

Sygn. akt: KIO 624/21

**WYROK**  
**z dnia 25 marca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2021 r. przez **wykonawcę Polskie Linie Oceaniczne S.A. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Morski w Gdyni z siedzibą w Gdyni**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1, odrzucenie w tej części na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oferty wykonawcy B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie w jakim wykonawca nie wskazał w kalkulacji cenowej załączonej do oferty nazwy producenta oferowanego produktu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Morski w Gdyni z siedzibą w Gdyni i**
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polskie Linie Oceaniczne S.A. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni na rzecz wykonawcy Polskie Linie Oceaniczne S.A. z siedzibą w Gdyni kwotę 17 644 zł 50 gr (słownie: siedemnaście tysięcy sześćset czterdzieści cztery złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Morski w Gdyni - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa prowiantu na statki szkoleniowe UMG w roku 2021” z podziałem na dwie części, nr postępowania: CRZP/195/2020/AZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane w dniu 31 grudnia 2020 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 stycznia 2021 r., za numerem 2021/S 002-002431. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 26 lutego 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Polskie Linie Oceaniczne S.A. z siedzibą w Gdyni. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni (dalej: „FHU ROAN”) w części 1 zamówienia, zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty ww. Wykonawcy w części 1 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawcy FHU ROAN do uzupełnienia braków w ofercie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp pomimo, że zgodnie z treścią SIWZ braki w ww. ofercie nie podlegały uzupełnieniu, zaś sama oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające - poprzez wezwanie do uzupełnienia braków w ofercie, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany (uzupełnienia) treści oferty wykonawcy FHU ROAN;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU ROAN, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

4) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające - poprzez wybór oferty wykonawcy FHU ROAN, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 1;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy FHU ROAN w części 1;
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 3.4 SIWZ określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów żywnościowych wg ilości i wielkości opakowań podanych w Formularzu Kalkulacja Ceny stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, zaznaczając jednocześnie w pkt 11.10 SIWZ, że na treść oferty oprócz wypełnionego i podpisanego Formularza Oferty składa się także „wypełniony i podpisany formularz Kalkulacja ceny sporządzony na podstawie wzoru załączonego do niniejszej SIWZ”. W kolumnie nr 3 przedmiotowego załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców podania nazw producentów oferowanych produktów. Tymczasem w załączonym do oferty wykonawcy FHU ROAN formularzu Kalkulacja ceny wykonawca ten nie podał ani jednej nazwy producenta wymaganych przez Zamawiającego produktów, pozostawiając w tych miejscach puste pola formularza, uniemożliwiając tym samym określenie poziomu jakości oferowanych produktów. Składające się na treść oferty Formularz ofertowy oraz Formularz - Kalkulacja ceny zawierają istotne postanowienia umowy, zgodnie z którymi wykonawca składa jednostronne zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia. Bezspornie, dla Zamawiającego niezwykle istotną rzeczą było to, aby przedmiot zamówienia był określony w sposób jednoznaczny, w zakresie wszystkich elementów składających się na zobowiązanie wykonawcy. Ważne jest, aby treść tego zobowiązania odpowiadała w pełni wymaganiom Zamawiającego wyartykułowanym w SIWZ. Na treść oferty składają się przede wszystkim postanowienia odnoszące się do kształtu przyszłego świadczenia. Zdaniem Odwołującego przyjąć należy, iż określenie przedmiotu przyszłego świadczenia należy uznać za tożsame z przedmiotem przyszłej umowy, a więc stanowi one z pewnością *essentia negotii* zobowiązania wykonawcy. Zasadnicze znaczenie dla kwalifikacji, czy mamy do czynienia z merytoryczną treścią oferty, ma przepis art. 82 ust. 3 ustawy pzp, który ustanawia zasadę, że treść oferty musi odpowiadać treści

