

**WYROK**  
z dnia 26 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa oraz**

**Tamex Obiekty Sportowe S.A. ul. Rydygiera 8/3a, 01-793 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gminę Lublin pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Lublin unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Lublin i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Gminy Lublin kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Gmina Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę i rozbudowę stadionu lekkoatletycznego wraz z zapleczem przy al. Józefa Piłsudskiego 22 w Lublinie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 199-360424. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Tamex Obiekty Sportowe S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez brak zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących przyczyn, dla których złożył załącznik nr 9 oraz dłaczego jednocześnie nie przedłożył wykazu oraz opisu, w sytuacji, gdy w realiach niniejszego postępowania na Zamawiającym ciążył taki obowiązek,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający błędnie uznając, że oferta Odwołującego jest równoważna, niezasadnie żądał na potwierdzenie tej okoliczności dokumentów, a nadto Zamawiający przy ocenie równoważności oferty nie uwzględnił otrzymanej próbki przedmiotu zamówienia oraz reszty oferty, z której wynikało, że Odwołujący oferuje rozwiązania równoważne jedynie na przyszłość, a nadto Zamawiający nie udowodnił, że oferta Odwołującego jest rzeczywiście równoważna,
3. art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie błędnej wykładni pojęcia „równoważności oferty” uznając, że oferta tego typu występuje, gdy wykonawca, złoży takie oświadczenie, w sytuacji gdy podstawą do oceny równoważności winna być zawartość oferty, która przedstawia przedmiot zamówienia o cechach odpowiadającym cechom lub lepszych od cech wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia,
4. innych przepisów, jakie wynikają z treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
4. wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jego oferta była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, a jej nieprawidłowe odrzucenie skutkowało unieważnieniem postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że, skoro Odwołujący nie przedłożył załączników ujętych w punkcie 10.5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wykaz towarów, materiałów i urządzeń równoważnych) oraz w punkcie 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis rozwiązań równoważnych, potwierdzający równoważność oferowanych przez wykonawcę rozwiązań w stosunku do rozwiązań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), to jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowisko to bazuje na błędnym założeniu, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty, w której zaoferowano rozwiązania równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia. Tymczasem z żadnego miejsca oferty nie wynika, aby zamiarem wykonawcy było przedstawienie oferty z propozycją zastosowania materiałów, urządzeń lub rozwiązań równoważnych.

Ewentualna równoważność może być wykazywana głównie tam, gdzie Zamawiający ustalił opis przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, więc wyjątkowo. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie parametrów lub funkcjonalności nie może być mowy o równoważnym spełnieniu wymagań, gdyż każde rozwiązanie odpowiadające parametrom lub funkcjonalności będzie odpowiednie i jednocześnie „nie-równoważne”.

Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób weryfikacji, czy oferowane przez wykonawcę materiały, urządzenia i rozwiązania spełniają jego wymagania – zgodnie z punktem 1.5.6.1 zażądał przedłożenia próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, a których autentyczność musiała zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego. Zamawiający w tym zakresie wymagał przedstawienia dokumentów co do oferowanej nawierzchni obiektu sportowego. Punkt 10.5.6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi, że jako dokumenty dotyczące nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej, o których mowa jest w punkcie 10.5.6.1, należy złożyć: a) autoryzację producenta oferowanej nawierzchni, b) kartę techniczną oferowanej nawierzchni, c) próbkę oferowanej nawierzchni z oznaczeniem producenta i typu oferowanego produktu w kolorze zgodnym z dokumentacją projektową. Odwołujący przedłożył próbkę przedmiotu zamówienia w postaci nawierzchni kauczukowej wraz

z wymaganymi dokumentami. Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego przeprowadził test zgodności otrzymanej próbki ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jednym z etapów tego testu jest zbadanie, czy wykonawca oferuje rozwiązanie referencyjne (wskazane w opisie przedmiotu zamówienia), czy też rozwiązanie równoważne. Ocena oferty Odwołującego wskazuje, że oferta nie przedstawia rozwiązania równoważnego.

Tym bardziej nie jest prawidłowe stanowisko Zamawiającego, jakoby oferta była niepełna i nie zawierała wszystkich wymaganych dokumentów potwierdzających zgodność robót budowlanych z wymaganiami specyfikacji.

