w pkt 14 „Opis sposobu obliczania ceny oferty” w żadnym miejscu nie wymaga udokumentowania ceny oferty. Według brzmienia pkt 14.1. *Wykonawca określi cenę całkowitą oferty brutto oraz cenę całkowitą netto zgodnie z wymaganiami zawartymi w Formularzu oferty.*

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” w żadnym punkcie nie wskazano kosztorysu ofertowego jako dokumentu wymaganego w przedmiotowym postępowaniu.

Jedyna wzmianka o częściowym kosztorysie ofertowym została zamieszczona w załączniku nr 7 do SIWZ w uwadze pod pkt 5 w brzmieniu: *Zamawiający wymaga dołączenia do oferty na podstawie otrzymanego przedmiaru robót, kosztorysu ofertowego wyposażenia budynku...*

Pismem z 1.02.2021 r. (ZP.271.11-10.20.21) Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 pzp i zgodnie z pkt. 17.1 SIWZ do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

W zakreślonym terminie TSG złożyło dokumenty zgodnie z wezwaniem.

Zamawiający następująco uzasadnił odrzucenie oferty TSG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp: (...) *Wykonawca zgodnie z wymogiem określonym w pkt. 5 załącznika nr 7 do SIWZ, zobowiązany był złożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy dotyczący wyposażenia budynku (zgodnie z opisem w załączniku nr 5 do OPZ – Wyposażenie budynku obsługi portu). TSG sp. z o.o. nie dołączył do oferty wymaganego dokumentu. Kosztorys oferty stanowi element oferty nie podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też na podstawie innych przepisów, ponadto brak kosztorysu nie może być potraktowany, jako omyłka, którą można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp (...)*

Odwołujący wywiódł, że ponieważ przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia za z góry określone wynagrodzenie, którego wysokość jest niezależna od ilości faktycznie wykonanych prac, kosztorys ofertowy nie jest podstawą określenia sposobu wynagrodzenia wykonawcy. Jeżeli cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest stała, a kosztorys ofertowy nie jest częścią oferty konieczną do zawarcia umowy, jego brak, o ile zamawiający nie określił inaczej w SIWZ, nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu wyroku z 29 marca 2011 r. sygn. akt KIO 560/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *...kosztorys ofertowy, jeżeli jest załączony do oferty, powinien odpowiadać przedmiarom – jednak, o ile w SIWZ nie zostanie mu nadana szczególna ranga, to przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie wpływa na zakres zobowiązania.*

Zasadą jest, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie prace konieczne do wykonania zamówienia.

Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 9 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1595/12 Izba orzekła, co następuje. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy, co do zasady nie ma istotnego znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i dla wykonania zamówienia na roboty budowlane. W każdym jednak postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w takim, w którym zamawiający przyjmuje ryczałtowy charakter wynagrodzenia, zamawiający może sformułować określone wymagania dotyczące treści oferty, sposobu realizacji zamówienia, czy sposobu obliczenia ceny, które będą adekwatne do jego potrzeb, możliwości i zamierzeń związanych z prawidłową weryfikacją złożonych ofert, czy wykonaniem zamówienia.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 4 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3288/20 Izba uznała, że: (...) zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania, co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Zawsze także, w takim wypadku, winno być możliwe wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Wreszcie w uzasadnieniu wyroku z 19 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2745/20 Izba stwierdziła, że: (...) zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty, jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że ponieważ Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w zapisach SIWZ odnoszących się do zawartości oferty czy sposobu

wyceny nie wskazał kosztorysu ofertowego jako wymaganego dokumentu, nie nadał temu dokumentowi żadnej rangi w postępowaniu, co oznacza, że jego ewentualny brak nie może być podstawą do odrzucenia oferty.

Skoro jednak Zamawiający uznał, że kosztorys ofertowy wyposażenia budynku portu, sporządzony na podstawie otrzymanego przedmiaru, jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp zobowiązany był wezwać TSG do jego uzupełnienia.

Ponieważ TSG w złożonej ofercie zadeklarowało wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, z której wyraźnie wynikało, że przedmiotem zamówienia jest również zakup i dostawa wraz z montażem wyposażenia budynku portu, Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty TSG z powodu niezłączenia do niej częściowego kosztorysu ofertowego dotyczącego wyposażenia budynku, obowiązany był wezwać TSG na podstawie art. 87 ust. 1 pzp do wyjaśnień, jeżeli uznawał ten dokument za konieczny dla dokonania oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Strabag, wnosząc o oddalenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje czynność odrzucenia oferty TSG.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności podnosząc następującą argumentację.