SIWZ. Z powyższego należy wyciągnąć wniosek, iż to Zamawiający w SIWZ określa, które elementy składające się na zobowiązanie wykonawcy, mają charakter istotny dla Zamawiającego oraz będą stanowić podstawę do oceny oferty. Przez treść oferty należy uznać w szczególności te elementy oświadczenia woli wykonawcy, które odnoszą się do zakresu i kształtu przyszłego świadczenia, tj. przedmiotu umowy oraz sposobu i terminu jego realizacji.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia była dostawa prowiantu na statki szkoleniowe UMG w roku 2021 skonkretyzowanego przez wykonawców w ich ofertach poprzez podanie nazw producentów, brak wskazania w ofercie wykonawcy FHU ROAN nazw producentów oferowanych produktów stanowi istotną wadę oferty uniemożliwiającą jej ocenę, która nie mogła być sanowana poprzez zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, bowiem w linii prostej doprowadziło to do zmiany treści oferty tego wykonawcy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 21 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1252/16, z którego wynika, że wyżej opisane uchybienie wykonawcy FHU ROAN nie mogło być konwalidowane. Pomimo powyższego Zamawiający w dniu 8 lutego 2021 r. wezwał wykonawcę FHU ROAN do uzupełnienia Kalkulacji ceny. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca FHU ROAN złożył nową Kalkulację ceny zawierającą uprzednio brakujące informacje dotyczące nazwy producenta oferowanych produktów.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący zauważył, że wykonawca FHU ROAN, poprzez przywołane powyżej uzupełnienie Kalkulacji ceny zmienił treść swojej oferty po terminie jej złożenia wbrew treści przepisu art. 87 ust. 1 ustawy pzp, a Zamawiający pozwolił na niedozwoloną czynność, nie dokonując odrzucenia przedmiotowej oferty. Powołał się na wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019r., sygn. akt KIO 111/19. Odwołujący wskazał, że Zamawiający kierując się najważniejszymi zasadami udzielenia zamówień tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powinien był odrzucić ofertę wykonawcy FHU ROAN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające jako ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadniając zarzut 2 odwołania Odwołujący podkreślił, że ma on charakter wynikowy w stosunku do poprzedniego zarzutu odwołania. W konsekwencji bowiem wezwania wykonawcy FHU ROAN w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia braków złożonej oferty Zamawiający doprowadził do korzystniejszego potraktowania go w tym postępowaniu. Wykonawca pomimo złożenia oferty niezgodnej z SIWZ dostał dodatkową szansę na jej zmianę, co wobec przedstawionej w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu argumentacji należy potraktować jako niezasadne. Wobec powyższego, wezwanie wykonawcy FHU ROAN w tym stanie faktycznym doprowadziło do złamania zasady uczciwej

konkurencji oraz równości opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odnośnie zarzutu 3 odwołania Odwołujący zaznaczył, że ma on również charakter wynikowy w stosunku do zarzutu nr 1 odwołania. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy FHU ROAN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu do zarzutu nr 1.

W zakresie zarzutu 4 odwołania Odwołujący także określił, że ma charakter wynikowy w stosunku do poprzednich zarzutów odwołania. Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy FHU ROAN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające. W konsekwencji powyższego Zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Czynność Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające.

W dniu 11 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Uwzględniając okoliczność, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019) wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.) oraz mając na względzie, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 5 stycznia 2021 r. Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 26 lutego 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 3.4 SIWZ: *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów żywnościowych wg ilości i wielkości opakowań podanych w Formularzu Kalkulacja Ceny stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej SIWZ. Wymagania wobec wykonawcy: a) Wykonawca dostarczy artykuły wyłącznie w opakowaniach określonych w Formularzu Kalkulacja Ceny w ilości zgodnej z zapotrzebowaniem Zamawiającego, b) W przypadku braku zamówionego asortymentu znajdującego się w ofercie Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia tego artykułu w 12 godzin od chwili podjęcia informacji o jego braku lub dostawy zastępczego o cechach jakościowych i walorach spożywczych (smak, zapach, skład, barwa) nie gorszych niż produkt wymieniony przez Zamawiającego z zachowaniem cen ofertowych po uzgodnieniu z osobą upoważnioną ze strony armatora (...)*”