W rezultacie stwierdzenie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, że Odwołujący oferuje materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne wykorzystując w tym celu załącznik nr 9 jest nieuprawnione i nie uwzględnia złożonej przez Odwołującego próbki przedmiotu zamówienia, jak też reszty oferty. Gdyby Odwołujący chciał zaoferować w ofercie rozwiązanie równoważne w stosunku do wskazanych co do nazwy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to uczyniłby to przez przedłożenie wymaganego wykazu oraz opisu zgodnie z pkt 10.5.3-4. Odwołujący nie załączył jednak tych dokumentów, ponieważ nie było jego zamiarem oferowanie na tym etapie rozwiązań równoważnych. Oświadczenie zawarte w załączniku nr 9 czytane wraz z pozostałymi dokumentami składającymi się na ofertę należy interpretować jako składane na przyszłość, tj. dotyczące ewentualnych zmian na etapie realizacji umowy (co nie wymaga załączenia wykazu oraz opisu do oferty).

Skoro ocena oferty Odwołującego nie wskazywała na jej równoważność, to Zamawiający nie był uprawniony do założenia, że w ofercie powinien znaleźć się opis oraz wykaz. Z treści specyfikacji jednoznacznie wynika, że dokumenty te są przedkładane wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca już na etapie składania ofert wskazuje, że zamierza przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia stosować rozwiązania równoważne. Odwołujący zaś złożył ofertę z zamiarem wykonania jej bez stosowania rozwiązań równoważnych.

Wykonawca, jako profesjonalista działający w branży budowlanej od wielu lat, ma świadomość, że w przypadku realizacji zamówień na roboty budowlane o wysokim stopniu skomplikowania często dochodzi do sytuacji, gdy zamówienie nie może być wykonane przy użyciu wymienionych w ofercie rozwiązań, co wynika z okoliczności niezależnych od stron umowy np. wycofania z rynku oferowanych towarów lub urządzeń, zmiany technologii budowlanej, zakazu stosowania oferowanych rozwiązań technicznych, czy też chęci zastosowania rozwiązań o parametrach lepszych od pierwotnie przyjętych. Także rozciągnięcie realizacji zamówienia na 2 lata zwiększa ryzyko braku możliwości wykonania zamówienia przy użyciu wymienionych w ofercie rozwiązań. Przez okres 2 lat w branży budowlanej może dojść do zmian, nie do przewidzenia w momencie składania oferty, które wpłynąć będą na sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Na to, że należy liczyć się z ewentualną zmianą umowy wskazują postanowienia projektu umowy, które odnoszą się też

do zmiany pierwotnie przyjętych technologii wykonania robót oraz zmiany materiałów budowlanych, sprzętu, urządzeń, gdy wykorzystanie materiałów budowlanych, sprzętu, urządzeń wskazanych w dokumentacji projektowej lub ofercie stanie się niemożliwe, bądź podyktowane będzie usprawnieniem procesu budowy czy zwiększeniem bezpieczeństwa na budowie lub zmianą przepisów prawa, a także w przypadku pojawienia się na rynku materiałów, sprzętu lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zmniejszenie kosztów eksploatacji wykonania przedmiotu umowy. W konsekwencji Odwołujący miał prawo przypuszczać, iż oświadczenie wymienione w załączniku nr 9 dotyczy stanu, jaki może zaistnieć w przyszłości, a nie stanu istniejącego w dacie składania oferty. Umowa stanowi, że zmiana technologii wykonania robót oraz zmiana materiałów budowlanych, sprzętu, urządzeń będzie akceptowana, jeśli nie będzie miała wpływu na koszty wykonania zamówienia. Umowa w tej części pokrywa się z oświadczeniem zawartym w załączniku nr 9, które wskazuje, że oferowane przez wykonawcę rozwiązania równoważne nie będą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Oświadczenie zawarte w załączniku nr 9 odnosi się również do tego, że w sytuacji, gdy wykonawca oferować będzie rozwiązania równoważne, nie spowoduje to zmiany terminu realizacji zamówienia. Odwołujący miał więc prawo sądzić, że dotyczy ono stanu, jaki może pojawić się w momencie, gdy wykonywany będzie przedmiot zamówienia. Odwołujący w ofercie poprzedził nawet wzmiankowane oświadczenie przekładką zatytułowaną: „Oświadczenie o gwarancji wykonania robót zgodnie z pozwoleniem na budowę”.

Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z opracowania przez zamawiających dokumentacji przetargowej w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości interpretacyjne.

Zgodnie z punktem 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca może powołać się w ofercie na zastosowanie towarów, materiałów i urządzeń równoważnych opisywanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, składając wykaz towarów, materiałów i urządzeń równoważnych, określony w 10.5.3 wraz z dokumentami wymaganymi w pkt. 10.5.6. Następnie w myśl punktu 3.5 wykonawca może powołać się w ofercie na zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia składając opis rozwiązań równoważnych, określony w punkcie 10.5.4 wraz z dokumentami wymaganymi w punkcie 10.5.6. Punkt 3.6. stanowi z kolei, że warunkiem równoważności opisaną w punkcie 3.4 oraz 3.5 jest załączenie załącznika nr 9.

Zamawiający wymagał więc przedłożenia załącznika nr 9, jeśli wykonawca jednocześnie załączał do oferty wykaz oraz opis – dokumenty wymienione odpowiednio w punktach: 10.5.3 oraz 10.5.4. W związku z tym, jeśli wykonawca nie składał tych dokumentów, to równocześnie nie był zobligowany do złożenia załącznika nr 9. Brak opisu oraz wykazu w ofercie Odwołującego świadczy o tym, że ten nie utożsamiał załącznika nr 9 jako

komplementarnego względem opisu oraz wykazu. W rzeczywistości opis oraz wykaz są dokumentami posiłkowymi względem załącznika nr 9, ponieważ „warunkiem równoważności” było złożenie załącznika, a nie wykazu oraz opisu. Odwołujący kierując się tym tokiem rozumowania uznał, że załącznik może zostać przedłożony niezależnie od wykazu oraz opisu. Nadto wykaz oraz opis dot. wyłącznie konkretnych rozwiązań równoważnych wymienionych w ofercie, tzn. ujętych w wykazie oraz omówionych w opisie, natomiast załącznik obejmował zarówno rozwiązania równoważne oferowane na etapie składania ofert, jak i wykonywania przedmiotu zamówienia. Odwołujący interpretował ten załącznik jako samodzielny dokument i miał ku temu podstawy faktyczne. Wykonawca sądził, że miał obowiązek dołączenia opisu i wykazu tylko, jeśli oferował rozwiązania równoważne na etapie składania ofert. Skoro rozwiązań takich nie zaoferował, to żądanie przez Zamawiającego wykazu oraz opisu było pozbawione podstaw.

Nawet jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty wykonawcy, a z dokumentacji postępowania (protokoły komisji przetargowej) wynika wprost, że je miał, to przed jej odrzuceniem powinien skorzystać z instytucji wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert był zobowiązany wyjaśnić, dlaczego Odwołujący, składając załącznik nr 9, jednocześnie nie załączył wykazu oraz opisu. Odrzucenie oferty z powodu nieprzedłożenia tych dokumentów było błędne, ponieważ Odwołujący w sposób rozmyślny składając oświadczenie jednocześnie nie przedłożył w ofercie wykazu oraz opisu. Wezwanie do wyjaśnień było tym bardziej uzasadnione, że sama oferta Odwołującego nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego co do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia.

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że Wykonawca jasno oświadczył, że oferuje materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne, wykorzystując do tego celu załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który został podpisany przez osobę uprawnioną do samodzielnego składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy i załączony do innych oświadczeń, składających się na ofertę. Treść tego oświadczenia brzmi: „Oświadczam, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...) oferowane przez Wykonawcę materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne gwarantują wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę oraz nie będą generować dodatkowych kosztów po stronie zamawiającego, w tym kosztów dostosowania dokumentacji do zaoferowanych materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych, a także nie spowodują zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia”.

