

Sygn. akt: KIO 1908/11

WYROK

z dnia 20 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 września 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2011 r. przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: SANIMET Sp. z o.o., Krzysztof Grzywacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANIMET Krzysztof Grzywacz, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, ul. Kopalniana 10c, 42-271 Częstochowa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Miasto Katowice, Młyńska 4, 40-098 Katowice,**

przy udziale **Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o., ul. Komuny Paryskiej 5, 30-389 Kraków,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: SANIMET Sp. z o.o., Krzysztof Grzywacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANIMET Krzysztof Grzywacz, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót**

Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, ul. Kopalniana 10c, 42-271 Częstochowa, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: SANIMET Sp. z o.o., Krzysztof Grzywacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANIMET Krzysztof Grzywacz, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, ul. Kopalniana 10c, 42-271 Częstochowa**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Kolektor deszczowy od obiektu MCK, wzdłuż Al. Roździeńskiego, ze zrzutem wód do rzeki Rawy w rejonie oś. Gwiazdy w Katowicach”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie udzielane w częściach). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 105-171888.

W dniu 25 sierpnia 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych.

W dniu 5 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum w składzie: 1. SANIMET Sp. z o.o., ul. Kopalniana 10 c, 42-271 Częstochowa (lider), 2. Krzysztof Grzywacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SANIMET” Krzysztof Grzywacz, ul. Kopalniana 10 c, 42-271 Częstochowa, 3. Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich „LITZ” Feliks Fietz, ul. Nowina 38, 60-589 Poznań (dalej „Odwołujący”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91-92 ustawy Pzp względem badania i braku oceny oferty oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania.

Odwołujący wskazywał, że powziął wiadomość będącą podstawą powyższego odwołania w dniu 25 sierpnia 2011 r., czyli odwołanie jest złożone w ustawowym terminie.

Podnoszone wadliwe czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania,
2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert,
3. wskazania wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2011 r. pozyskał informację od Zamawiającego (pismo nr IN-I.271.1.30.2011.DK), iż w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania oraz wskazał jego wadliwy wynik. Odwołujący stwierdzał, iż badanie i ocena ofert zostało dokonane z obrazą zapisów ustawy Pzp.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły następujących czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania;

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Odwołującego, spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wskazanej regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego podlega rozpatrywaniu, gdyż nie jest niezgodna z ustawą Pzp, a jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jest ważna na gruncie odrębnych przepisów i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty, nie posiada oczywistych omyłek nie dających się poprawić, wyraża zgodę na poprawienie nieistotnej omyłki opisu przedmiotu zamówienia w zakresie kosztorysu ofertowego i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazywał, iż spełnia wszystkie warunki danego postępowania określone SIWZ i ustawowe. Oferta jest ważna, gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w SIWZ - zawartość oferty oraz sporządzona została zgodnie z SIWZ - sposób obliczenia ceny oferty. Złożona oferta jest również zgodna z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2011r. i 22 czerwca 2011r. w zakresie równoważności materiałów. Zamawiający niesłusznie stawia Odwołującemu zarzuty nieodpowiedniości treści oferty z wymaganiami SIWZ, a w szczególności w zakresie nieodpowiedniości równoważności materiałów w treści oferty z zapisami SIWZ. Tym samym podnoszenie po złożeniu ofert, że jest ona nieodpowiednia, narusza zasady udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wskazywał na wyrok KIO z dnia 14 września 2009 r. (KIO/UZP 1086/09, Lex nr 519557), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż skoro treść SIWZ (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Powoływał się też na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 1031/09, Lex nr 5139650): „w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ i niepoprawnych językowo Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców”;

i dodatkowo na wyrok: sygn. akt: KIO 1078/10:

„Należy również podnieść, że harmonogram i przedmiary stanowiły część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W orzecznictwie sądów powszechnych, a także KIO oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia (UZP/ZO/0-10/07)”.

Odwołujący wyjaśniał, że kosztorys ofertowy zawiera wszystkie elementy robót ujęte w SIWZ i przedmiarach robót.

Odwołujący wskazywał, że w pkt 21 SIWZ Zamawiający dopuścił rozwiązania „równoważne” materiałowo. Zgodnie z dokumentem: Pytania i odpowiedzi z 22 czerwca 2011 r. - pytanie nr 18 - Zamawiający w odpowiedzi określił, jak będzie oceniana równoważność. Odwołujący wskazywał, iż oświadczenie, które załączył do oferty - dowód w załączeniu do odwołania - jednoznacznie wykazuje równoważność zastosowanych materiałów w zakresie rur oraz wskazał na oświadczenie, że zastosowanie równoważnych materiałów nie będzie miało wpływu na termin zakończenia i dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego. Tym samym, kosztorys ofertowy zawiera cały wymagany przedmiot zamówienia i jest poprawnie wyceniony. Zdaniem Odwołującego, cały zakres wymaganych robót został wskazany oraz poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami zapisów SIWZ. Odwołujący wykona kompleksowo zadanie, zgodnie z dokumentacją projektową, STWiORB, prawem budowlanym i sztuką budowlaną i rzeczowo w wymaganych przez Zamawiającego terminach - co oświadczył w formularzu ofertowym. Tym samym brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia jego oferty. Jeżeli Zamawiający miał tu wątpliwość, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - zamiast odrzucać ofertę Odwołującego. Odwołujący zwracał uwagę na fakt, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie zażądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tym samym nieprawidłowo odrzucił ofertę. Zastosowanie regulacji odrzucenia oferty, zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Prezesa UZP T. Czajkowskiego z 2006 r. ma miejsce w odniesieniu tylko do przedmiotu zamówienia:

„Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82). Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a contrario

należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji"

Odwołujący podnosił, iż, jak wykazano, ustawodawca poprzez komentarz Prezesa UZP, dopuszcza alternatywną formę opisu dodatkowych treści oferty.

W tym zakresie jest również utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zwalczające narzucone przez projektodawców rozwiązania konstrukcyjne, zastosowanie materiałów tylko jednego wybranego producenta, niezgodnie z przepisami Dyrektyw UE - na stronach internetowych UZP.

2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego nie podlega punktacji (ocenie);

Zdaniem Odwołującego jego oferta podlega rozpatrywaniu i jest ważna z przyczyn wskazanych w pkt 1 i tym samym powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Odwołujący stwierdzał, iż nie przyjmuje argumentacji Zamawiającego wskazanej w odrzuceniu oferty. Zamawiający nie podał żadnego faktycznego uzasadnienia danego odrzucenia, co może jedynie świadczyć o braku argumentów merytorycznych oraz zamierzonym od samego początku, odrzuceniem oferty Odwołującego, która zajmuje 1 miejsce w cenie jako jedynym kryterium oceny ofert. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w instytucji odrzucenia oferty, materiały równoważne Odwołującego spełniają wszystkie wymagane parametry określone odpowiedziami z dnia 22 czerwca br. względem oceny równoważności. W odpowiedzi z dnia 22 czerwca 2011 r. (odpowiedź na pytanie nr 18), Zamawiający wskazał warunki oceny równoważności spełniające wymogi Zamawiającego dotyczące:

a) Zachowania średnic wewnętrznych rurociągów

Odwołujący w ofercie uwzględnił rurociągi o wymaganych przez Zamawiającego średnicach wewnętrznych określonych w odpowiedzi nr 2 z dnia 14 czerwca 2011r. („średnice rur nie mogą być mniejsze niż $D_w=1200\text{mm}$, $D_w=800\text{mm}$, $D_w=750\text{mm}$ i $D_w=500\text{mm}$ "). Tym samym, zastosowanie materiału równoważnego, jakim są rury żelbetowe, jest rozwiązaniem spełniającym wymagania SIWZ, w której Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, nie określając żadnych dodatkowych warunków poza wskazanymi w odpowiedzi z dnia 22 czerwca 2011 r. (odpowiedź na pytanie nr 18).

b) Przepływ normalny i maksymalny oraz pojemność osadnika i separatora

c) Skuteczność zatrzymywania substancji ropopochodnych separatora

d) Skuteczność zatrzymywania zawiesin mineralnych osadnika

e) Dostępność do czyszczenia osadnika i separatora

f) Średnica wlotów i wylotów oraz obejścia osadnika i separatora

Zdaniem Odwołującego punkty b,c,d,e,f- dotyczą warunków równoważności zastosowanych separatorów. W ofercie Odwołującego zastosowanie materiałów równoważnych dotyczy wyłącznie rur, kształtek i studni. Odwołujący w ofercie uwzględnił separatory wskazane w projekcie, więc niezrozumiałym jest podnoszenie w uzasadnieniu nieprawidłowego odrzucenia oferty wymagań dotyczących przepływu normalnego i maksymalnego oraz pojemności osadnika i separatora.

g) Spadki podłużne rurociągów

Spadki zostaną zachowane zgodnie z Projektem Technicznym. Zamiana rur GRP na rury żelbetowe czy inne nie powoduje zmiany spadków. W przypadku ewentualnych kolizji, Odwołujący zaproponuje rozwiązanie i poniesie koszty ewentualnego przeprojektowania, co Odwołujący zawarł w oświadczeniu załączonym do oferty.

h) Sztywność rur przeciskowych

Rury żelbetowe są rurami całkowicie sztywnymi, w związku z czym ich sztywność nie wymaga weryfikacji takiej, jak w przypadku rur GRP. Określenie sztywności obwodowej dotyczy tylko rur z tworzyw sztucznych.