Zwrócił uwagę na § 12 ust. 2 wzoru umowy, z którego wynika, że wynagrodzenie ryczałtowe (czyli cena oferty) jest niezmienne, z wyjątkiem prac, które wykraczają poza zakres wskazany w kosztorysie i przedmiarach. Tym samym według Przystępującego nie ma znaczenia, że co do zasady wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, gdyż bez złożenia kosztorysu nie można ustalić, co konkretnie mieści się w zakresie ceny ryczałtowej objętej ofertą, aby to postanowienie mogło znaleźć zastosowanie. Odwołujący mógłby na etapie realizacji umowy domagać się dodatkowego wynagrodzenia w stosunku do kosztorysu, który przedstawiłby dopiero na wezwanie Zamawiającego, argumentując, że coś wykracza poza zakres tego kosztorysu.

Zdaniem Przystępującego dzięki kosztorysowi Zamawiający mógł też zweryfikować

zgodność oferowanego wyposażenia z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Przystępujący powołał się na to, że jak wskazuje się w doktrynie, w przypadku gdy zamawiający żądał złożenia kosztorysu ofertowego, dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, niezależnie od charakteru wynagrodzenia za realizację zamówienia.

Według Przystępującego uzupełnienie kosztorysu ofertowego po upływie terminu składania ofert należy poczytywać jako niedopuszczalną zmianę treści oferty, gdyż umożliwiłoby to jej precyzowanie po zapoznaniu się z ofertami innych wykonawców i stawiłoby w korzystniejszej sytuacji Odwołującego.

Nie ma znaczenie stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 2 marca 2021 r., że kosztorys ofertowy jest potrzebny na etapie realizacji robót w celu rozliczenia kosztów niekwalifikowalnych z instytucją zarządzającą, gdyż zostało wyrażone już po złożeniu ofert, a zatem nie było możliwości odstąpienia od warunków wynikających z SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, skoro w pkt 11. specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „s.i.w.z.”}, w ramach wymaganego sposobu przygotowania oferty, w pkt 11.2. uregulowano z jakich dokumentów ma składać się oferta, wykonawca działający w dobrej wierze i w zaufaniu do Zamawiającego miał prawo założyć, że zastosowanie się do tej instrukcji pozwoli mu na złożenie kompletnej i prawidłowej pod względem formalnym oferty. Nie po to przecież dla wykonania obowiązku wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 10 pzp Zamawiający wyodrębnił redakcyjnie w s.i.w.z. miejsce, w którym ureguluje sposób przygotowania oferty, aby w zupełnie innym miejscu wskazywać kolejny dokument jako obligatoryjny element zawartości składanej oferty. Jednocześnie z formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z, wynikało, że treść oferty ma się sprowadzać do określenia ceny oferty (czyli wysokości wynagrodzenia ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia), długości okresu gwarancji na wykonane prace oraz terminu wykonania zamówienia.

Po drugie, zawartą w s.i.w.z. regulację sposobu złożenia oferty jako oświadczenie woli z mocy art. 14 ustawy pzp w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W powyżej ustalonych okolicznościach nie powinno budzić wątpliwości, że wolą Zamawiającego było kompleksowe uregulowanie zawartości oferty w pkt 11.2. s.i.w.z., aby uczynić zadość art. 36 ust. 1 pkt 10 pzp, a dzięki temu ułatwić wykonawcom prawidłowe złożenie oferty.

Po trzecie, specyfikację istotnych warunków zamówienia, również przez odesłanie z art. 14 § 1 pzp, należy uznać w rozumieniu art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego za zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu są obowiązani postępować. Ponieważ w zamówieniach publicznych warunki przetargu oprócz ogłoszenia są konkretyzowane w specyfikacji, należy ją również uznać za określającą warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Skoro Zamawiający w pkt 11.2. s.i.w.z. określił wymaganą przez siebie zawartość oferty, nie może wyciągać względem wykonawcy, który w dobrej wierze zastosował się do tej regulacji, negatywnych konsekwencji z własnej niekonsekwencji polegającej na wskazaniu dodatkowego dokumentu w innym miejscu s.i.w.z.