Nie pozostawia to wątpliwości, że rozwiązania równoważne są oferowane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i fakt ten wynika z treści oferty – oferowane są materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne, a wskazanym czasem oferowania jest określenie „w postępowaniu”. Zgodnie z treścią art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenia woli wykonawcy należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający na podstawie art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych żąda jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w celu zweryfikowania na etapie postępowania wykonawców, z których zostanie wybrany jeden do realizacji umowy. Zatem wykonawca, po zapoznaniu z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i możliwościami, jakie dopuścił Zamawiający w zakresie przygotowania oferty, zaoferował Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego inne niż opisane w dokumentacji rozwiązania, jednocześnie zapewniając, że gwarantują one wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę oraz nie będą generować kosztów po stronie Zamawiającego. Zatem złożenie powyższego oświadczenia przywołanego w punkcie 3.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na okoliczność złożenia materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych, jak również w konsekwencji wskazanego w pkt 10.5.5 jako dokumentu oferty, zrodziło po stronie wykonawcy obowiązki, wynikające z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt 10.5.3 i 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których wykonawca składając ofertę zaniechał. Oświadczenie to jest zbieżne treściowo z zapisami pkt. 3.4 i 3.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszących się do dopuszczonej przez Zamawiającego równoważności w oparciu o art. 29 ust. 3 oraz 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyklucza to przypuszczenia, że oświadczenie wymienione w załączniku nr 9 dotyczy stanu, jaki może zaistnieć w przyszłości, a nie stanu istniejącego na datę składania ofert, który należy udokumentować w ofercie. W świetle zapisów pkt 3.4 i 3.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia miejscem powołania się i konsekwentnie udokumentowania proponowanej równoważności jest oferta, która nosi wówczas status oferty równoważnej,

W treści odwołania Odwołujący powołuje się na nieistniejącą treść załącznika nr 9, że „oferowane przez wykonawcę rozwiązania będą gwarantować wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę”, tymczasem zapis ten brzmi „Oświadczam, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę stadionu lekkoatletycznego (...) materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne gwarantują wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę”, co oznacza, że dotyczy to sytuacji w momencie składania oferty.



Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiotowe oświadczenie jako warunek proponowanej równoważności winno być złożone wraz z opisem i wykazem, a także kartami katalogowymi. Jest to warunek kumulatywny i Zamawiający nie wprowadził tu odstępstwa umożliwiając wybiórcze złożenie dokumentów. Niezłożenie któregośkolwiek dokumentu jest działaniem sprzecznym z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dokonując oceny deklarowanej równoważności opiera się (posiłkuje) na treści wszystkich żądanych dokumentów. Sam odwołujący dokonuje w odwołaniu łączenia dokumentów wymienionych w pkt 10.5.3 i 10.5.4 z załącznikiem nr 9 (pkt 10.5.5) jako składanych łącznie, jednocześnie podkreślając, że niezłożenie dwóch pierwszych zwalnia wykonawcę ze złożenia trzeciego, tj. załącznika nr 9. W ocenie Zamawiającego tylko niezłożenie łącznie wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ na okoliczność równoważności dowodzi o braku deklaracji zastosowania materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych. W przeciwnym wypadku złożone dokumenty podlegają ocenie w zakresie ich kompletności jak i treści.

Jeżeli Wykonawca oświadczenie złożył na przyszłość, oznacza to, że zamierza na etapie realizacji umowy wykorzystać rozwiązania równoważne i jednocześnie oświadcza ich zgodność z zapotrzebowaniem Zamawiającego, jednocześnie nie dając możliwości oceny ofert w tym zakresie Zamawiającemu na etapie złożenia oferty. W przeciwnym razie należałoby przyjąć całkowitą nieracjonalność Wykonawcy, który oświadcza o prawidłowości proponowanych rozwiązań, mimo iż nie wie, czy i jakie rozwiązania oferuje.

W ocenie Zamawiającego oświadczenie mogło być złożone tylko w jednym określonym celu, tj. w sytuacji, gdy wykonawca na etapie złożenia oferty oferuje materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne i w żaden sposób z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można wywieść, że oświadczenie dotyczy zdarzenia, przyszłego, niepewnego, wynikającego z zapisów umowy.