Wątpliwość Odwołującego budzi przewidziane w projekcie zastosowanie rur GRP do mikrotunelingu, jak i do wykopu otwartego o tak wysokich parametrach sztywności. Materiał z GRP o sztywności SN 160000 i SN 100000 jest o wiele droższy i zastosowanie go do wykopu otwartego jest nieuzasadnione zarówno technologicznie, jak i ekonomicznie. Rury żelbetowe zaproponowane przez Odwołującego są materiałem o wiele tańszym, powszechnie stosowanym w bogatszych niż Polska krajach całej Europy. Projektant nie musi kwalifikować rur pod względem sztywności, gdyż jest to materiał całkowicie sztywny, tym samym spełniający wymagania Zamawiającego.

i) Odporność rur i studni na odkształcenia

Rury żelbetowe nie ulegają odkształceniom

j) Dopuszczenie wszystkich materiałów do stosowania w budownictwie i ich trwałości

Rury żelbetowe są powszechnie stosowane w budownictwie i posiadają wszelkie niezbędne atesty, które Odwołujący dołączył do oferty.

Zastosowanie rur żelbetowych jako materiału równoważnego dało gwarancję ich trwałości (materiał stosowany od lat w krajach całej Europy) oraz pozwoliło na obniżenie ceny oferty Odwołującego, co z pewnością ma znaczenie dla Zamawiającego dysponującego środkami publicznymi. Różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a nieprawidłowo wskazaną przez Zamawiającego ofertą wynosi 4.831,851,00 zł.

Zgodnie z polskim prawem budowlanym zmiana materiałów (w tym przypadku zastosowanych rur, kształtek i studni) nie powoduje konieczności zmiany pozwolenia na budowę. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Odwołujący załączył do oferty dokumenty dotyczące rozwiązań równoważnych oraz oświadczenie, że zastosowanie materiałów równoważnych nie będzie generowało dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Tym samym Odwołujący spełnił wszystkie wymagania Zamawiającego dotyczące zastosowanych rozwiązań równoważnych i nieuprawnione jest podnoszone w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdzenie, że zastosowanie materiałów równoważnych może generować dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego. Konsekwencją wadliwych w/w czynności Zamawiającego jest wskazanie wadliwego wyniku postępowania na ofertę o 4.831.851,00 zł droższą od oferty Odwołującego.

3. wskazania wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Odwołujący podnosił, iż to jego oferta jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami naruszył przepisy ustawy Pzp, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe narusza dobre imię Odwołującego i naraża go na utratę sporych korzyści. Oferta Odwołującego jest najtańsza i najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Odwołujący podnosił, iż narusza to przepisy ustawy o finansach publicznych w zakresie marnotrawienia środków publicznych i pieniędzy podatników o wskazaną kwotę. Narusza także zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Zdaniem Odwołującego należy również wziąć pod uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 1 maja 2004, władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań

prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów Pzp musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Wskazywał na treść art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG

„Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych”.

Odwołujący wskazywał, iż jak widać z treści powyższego przepisu dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Z tych też względów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności względem żądań Odwołującego:

1. powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnej oferty Odwołującego,
3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji,
4. wskazanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i terminu zawarcia umowy.

Ten stan prawny zdaniem Odwołującego uzasadnia wnioski zgłoszone w niniejszym odwołaniu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 5 września 2011 r.

W dniu 6 września 2011 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 9 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o., ul. Komuny Paryskiej 5, 30-389 Kraków (dalej „Przystępujący”). Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący oświadczał, że posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na

korzyść Zamawiającego. Odrzucenie oferty Odwołującego skutkuje wyborem oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. Odwołujący niezgodnie z zapisami SIWZ zmienił materiały wymagane przez Zamawiającego do wykonania niniejszego zamówienia. Proponowanych przez Odwołującego materiałów - rur i elementów studni w żadnym wypadku nie można uznać za równoważne do materiałów szczegółowo opisanych w SIWZ, w szczególności w dokumentacji technicznej. Przystępujący wskazywał, iż w dniu 14 czerwca 2011 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 wykonawców „Czy Zamawiający (...) dopuszcza zastosowanie rur i kształtek z innych materiałów niż GRP np. polimerobeton, żelbet?” wyraźnie i jednoznacznie wyjaśnił, że „Projektowany kolektor należy wykonać zgodnie z opracowaną dokumentacją tj. musi spełniać wszystkie wymagania techniczne zawarte w Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym”. Oczywistym stało się zatem, że Wykonawcy nie mogą stosować rur ani kształtek o parametrach innych niż GRP. Ponieważ producentów i dystrybutorów rur, studni i kształtek z GRP jest na rynku kilku a projekt wykonawczy opracowano w oparciu o obliczenia statyczne tylko jednych z nich, Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp, odpowiedziami z dnia 22 czerwca 2011 na pytanie nr 18 jedynie doprecyzował, jakie parametry rury, kształtki i studnie muszą spełniać, aby można je było uznać za materiał równoważny do zaprojektowanego. Zupełnie nieuzasadnione w tym przypadku jest twierdzenie Odwołującego, że „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest do końca zrozumiała”. Treść SIWZ oraz odpowiedzi do niej nie budziła żadnych wątpliwości zarówno u Przystępującego, jak i pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Niedająca się racjonalnie uzasadnić błędna interpretacja i trudność w zrozumieniu jasnych zapisów SIWZ przez Odwołującego nie może w żadnym wypadku tłumaczyć jego niezgodnego z SIWZ postępowania. Zezwolenie na tego typu praktyki byłoby jawnym naruszeniem zarówno przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje równe traktowanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Niezależnie od powyższych argumentów na to, że Odwołujący nie miał prawa zaproponować do wykonania zadania rur i kształtek żelbetowych, twierdzenie Odwołującego, że rury żelbetowe można uznać za równoważne do rur GRP jest na gruncie analizy technicznej nieprawdziwe. Nawet Odwołujący potwierdza wprost, że zaproponowany przezeń materiał nie spełnia warunku posiadania technicznych parametrów równoważnych z materiałami przyjętymi przez Zamawiającego. Czyni to na stronie 5 odwołania w punkcie h). Stwierdza, że materiał przez niego zaproponowany nie posiada właściwości pozwalających na określenie sztywności obwodowej. W tym samym punkcie Odwołujący dodatkowo