W pkt 3.5, 3.6, 3.7, 3.8 SIWZ Zamawiający określił równoważność w następujący sposób: *„3.5. Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych 3.6. Zamawiający dopuszcza użycie innych równoważnych materiałów, technologii i urządzeń, jeżeli są wskazane w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ, lecz muszą one spełniać wszystkie normy oraz być o parametrach nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego. 3.7. Ewentualne wskazane przez Zamawiającego w SIWZ nazwy własne, znaki towarowe, patenty i miejsce pochodzenia są uzasadnione specyfiką przedmiotu*

*zamówienia i mają na celu wskazanie jedynie jakości i parametrów przedmiotu zamówienia z uwagi na brak innych dostatecznie dokładnych określeń, które pozwalałyby opisać przedmiot zamówienia w tej części w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. 3.8. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Ustawy „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego” pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych.”*

W pkt 11.4., 11.7, 11.8, 11.10 SIWZ Zamawiający wskazał: „11.4 Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 11.7. Oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 11.8. Oferta musi być sporządzona według wzoru formularza oferty (załącznik nr 1) oraz formularza Kalkulacja ceny (załącznik nr 2). 11.10. Treść oferty: • Wypełniony i podpisany Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru załączonego do niniejszej SIWZ, • Wypełniony i podpisany formularz Kalkulacja ceny sporządzony na podstawie wzoru załączonego do niniejszej SIWZ.”

W pkt 14.10 SIWZ Zamawiający określił jakie omyłki poprawi w ofercie: „Zamawiający w ofercie poprawi, w szczególności: 2) jeżeli nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty: a: omyłki w treści złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą formularzy cenowych (w przypadku dostaw i usług), polegające na błędnym wpisaniu ilości jednostek lub nazwy jednostki miary oraz omyłki polegające na błędnym opisie w pozycji formularza cenowego, dostosowując ich treść do odpowiednich dokumentów wzorcowych zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; b: omyłki polegające na zdublowaniu tych samych pozycji w formularzu cenowym, w następujący sposób: c: zamawiający wykreśli z formularza cenowego zdublowane pozycje pozostawiając tylko jedną z nich; d: po wykreśleniu zdublowanych pozycji Zamawiający zsumuje wartości podane w pozostawionych formularzach cenowych i tak obliczoną cenę przyjmie jako cenę ofertową.”

W załączniku nr 2 do SIWZ – kalkulacja cenowa w kolumnie 3 Zamawiający żądał podania nazw producentów oferowanych produktów.

W kolumnie 2 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający podał nazwy i gramatury produktów przykładowo w następujący sposób: „poz. 82: Łosoś wędz. Norw. w plastrach 800g, poz. 92: Pasta kawiorowa 145 g typu ABBA, poz. 103: Szprot wędzony w oleju 170 g, poz. 112: Tuńczyk w sosie wł. w kawałkach 185 g, poz. 129: Jogurt owocowy 150 g typu Danone, poz. 133: Maślanka naturalna typu Mrągowska, poz. 138: Serek twarogowy 100 g typu Piątnica.”

Paragraf 2 ust. 4 wzoru umowy wskazywał, że „Zapotrzebowanie powinno zawierać dane



*takie jak : ilość, rodzaj zamawianych artykułów, termin i miejsce dostawy, datę wystawienia oraz być opatrzone pieczęcią statkową i podpisane przez Kapitana Statku i Intendenta.”*

Wykonawca B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni złożył dołączony do oferty załącznik nr 2 – Kalkulację cenową, w której kolumnę nr 3: nazwy producentów oferowanych produktów pozostawił nie wypełnioną.

Pismem z dnia 8 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia kalkulacji cenowej o informacje o nazwie producentów oferowanych produktów.

Wykonawca B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni uzupełnił dokument – kalkulacja cenowa z wypełnioną kolumną nr 3 – nazwy producentów oferowanych produktów.