W ocenie Zamawiającego złożone oświadczenie jest dokumentem stanowiącym treść oferty. W związku z tym w tym zakresie Odwołujący nie może dokonać zmiany złożonych oświadczeń i na tym etapie nie może od niego odstąpić, jak również zmienić jego treści. Fakt niezłożenia innych dokumentów nie może przesądzać o niebycie załącznika nr 9 lub kwalifikować go jako dokumentu złożonego na potrzeby zapisów umowy, pozostającego bez wpływu na treść składanej oferty. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia przedłożone w odwołaniu potwierdzają wyłącznie stanowisko Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Przedmiotowe okoliczności dotyczące złożonego oświadczenia nie mogą być przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w kształcie zaproponowanym przez Odwołującego, ponieważ procedura ta byłaby bezprzedmiotowa dlatego, że wyjaśnieniu podlega co do zasady istniejąca, znana Zamawiającemu treść oferty,

a nie treść nie załączonych dokumentów, tym bardziej przyczyny ich niezłożenia przez wykonawcę.

Sam fakt złożenia przedmiotowego oświadczenia nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień, ponieważ u samej podstawy takie wyjaśnienia prowadzą do zmiany pierwotnej treści oferty. Wykonawca bowiem w celu zapobieżenia odrzucenia jego oferty, próbuje nadać inne znaczenie swemu oświadczeniu, niż dokument, który miałby być weryfikowany w niniejszym postępowaniu. Powyższe prowadzi do zmiany znaczenia, jakie nadał temu oświadczeniu Zamawiający, co stanowi zmianę pierwotnej treści oferty, co jest zakazane przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przeanalizował także konieczność wyeliminowania możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Wykonawcy bezspornie jest niekompletna i nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie zawiera dokumentów, które należało załączyć w związku z postanowieniami pkt 10.5.3 i 10.5.4. Zauważona, omyłkowo wpisana w stopce informacja, iż treść oświadczenia dotyczy zakresu podwykonawstwa, nie ma żadnego istotnego znaczenia dla skutków prawnych złożonego oświadczenia, gdyż znajduje się w miejscu nie obejmującym treści oświadczenia woli i stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Zgodnie bowiem z art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna, tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Zgodnie zaś z art. 78 Kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Podpis stanowi zatwierdzenie treści dokumentu i dlatego powinien być umieszczony pod treścią stwierdzoną pismem na znak, że jest objęta oświadczeniem woli lub wiedzy podpisującego.

W sytuacji, gdy złożona oferta była niekompletna, Zamawiający nie miał podstaw prawnych do tego, by umożliwić jej sanowanie w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten dopuszcza bowiem wyjaśnienie przez wykonawców na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Wnioski Odwołującego dotyczące podobieństwa sformułowań dokumentów, potrzebnych na różnych etapach procedury bądź realizacji zamówienia, mogą stanowić jedynie dowód konsekwentnego posługiwania się podobnymi zwrotami frazeologicznymi przez Zamawiającego, w celu ich jednolitego rozumienia, natomiast nie mogą stanowić uzasadnionej podstawy do mylenia etapów, jakich dotyczą, czy na jakich mogą być składane. Wyłącznie Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wszystkie negatywne skutki błędnego rozumienia i oceny zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w pkt 3.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił przypadek/okoliczność, kiedy wykonawca składa przedmiotowe oświadczenie, które jednocześnie stanowić będzie treść oferty. Jest ono warunkiem równoważności na okoliczność, gdy wykonawca podejmie decyzję zaoferowania w ofercie innych niż opisane w dokumentacji materiały, urządzenia i rozwiązania.

Każdy wykonawca miał dowolność w podejmowaniu decyzji w tym zakresie przed złożeniem oferty, jednakże w okolicznościach, kiedy wolę zaoferowania równoważności uzewnętrznił w ofercie, obowiązkiem Wykonawcy było przedłożyć dokumenty dające Zamawiającemu możliwość dokonania oceny proponowanej, odmiennej realizacji w zakresie wymogów specyfikacji na etapie oceny ofert, który zawsze jest przed dokonaniem wyboru wykonawcy, a nie po podpisaniu umowy. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji w sprawie treści złożonej oferty, a także wprowadzanie zmian, co miałyby miejsce w niniejszej sytuacji. Wyjaśnienia, bowiem służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą natomiast prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie, stanowią jego uzupełnienie.

Próbka złożona przez Odwołującego dotyczy wyłącznie potwierdzenia wymaganej przez Zamawiającego nawierzchni, stanowiącej część branży budowlanej. Równoważność, której dotyczy złożone przez Odwołującego oświadczenie, dotyczyło branży elektrycznej i sanitarnej i w zakresie tych branż Odwołujący miał obowiązek złożyć wymagane dokumenty.