oświadcza, że materiał przezeń zaproponowany jest całkowicie sztywny. Użyte przez odwołującego dodatkowe określenie „całkowicie” jest kolejnym dowodem lekceważenia przez niego podstaw wiedzy pozwalającej na bezpieczne i skuteczne wykonanie obiektów budowlanych. Żadna poważna firma nie będzie się starała udowodnić, że materiał elastyczny np. guma ma podobne parametry jak materiał sztywny np. szkło. Z większej wytrzymałości szkła nie można wyciągnąć wniosku, że może być ono zastosowane do wykonania opon samochodowych. Przystępujący podnosił, iż mając świadomość, że użycie materiału droższego spowoduje przegraną w przetargu, ze szczególną pieczołowitością sprawdził, że rury wymagane przez Zamawiającego potrafią przenieść duże siły pomimo częściowego odkształcenia, a rury żelbetowe nie. Zjawisko to zupełnie eliminuje rury żelbetowe z grupy materiałów spełniających wymagania SIWZ. Ustawodawca nie daje startującemu w przetargu prawa decyzji co do rodzaju zastosowanego materiału. Skoro jednak Odwołujący podjął tego typu zupełnie nieuprawnioną, zdaniem Przystępującego, polemikę, Przystępujący wskazywał, że szczególnie na górniczych terenach Śląska może dojść do ruchów gruntu wymuszających odkształcenia rur. Ruchy te generują ogromne siły, przy których sztywność rur żelbetowych może okazać się niewystarczająca, a zdolność do utrzymywania wytrzymałości pomimo odkształcenia rur GRP pozwala na dalszą zdolność do eksploatacji kanału. Rozwiązania materiałowe zaproponowane przez Odwołującego są niemożliwe do wykonania, biorąc po uwagę rozwiązania projektowe. Jednym z przykładów jest konieczność trzykrotnego skrzyżowania z istniejącym Kolektorem „Wełnowieckim” DN 1800 mm oraz kolektorem wód kopalnianych DN 500 mm na trasie kolektora 2xDN 750 mm. W przypadku zamiany materiału rury żelbetowe o znacznie większej średnicy zewnętrznej (DA 1100 mm przy DA 860 mm w wypadku rury GRP) nie będzie możliwości bezkolizyjnego przejścia pod ww kolektorami, bez zmiany spadków lub średnicy wewnętrznej projektowanego kolektora, czego Zamawiający wyraźnie zakazuje.

Reasumując, Przystępujący zauważał, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania przetargowego była jak najbardziej zasadna, a jej brak stanowiłby akt pogwałcenia podstawowej zasady równego traktowania oferentów i dokonania wyboru oferty niezgodnie z ustawą Pzp oraz SIWZ, dlatego wnosił jak na wstępie. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu

W dniu 15 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła faxem odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazywał, iż nie kwestionuje spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i dlatego Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, jednak, zdaniem Zamawiającego, zaproponowane przez Odwołującego materiały (tj. rury, studnie i