Po czwarte, skoro załącznik nr 7 do s.i.w.z. stanowi opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}, sprowadzający się *de facto* do podania listy siedmiu opracowań technicznych, z których każde stanowi odrębny dokument (załącznik do OPZ), w tym (jako załącznik nr 5 do OPZ) opracowania pn. „Zakup i dostawa wraz z montażem wyposażenia budynku obsługi portu” oraz (jako załącznik nr 7 do OPZ) przedmiarów robót, wśród których jest również przedmiar dotyczący wyposażenia budynku klubowego oraz wyposażenia portu

jachtowego, zamieszczoną pod pkt 5. uwagę, że Zamawiający wymaga dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wyposażenia budynku sporządzonego na podstawie tego przedmiaru, z uwagi na powyżej poczynione ustalenia należy poczytać nie za treść oferty, a za inny (niż składany na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp), dokument, który Zamawiający uznał za niezbędny dla przeprowadzenia tego postępowania.

Takie ustalenie znajduje również oparcie w piśmie z 2 marca 2021 r., w którym w odpowiedzi na pytanie zadane przez TSG w piśmie z 8 lutego 2021 r., Zamawiający wyjaśnił, że ów kosztorys ofertowy jest potrzebny na etapie realizacji zamówienia w celu rozliczenia kosztów niekwalifikowalnych z instytucją zarządzającą przyznanym dofinansowaniem ze środków unijnych.

O tym, że kosztorys wyposażenia budynku obsługi portu nie pełni innej funkcji, niż wskazana przez Zamawiającego w powyższym piśmie, świadczy okoliczność, że jego sporządzenie sprowadza się do wyceny 181 pozycji dotyczących wyposażenia budynku klubowego (mebli, armatury, AGD) oraz 2 pozycji wyposażenia portu (pomostów pływających oraz wózka widłowego) o parametrach szczegółowo opisanych w załączniku nr 5 do OPZ, przy czym nigdzie nie było wymagane podanie producenta, marki, typu, modelu itp. danych jako sprecyzowanie przedmiotu oferty w tym zakresie.

Z kolei z powyższym koreluje zawarte w pkt III załącznika nr 5 do OPZ postanowienie, z którego wynika, że wyposażenie objęte kosztorysem, *de facto* podlega w całości akceptacji i uzgodnieniu z Zamawiającym jeszcze przed jego wytworzeniem.

Po piąte, powyższemu ustaleniu nie stoi na przeszkodzie klauzula zawarta w § 12, gdzie, po miejscu na przepisanie ceny wybranej oferty jako wynagrodzenia ryczałtowego (w ust. 1), zastrzeżono w szczególności, że obejmuje ono wszystkie opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, bez względu na okoliczności i źródła ich powstania, z wyjątkiem prac wykraczających poza zakres wskazany w kosztorysie i przedmiarach oraz przypadków zmian umowy przewidzianych w s.i.w.z., które mogą prowadzić do zwiększenia tego wynagrodzenia (w ust. 2).

Wbrew temu, co sugerował Przystępujący, z punktu widzenia tej klauzuli nie ma znaczenia, czy kosztorys ofertowy został złożony wraz z ofertą czy w innym momencie przed zawarciem umowy, gdyż w odniesieniu do wyposażenia budynku klubowego oraz wyposażenia portu jachtowego zakres prac (*de facto* dostawy wraz z instalacją) został w pełni określony w załączniku nr 5 do OPZ i stosownym przedmiarze.

Po szóste, z lakonicznego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty TSG nie wynika, dlaczego Zamawiający uznał, że ten specyficzny, bo dotyczący niewielkiego zakresu przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw, a nie robót budowlanych,

pomimo wynagrodzenia ryczałtowego, uznał za stanowiący treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu.

Po siódme, ani Zamawiający, ani Przystępujący nie byli w stanie wskazać żadnego konkretnego zagrożenia dla zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jakie mogłoby wynikać z uzupełnienia dokumentów oferty o kosztorys dotyczący wyposażenia opisanego w załączniku nr 5 do OPZ – którego dostawa i montaż *de facto* stanowią świadczenie uboczne w stosunku do robót budowlanych – po upływie terminu składania ofert.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), gdyż na jej podstawie zostało wszczęte przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania

ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełnienia poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}.

Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

Przy czym to Zamawiający decyduje zarówno o tym, czy i w jakim zakresie oczekuje takiego dodatkowego potwierdzenia treści oferty, jaki i jakiego dokumentu w tym celu żąda,

zamieszczając stosowne postanowienia w treści s.i.w.z.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie.

Innymi słowy konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, a na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

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 jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty TSG z treścią s.i.w.z, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, w rzeczywistości nie zachodzi, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie oferty TSG, naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu, którego brak stwierdził Zamawiający, oraz naruszenia art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości co do kompletności oferty, którą powziął Zamawiający, należy uznać za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego

przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwoławczą (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.