Odwołujący wybiórczo traktuje postanowienia § 15 umowy (zmiany umowy) w odniesieniu do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących oceny proponowanej równoważności. Niezależnie bowiem od tego czy wykonawca proponuje rozwiązania równoważne na etapie postępowania przetargowego, czy konieczność zmiany uprzednio zaakceptowanej technologii czy urządzeń następuje na etapie realizacji umowy, w każdym przypadku występuje konieczność wykazania przez wykonawcę, że proponowane przez niego rozwiązania są zgodne z zapotrzebowaniem Zamawiającego, jednakże dzieje się to na różnych etapach, a sposób dowodzenia jest odmienny.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty Odwołującego) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Z kolei art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 art. 30, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Z przywołanego art. 30 ust. 1-3 wynika, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy – w odpowiedniej kolejności.

Bezsporne jest, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, w zakresie opisanym w art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, określając warunki równoważności w punktach 3.4-3.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z postanowień punktu 3.4-3.6 wynika, że wykonawca mógł powołać się w ofercie na zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, składając wykaz towarów, materiałów i urządzeń równoważnych, określony w 10.5.3 wraz z dokumentami wymaganymi w pkt 10.5.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w sytuacji opisanej w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz w punkcie 10.5.4 wraz z dokumentami wymaganymi w punkcie 10.5.6 (w sytuacji opisanej w art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Punkt 3.6. stanowi z kolei, że warunkiem wykazania równoważności opisanej w punkcie 3.4 oraz 3.5 jest załączenie załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie 10.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani są złożyć m.in. następujące dokumenty:

1) wykaz towarów, (materiałów i urządzeń równoważnych) określający ich nazwy (symbole, typy) oraz zawierający porównanie pomiędzy parametrami technicznymi i użytkowymi

(jakościowymi i funkcjonalnymi) towarów (materiałów i urządzeń) opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i towarów (materiałów i urządzeń) oferowanych przez wykonawcę – w przypadku zastosowania towarów (materiałów i urządzeń) równoważnych – pkt 10.5.3.,

2) opis rozwiązań równoważnych, potwierdzający równoważność oferowanych przez wykonawcę rozwiązań w stosunku do rozwiązań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych – pkt 10.5.4.,

3) oświadczenie, że oferowane przez wykonawcę materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne gwarantują wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę oraz nie będą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, w tym kosztów dostosowania dokumentacji do zaoferowanych materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych, a także nie spowodują zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia (wg załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – pkt 10.5.5.

Przywoływany pkt 10.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje na formę pisemną dokumentów oraz sposób ich podpisania.

Bezsporne jest także, że Odwołujący, spośród ww. dokumentów złożył jedynie dokument, o którym mowa w punkcie 10.5.5. o treści: „Oświadczam, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na (...) oferowane przez Wykonawcę materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne gwarantują wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę oraz nie będą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, w tym kosztów dostosowania dokumentacji do zaoferowanych materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych, a także nie spowodują zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia”.

Z faktu złożenia ww. oświadczenia Zamawiający wywiódł, że oferta Odwołującego jest niekompletna ze względu na brak dokumentów, o których mowa w punktach 10.5.3. i 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Konkluzję tę należy jednak uznać za błędną. Lub też – jest ona prawidłowa o tyle, że Zamawiający rzeczywiście nie może uznać, że Odwołujący zaoferował rozwiązania równoważne i doprowadzić do uzupełnienia oferty poprzez złożenie ww. dokumentów. Odwołujący wskazuje jednak, że takiego działania ze strony Zamawiającego nie oczekuje, a jego zamiarem nie było oferowanie rozwiązań równoważnych (zamiar Odwołującego jest tu jednak kwestią drugorzędną wobec faktu, że rozwiązań równoważnych w konsekwencji nie zaoferowano).