kształtki żelbetowe HABA - BETON) nie spełniają wymogów dotyczących równoważności z materiałami wymaganymi przez Zamawiającego określonych w dokumentacji projektowej oraz są niezgodne z odpowiedziami udzielonymi w dniu 14 czerwca 2011 r. i 22 czerwca 2011 r. w zakresie równoważności materiałów. Projekt techniczny przewidywał, że kolektor deszczowy i ułożenie kolektora metodą mikrotunelingu zostanie wykonane przy zastosowaniu rur GRP z żywic poliestrowych. Takie założenia projektowe wynikały ze zaktualizowanej koncepcji nowego kolektora deszczowego. Koncepcja ta była pozytywnie zaopiniowana przez Wydział Rozwoju Miasta Katowice, Katowicką Infrastrukturę Wodociągową i Kanalizacyjną oraz Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów Kanalizacji. Zamawiający w punkcie 21 SIWZ dopuścił zastosowanie materiałów równoważnych. Zapis pkt 21 SIWZ był precyzyjny i wskazywał, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów równoważnych lub rozwiązań równoważnych pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych, pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w SIWZ. Doprecyzowaniem tych zapisów SIWZ były odpowiedzi na pytania umieszczone na stronie internetowej. Wskazywały one również, że materiały równoważne nie mogą spowodować odmiennego sposobu wykonania zamówienia. Odpowiadając na pytanie wykonawców nr 18 z dnia 22 czerwca 2011r., Zamawiający wskazał warunki równoważności, tj.: za rozwiązania równoważne (tj. materiały równoważne lub rozwiązania równoważne pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych), które będą uznane przez Zamawiającego muszą spełniać wszystkie warunki techniczne i funkcjonalne rozwiązań projektowych oraz nie mogą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Przytaczanie wyroków KIO przez Odwołującego odnośnie nieprecyzyjnych zapisów SIWZ jest bezprzedmiotowe. Zamawiający w odpowiedziach wskazał również minimalne parametry, które mają być zapewnione poprzez określenie minimalnych średnic wewnętrznych. W stosunku do średnic zewnętrznych Zamawiający postawił wymóg, że muszą być zgodne z przyjętą technologią. Producentów i dystrybutorów rur i kształtek z żywic poliestrowych GRP na rynku jest kilku, więc dopuszczenie równoznaczności nie oznaczało możliwości zaproponowania ofert wariantowych. Takie stanowisko jest też zawarte w wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1235/11: *„Odnosząc się do argumentu o konieczności dopuszczenia ofert równoważnych, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z postanowieniami pkt. (...) SIWZ Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych i wariantowych, a dodanie przez Zamawiającego do SIWZ zapisu „lub równoważne o porównywalnych parametrach” nie oznacza dopuszczenia do oferty produktów „równoważnych” pod względem parametrów, lecz dotyczy wyłącznie sytuacji, gdyby w SIWZ wskazano konkretnego producenta lub nazwę własną materiałów”*. Przed terminem składania ofert,

odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców, czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur i kształtek z innych materiałów niż GPR, jednak o nie gorszych parametrach np. polimerobeton, żelbet, Zamawiający dał jednoznaczną odpowiedź, że nie tylko materiał winien spełniać określone w dokumentacji projektowej parametry, ale również wykonanie kolektora musi być zgodne z opracowaną dokumentacją. Wynika z tej odpowiedzi, że można stosować tylko takie materiały równoważne, które zagwarantują wykonanie zamówienia zgodnie z projektem. Wszyscy pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyli oferty z zastosowaniem rur GRP.

Zamawiający nie miał wątpliwości, jakie rury zaproponował Odwołujący, więc nie było podstaw do wzywania go do udzielenia wyjaśnień. W sytuacji, gdy z oferty wynika jednoznacznie, jakie rury i o jakich średnicach zaproponował wykonawca, to wzywanie wykonawcy do wyjaśnień byłoby bezprzedmiotowe. Jeśli wykonawca nie zgadzał się z rozwiązaniami konstrukcyjnymi zaproponowanymi przez projektanta, to powinien był przed terminem składania ofert złożyć odwołanie. Przed terminem składania ofert żaden z wykonawców nie zarzucił Zamawiającemu, że projekt jest niezgodny z Dyrektywami Unii Europejskiej – wyrok z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1235/11: *„Nie można nie zauważyć, iż w istocie zarzuty Odwołującego wymierzone są przeciwko treści SIWZ, a ta na obecnym etapie postępowania nie może zostać skutecznie przez niego podważona z uwagi na spóźnione podniesienie tego zarzutu. Zgodnie bowiem z art 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej ”*

Zamawiający w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania podał podstawę prawną i faktyczną. Materiały zaproponowane przez Odwołującego nie spełniają parametrów dotyczących przepływu nominalnego i maksymalnego oraz spadków podłużnych rurociągów. Materiały zaproponowane przez Odwołującego generowałyby dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego. Na podstawie oferty Odwołującego oraz katalogu producenta zaproponowanych przez niego rur i kształtek Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w swojej ofercie zastosował zamiast rur GRP :

- Rury żelbetowe o średnicach Dw 1200 , Dz 1490 (rury GRP mają średnice Dw 1200mm Dz 1280),
- Rury żelbetowe o średnicach Dw 800 , Dz 960 (rury GRP- mają średnice Dw 800mm Dz 860),