W dniu 18 lutego 2021 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni jako najkorzystniejszą w części 1 zamówienia.

*Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”*

*W myśl art. 91 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

*Artykuł 26 ust. 3 ustawy pzp stanowi: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”*

*Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest*

*prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”*

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp: *„Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.”*

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy pzp: *„Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

Artykuł 140 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że *„Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.”*

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia dopuszczalności uzupełnienia informacji o nazwach oferowanych produktów w kalkulacji cenowej złożonej przez wykonawcę B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni. W ocenie Izby, wezwanie skierowane do ww. Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp było niedopuszczalne w zakresie w jakim powodowało istotną zmianę treści oferty oraz prowadziło do konwalidacji oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako nieopowiadającej treści SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że stanowisko Zamawiającego, iż podanie nazw producentów oferowanych produktów miało wyłącznie charakter informacyjny, nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ. Przede wszystkim Zamawiający określił w pkt 11.4., 11.7, 11.8, 11.10, jakie dokumenty składają się na treść oferty. Zgodnie z tymi postanowieniami na treść oferty składa się również załączona do oferty Kalkulacja cenowa – załącznik nr 2 do SIWZ sporządzona zgodnie z zapisami SIWZ. Oznacza to, że sam Zamawiający skonkretyzował, że kalkulacja będzie stanowiła treść oferty, a umieszczając w kalkulacji kolumnę nr 3, czyli nazwę producenta oferowanego produktu, żądał jej wypełnienia i złożenia wraz z ofertą.

Izba nie podziela również argumentacji Zamawiającego, że Zamawiający nie stawiał w zakresie żądanych produktów żadnych wymagań, których spełnienie wymagałoby weryfikacji ze strony Zamawiającego. W treści załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający przedstawił listę wymaganych produktów, poprzez określenie przykładowo wagi produktu czy typu danego produktu. Żądanie podania typu produktu oznacza nic innego, jak wskazanie na dany produkt, przy czym Zamawiający dopuszczał zaoferowanie produktów równoważnych.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w pkt 3.5 – 3.8 SIWZ. Co więcej, w sytuacji gdyby wykonawca zaoferował produkt nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego przykładowo w zakresie wagi, czy podałby produkt niespełniający warunków równoważności, Zamawiający byłby zobowiązany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Nie można zatem uznać, jak podnosił Zamawiający, że informacje te nie miałyby wpływu na ocenę oferty, czy decyzje podejmowane w postępowaniu, jak wybór najkorzystniejszej oferty. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający nie weryfikował i nie oceniał czy oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego opisane w kalkulacji cenowej. Na zaoferowanie produktu niespełniającego tych wymagań mógłby zwrócić uwagę wykonawca, który złożył ofertę konkurencyjną. Ponadto odróżnić należy kwestię wymagania podania w ofercie nazwy i producenta oferowanego produktu od postawienia żądania złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Pierwsza z nich dotyczy podania w ofercie określonej informacji, która stanowi jej treść, natomiast druga stanowi o dokumentach, które potwierdzają informacje zawarte w ofercie i jako takie podlegają uzupełnieniu.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego o funkcji informacyjnej nazw producentów oferowanych produktów nie świadczy treść pkt 3.4. SIWZ, zgodnie z którym w przypadku niedostępności danego produktu wykonawca może zastąpić go innym. Zamawiający postawił w tym miejscu warunek, że produkt zastępczy musi posiadać cechy jakościowe i walory spożywcze (smak, zapach, skład, barwa) nie gorsze niż wymieniony przez Zamawiającego. Nie potwierdza stanowiska Zamawiającego także § 2 ust. 4 wzoru umowy, który przewiduje, że w zgłoszeniu zapotrzebowania określa się nazwę produktu. Nie można zatem uznać, że informacja o nazwie i producencie oferowanego produktu jest informacją nie mającą znaczenia również dla realizacji przyszłej umowy. Wraz z oświadczeniem zawartym w kalkulacji cenowej Zamawiający dowiaduje się, jaki produkt otrzyma po zgłoszeniu zapotrzebowania. Otrzymuje również wiedzę, jaki produkt w przypadku jego niedostępności będzie mógł zostać zastąpiony przez inny. Izba podziela w tym zakresie argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 11 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2665/18: *„Brak podania w formularzu ofertowym producenta, typu/modelu zaoferowanego monitora, stanowi nieusuwalny brak oferty, ponieważ oznacza brak złożenia oświadczenia woli Odwołującego, co do tego jaki konkretny monitor oferuje. (...) Nie można natomiast podzielić stanowiska Odwołującego, iż powyższy brak podania producenta i modelu monitora jest jedynie brakiem formalnym, niemającym istotnego znaczenia. Przeciwnie, jest to brak o istotnym znaczeniu, dotyczy bowiem braku w zakresie wymaganego oświadczenia woli wykonawcy.”*