Aby uznać bowiem, że dany wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne do opisanych, musiałby to w sposób wyraźny zadeklarować w ofercie podając konkretnie jaki produkt lub

produkty oferuje w zamian za jaki produkt/produkty. W związku z tym, jak wskazał Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca ten musiałby przedstawić w ofercie:

- 1) albo wykaz towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) określający ich nazwy (symbole, typy) oraz zawierający porównanie pomiędzy parametrami technicznymi i użytkowymi (jakościowymi i funkcjonalnymi) towarów (materiałów i urządzeń) opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i towarów (materiałów i urządzeń) oferowanych przez wykonawcę – w przypadku zastosowania towarów (materiałów i urządzeń) równoważnych, czyli dokument, o którym mowa w punkcie 10.5.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku, o którym mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) albo opis rozwiązań równoważnych, potwierdzający równoważność oferowanych przez wykonawcę rozwiązań w stosunku do rozwiązań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli dokument, o którym mowa w punkcie 10.5.4., w przypadku, o którym mowa w art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) albo oba te dokumenty, jeśli oferowałby oba te rodzaje równoważności.

Dodatkowo wykonawca musiałby też załączyć oświadczenie, o którym mowa w punkcie 10.5.5., czyli załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest on dokumentem uzupełniającym do dokumentów, o których mowa w punktach 1-3 powyżej i stanowi wraz z nimi komplet.

W braku wykazu towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) oraz opisu rozwiązań równoważnych w żaden sposób nie można więc uznać, że wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne, nawet jeśli miałby taki zamiar. Dokumentów tych przy ich braku nie można bowiem uzupełnić – stanowią one ścisłą treść oferty i takie działanie prowadziłoby do zmiany oferty (zmiana oferowanych produktów referencyjnych na równoważne).

Braku dokumentów, o których mowa w punkcie 10.5.3. i 10.5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można jednak uznać za wadę oferty polegającą na niezaoferowaniu produktów (towarów, materiałów, urządzeń, technologii czy rozwiązań) równoważnych czy też braku wystarczających informacji o produktach równoważnych, gdyż wykonawcy nie mieli obowiązku oferowania produktów równoważnych zamiast referencyjnych. Oferta jest więc ofertą na produkty opisane przez Zamawiającego.

Natomiast w braku powyżej wskazanego wykazu i opisu złożone oświadczenie zawarte w załączniku nr 9 jest oświadczeniem „pustym”, gdyż nie dotyczy sytuacji faktycznej, która zaistniała w ofercie, tj. sytuacji, w której zaoferowano rozwiązania równoważne. Tym samym nie ma ono znaczenia dla złożonej oferty czy przyszłej umowy – jego istnienie lub brak są obojętne, gdyż nie wywierają żadnych skutków. Jest to więc dokument zbędny, ale nie

mający negatywnego wpływu na samą ofertę, a jego przedłożenie Zamawiającemu nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Z opisanych powyżej powodów nie ma znaczenia, dlaczego Odwołujący przedstawił to oświadczenie – czy prawdziwe jest jego wyjaśnienie przedstawione w odwołaniu, czy też raczej – jak wynika ze znajomości praktyki wykonawców – że po prostu wypełnił on i przesłał Zamawiającemu wszystkie przygotowane przez niego druki – załączniki do specyfikacji.

W konsekwencji powyższego – Zamawiający powinien ocenić ofertę pod względem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w takim kształcie, w jakim została ona złożona, czyli bez założenia, że Odwołujący zaoferował produkty (towary, materiały, urządzenia, technologie czy rozwiązania) równoważne.

Co do kwestii zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie treści oferty, należy przyznać rację Odwołującemu – chociaż żądanie wyjaśnień samo w sobie nie jest bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego, to jednak jest to procedura dla niego korzystna, ponieważ służy głównie jemu samemu i ma mu pomóc w podjęciu prawidłowych decyzji na etapie badania i oceny ofert. Tym samym zamawiający powinien traktować wyjaśnienia jako użyteczne dla siebie narzędzie zdobywania dodatkowych informacji i korzystać z niego w miarę potrzeb nie zakładając z góry, że wyjaśnienia na pewno nie doprowadzą do żadnych rezultatów albo będą zmierzały do zmiany oferty – to zostanie ocenione dopiero po ich udzieleniu (przy czym ewentualną próbę zmiany oferty uznaje się za bezskuteczną i obowiązująca jest jej pierwotna treść).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

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

**Przewodniczący:** .....