Zgodne z wymaganiami Zamawiającego są tylko średnice wewnętrzne, natomiast średnice zewnętrzne są niezgodne z przyjętą technologią wykonania kolektora deszczowego i mikrotunelingu. Przyjęte średnice wewnętrzne podane w ofercie nie spełniają przepływów, tj. projekt przyjmuje $Q = 1.927$ l/s (przy wypełnieniu nominalnym 0,85%) dla DW 1200 mm, natomiast Odwołujący wskazuje rurę o większej chropowatości, której przepływ wynosi tylko 1.483 l/s przy takim wypełnieniu dla średnicy DW 1200 mm (brakuje więc 444 l/s tj. 23% projektowego przepływu). W takim przypadku Odwołujący musiałby zastosować większą średnicę dla rur żelbetowych tj. DW 1400 mm, które spełniłyby przepływ $Q=1.927$ l/s. W terenie, w którym budowany jest kolektor, nie jest możliwe zastosowanie rur o tak dużych średnicach zewnętrznych, dlatego też zdaniem Zamawiającego ich zastosowanie pociągnie za sobą konieczność ponownych uzgodnień technicznych związanych ze zmianą materiałów u:

- Zamawiającego (w zakresie koncepcji i projektu technicznego), w tym warunków technicznych TS/TS/PM/84/9521/1O124/1O171/2010 z dnia 06 grudnia 2010 r. odprowadzenia wód deszczowych z obiektu MCK wzdłuż al. Roździeńskiego po ich wcześniejszym podczyszczeniu do rzeki Rawy wraz z uzgodnieniem wydanym przez Katowickie Wodociągi S.A. + protokół 144a/KD/2010 z posiedzenia Rady Technicznej z dnia 17 listopada 2010 r.,
- innych gestorów sieci zewnętrznych, u których uzgodnienia objęły przedmiotową dokumentację wodociągi, ciepłociągi, kopalnia tj. :
 - 1) decyzji Nr 127/2010/cp - określającej warunki i zasady zagospodarowania terenu oraz jego zabudowy (w pkt 1 podano średnicę $\varnothing 1200 \pm 5\%$ - $\varnothing 1.400$ nie mieści się w tej tolerancji);
 - 2) decyzji Nr 22/2011/cp - określającej warunki i zasady zagospodarowania terenu oraz jego zabudowy (w pkt I uszczegóławia średnice w związku z kolizją kolektora węłnowieckiego na $\varnothing 750$);
 - 3) opinii 6.III. MP 7442-16/2011 ZUDP Katowice wskazującej uzgodnienia branżowe projektu:
 - a) Katowickie Wodociągi S.A.,
 - b) Wydział Inwestycji,
 - c) Centralny Zakład Odwadniania Kopalń Czeladź,
 - d) PEC Katowice,
 - e) Vattenfall,
 - f) inne wskazane w projekcie budowlanym – załączniki.

W miejscu budowy nowego kolektora deszczowego, znajdują się już dwa kolektory istniejące, które krzyżują się z projektowanym na rzędnych wysokościowych:

- a) kolektor wełnowiecki DN (DW) 1.800 mm - na głębokości: góra rury 1.33 m, dół rury 3.53 m,
- b) kolektor wód dołowych kopalnianych Kp 500 PCV na głębokości: góra rury 3.35 m, dół rury 3,85 od terenu.

Zdaniem projektanta w przypadku zastosowania rur o średnicach zewnętrznych takich, jak w ofercie Odwołującego, nie będzie możliwe bezkolizyjne przejście pod kolektorem kopalnianym (góra projektowanej rury 3.95 m przy dole rury istniejącej 3.85 m oraz pod kolektorem wełnowieckim (góra rury projektowanej 3.91 m przy dole rury istniejącej 3.53 m) bez zmiany spadków lub średnicy wewnętrznej projektowanego kolektora. Zamawiający nie dopuszczał takiego rozwiązania, ponieważ w przypadku kolektora wełnowieckiego nie można pozwolić na większe zmniejszenie spadków od zaprojektowanych, z uwagi na to, że nie będzie to zgodne z przepisami, a także będzie niewykonalne. Zamawiający zauważał, że średnice rur, takich jak zaproponował Odwołujący w ofercie, nie mogą być zastosowane z powodu braku przepływu, więc muszą być zmienione na większe, a to jeszcze pogorszy sytuację kolizyjną. Odwołujący twierdzi, że spadki zostaną zachowane zgodnie z projektem technicznym i zmiana materiału rur nie spowoduje zmiany spadków, jednak już w swojej ofercie przewidywał, że konieczne będą inne spadki i w ofercie zastrzegł, że w przypadku zaistnienia kolizji wysokościowej (w stosunku do rzędnych podanych w projekcie) związanej z zastosowaniem materiałów równoważnych, wykonawca zobowiązuje się do usunięcia kolizji na własny koszt, oświadczając jedynie, że nie będzie to miało wpływu na termin zakończenia inwestycji i nie będzie generowało dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Zdaniem projektanta - w przypadku wystąpienia kolizji - konieczna byłaby aktualizacja całego projektu wykonawczego, jak również ewentualna zmiana pozwolenia na budowę w przypadku konieczności zmiany trasy kolektora.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że zastosowanie materiałów nie będzie miało wpływu na termin zakończenia i dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego. Jednak oświadczenie to dotyczyło tylko zaistnienia kolizji wysokościowej, nie dotyczyło wszystkich aspektów związanych z zastosowaniem materiałów cięższych niż te, które zostały zaprojektowane (ciężar dwukrotnie większy). Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania stwierdził, że materiały zaproponowane przez Odwołującego będą generować dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego, tj. koszty związane z koniecznością dodatkowego wzmocnienia gruntu. Koszty te nie zostały przewidziane w oświadczeniu Odwołującego. Zdaniem projektanta tak ciężkich rur grunt „nie przeniesie” bez jego dodatkowego wzmocnienia i zmiana materiałów pociągnie za sobą konieczność dodatkowego sposobu zwiększenia nośności gruntów wg obliczeń konstrukcyjnych (zwłaszcza na odcinku od studzienki S2 do studzienki S8, gdzie grunt jest słabonośny - co przedstawia dokumentacja