Wskazania wymaga, że zgodnie z art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.): *„Oświadczenie drugiej stronie woli*

*zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.*” Niewątpliwie do essentialia negotii umowy o zamówienie publiczne należy uznać oferowany przedmiot zamówienia oraz jego wielkość lub zakres, a także sposób realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Natomiast celem zamówienia jest uzyskanie oferty na konkretny produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca był zatem zobowiązany podać dane identyfikujące oferowany przedmiot zamówienia w formie oświadczenia w kalkulacji cenowej (nazwa producenta oferowanego produktu), co było równoznaczne ze złożeniem oferty na ten przedmiot i stanowiło treść oferty.

Powyższe potwierdza w ocenie Izby, że dokument kalkulacja cenowa stanowił treść złożonej oferty, kształtującej przyszłe zobowiązanie wykonawcy. W tym zakresie za nieprawidłowe i nieuprawnione należy uznać działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Wykonawcy B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni do uzupełnienia informacji o nazwach producentów oferowanych produktów. Przede wszystkim, jak słusznie podniósł Odwołujący, tryb art. 26 ust. 3 ustawy pzp stosuje się do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie: oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy pzp (wstępne potwierdzenie wykonawcy, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy spełnia kryteria selekcji), oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp (oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia) lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Kalkulacja cenowa, jako stanowiąca treść oferty nie mieści się zatem w katalogu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a ewentualnie wobec treści oferty Zamawiający mógłby przeprowadzić procedurę wyjaśniającą w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, czy też art. 87 ust. 2 pkt 3 (poprawienie innej omyłki), co w niniejszej sprawie nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym. Zauważyć bowiem należy, że Wykonawca B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni nie podał żadnej informacji w zakresie nazwy producenta oferowanych produktów, która mogłaby podlegać wyjaśnieniu, natomiast poprawa omyłki polegałaby na uzupełnieniu treści oferty o informacje, które w ogóle się w niej nie znalazły. Powyższe w oczywisty sposób prowadziłyby do konwalidowania oferty nieodpowiadającej postanowieniom SIWZ i do istotnej zmiany jej treści, co godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba zwraca uwagę, że sam Zamawiający w pkt 14.10 SIWZ przewidział, jakie omyłki poprawi w ofertach wykonawców i które uzna za dopuszczalne w zakresie, w jakim nie będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Sytuacja mająca miejsce w niniejszym postępowaniu nie mieści

się również w katalogu poprawy omyłek zawartych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należało że kalkulacja cenowa, w tym nazwy producenta oferowanego produktu, jako informacje stanowiące treść oferty i przyszłego zobowiązania wykonawcy, nie mogły podlegać uzupełnieniu czy wyjaśnieniu, a Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU ROAN Ship Chandler B. D. z siedzibą w Gdyni, jako nie odpowiadającą treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, co też znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia.

W konsekwencji potwierdziły się również zarzuty odwołania naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, gdyż poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji nieuprawnionym był wybór jako najkorzystniejszej oferty, która winna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 2 644,50 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

**Przewodniczący:** .....