geotechniczna - element projektu i SIWZ. Warunki geologiczne stanowiły załącznik do SIWZ, więc wykonawca, który chciał zmienić materiały, z których wykona przedmiot zamówienia, powinien wykazać w ofercie, że jest możliwe w takich warunkach stosowanie tak ciężkich materiałów. Zamawiający w odpowiedziach z 14 czerwca 2011 r. wyraźnie stwierdził, że projektowany kolektor należy wykonać zgodnie z opracowaną dokumentacją, tj. musi spełniać wymagania techniczne zawarte w SIWZ. Te wymagania techniczne to również warunki geotechniczne terenu.

Zamawiający podnosił, iż nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie podał innych dodatkowych warunków równoznaczności poza wymaganiami:

- Przepływu normalnego i maksymalnego oraz pojemności osadnika i separatora,
- Skuteczności zatrzymywania substancji ropopochodnych separatora,
- Skuteczności zatrzymywania zawiesin mineralnych osadnika,
- Dostępności do czyszczenia osadnika i separatora,
- Średnica wlotów i wylotów oraz obejścia osadnika i separatora.

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

„Za rozwiązania równoważne (tj. materiały równoważne lub rozwiązania równoważne pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych) które będą uznane przez Zamawiającego muszą spełniać wszystkie warunki techniczne i funkcjonalne rozwiązań projektowych oraz nie mogą generować dodatkowych kosztów po stronie zamawiającego. Wykonawca proponujący rozwiązania równoważne winien przedstawić go jako załącznik do oferty. Ocena równoważności rozwiązania: należy zachować wielkości nie mniejsze niż w projekcie:

- *Średnic wewnętrznych i rurociągów,*
- *Przepływu normalnego i maksymalnego oraz pojemności osadnika i separatora,*
- *Skuteczności zatrzymywania substancji ropopochodnych separatora,*
- *Skuteczności zatrzymywania zawiesin mineralnych osadnika,*
- *Dostępności do czyszczenia osadnika i separatora,*
- *Spadków wlotów i wylotów oraz obejścia osadnika i separatora,*
- *Spadków podłużnych rurociągów.*
- *Sztywności rur przyciskowych*
- *Odporności rur i studni na odkształcenia*
- *Dopuszczenia wszystkich materiałów do stosowania w budownictwie i ich trwałości”.*

Punk 21 SIWZ dotyczy materiałów równoważnych lub rozwiązań równoważnych pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnia uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w SIWZ.

Odpowiedzi na pytania umieszczone na stronie internetowej wskazywały, że materiały równoważne nie mogą spowodować odmiennego sposobu wykonania zamówienia. Odwołujący w swym odwołaniu stwierdza, że materiał przez niego zaproponowany nie posiada właściwości pozwalających na określenie sztywności obwodowej i oświadcza, że materiał przez niego zaproponowany jest całkowicie sztywny. Jednak z uwagi na to, że kolektor jest usytuowany na terenie górniczym (pokopalnianym) parametrów dotyczących sztywności zaproponowanych rur nie można rozpatrywać bez odniesienia się do odporności rur na odkształcanie.

Zdaniem Zamawiającego nie został potwierdzony zarzut naruszenia zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszyscy wykonawcy na tych samych zasadach w warunkach występowania konkurencji mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienia, w tym sam Odwołujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

SIWZ Część II – Przedmiot zamówienia i termin jego realizacji w pkt 9 „Przedmiot zamówienia” przewiduje, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Kolektor deszczowy od obiektu MCK, wzdłuż Al. Roździeńskiego, ze zrzutem wód do rzeki Rawy w rejonie oś. Gwiazdy w Katowicach”. W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do wykonania robót zgodnie z poniższym zestawieniem:

- kanały z rur wykonanych z GRP Dn 1200-258m,
- kanały z rur wykonanych z GRP Dn 750-158m,
- kanały z rur wykonanych z GRP Dn 800-15m,
- kanały z rur wykonanych z GRP Dn 500-5m,
- kanały z rur wykonanych z PVC Dn 500 -60m,
- kanały wykonane metodą mikrotunelingu z rur GRP Dn 1200-925m,
- kanały wykonane metodą mikrotunelingu z rur GRP Dn 750-142m,
- studnie rewizyjne kanalizacyjne wykonane z GRP – 28 kpl,
- strunie rewizyjne kanalizacyjne żelbetowe – 3 kpl,
- separator i osadnik z polimerobetonu – 1 kpl,
- tymczasowe komory przewiertowe – 17 kpl,

- drogi, podjazdy i chodniki o nawierzchni z kostki betonowej – 579 m2,
- drogi, podjazdy o nawierzchni z asfaltu – 110 m2,
- drogi tymczasowe o nawierzchni z żelbetowych płyt drogowych – 2850m2,
- wykonanie trawników – 4300m2,
- tymczasowa organizacja ruchu drogowego,
- roboty inne wynikające z zastosowanej technologii.

Szczegółowy zakres prac określa przedmiar robót (załącznik nr 6 do SIWZ), wzór umowy (załącznik nr 7 do SIWZ), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (załącznik nr 9 do SIWZ), dokumentacja projektowa (załącznik nr 10 do SIWZ).

W pkt 21 SIWZ przewidziano:

„Tam, gdzie w dokumentacji projektowej lub przedmiarach, lub innych elementach SIWZ zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub wskazane normy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań „równoważnych” pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ”.

W wyjaśnieniach treści SIWZ – odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 14 czerwca 2011 r.

Pytanie 3: *„Czy Zamawiający zgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29.01.2004 rozdz. 2 Art. 30, opisując przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących normy zharmonizowane, dopuszcza zastosowanie rur i kształtek z innych materiałów niż GRP jednak o nie gorszych parametrach np. polimerobeton, żelbet ?”*

Odpowiedź:

„Ad. 3 Projektowany kolektor należy wykonać zgodnie z opracowaną dokumentacją tj. musi spełniać wymagania techniczne zawarte w Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym. Zgodnie z SIWZ pkt 20.8. g,j „W kosztach pośrednich należy uwzględnić wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, a nie wyszczególnione w żadnej pozycji Przedmiaru Robót”.

W wyjaśnieniach treści SIWZ – odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 22 czerwca 2011 r. na pytanie nr 18 *„zwracam się z wnioskiem o modyfikację pkt 21 SIWZ w którym wskazano, iż Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne do rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej i przedmiarach, poprzez wskazanie warunków równoważności. Wskazujemy, iż dopuszczenie rozwiązań równoważnych do SIWZ generuje konieczność*

wskazania sposobu oceny równoważności przez Zamawiającego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO: „opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania – zawarcia ważnej umowy w sprawie jego wykonania. Aby było to możliwe Zamawiający musi nie tylko opisać przedmiot zamówienia w s.i.w.z. w sposób jasny, zrozumiały i wyczerpujący, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jaki produkt mogą zaoferować (przepis art. 29 ust. 1 pzp), ale jednocześnie ten sposób opisu nie może utrudniać uczciwej konkurencji (...) Zaniechanie podania minimalnych wymagań w zakresie sposobu oceny równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi nie tylko naruszenie dyspozycji przepisu art. 29 ust. 3 pzp, ale również może utrudniać uczciwą konkurencję, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców mogących zaoferować inne produkty tej samej klasy, jak wskazane jako referencyjne w s.i.w.z.(...)” (wyrok KIO z dnia 25.08.2010r. KIO/UZP 1733/10). Zamawiający nie precyzując sposobu oceny równoważności powoduje, iż wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie są w stanie zweryfikować, czy zaoferowane przez nich roboty i dostawy spełnią wymogi Zamawiającego” przewidziano:

„Ad. 18 Rozwiązania równoważne, które będą uznane przez zamawiającego muszą spełniać wszystkie warunki techniczne i funkcjonalne rozwiązań projektowych oraz nie mogą generować dodatkowych kosztów po stronie zamawiającego. Wykonawca proponujący rozwiązanie równoważne winien przedstawić go jako załącznik do oferty. Ocena równoważności rozwiązania: należy zachować wielkości nie mniejsze niż w projekcie

- średnic wewnętrznych rurociągów,
- przepływu normalnego i maksymalnego oraz pojemności osadnika i separatora,
- skuteczności zatrzymywania substancji ropopochodnych separatora,
- skuteczności zatrzymywania zawieszin mineralnych osadnika,
- średnicy wlotów i wylotów oraz obejścia osadnika i separatora,
- spadków podłużnych rurociągów,
- sztywności rur przeciskowych,
- odporowości rur i studni na odkształcenia,
- dopuszczenia wszystkich materiałów do stosowania w budownictwie i ich trwałości.”

Odwołujący w treści oferty oświadczył, iż jego oferta została opracowana w oparciu o materiały równoważne tzn. rury, studnie i kształtki żelbetowe. Stwierdził, iż rury żelbetowe spełniają zapisy SIWZ i odpowiedzi na pytania, w których Zamawiający określa, że średnica wewnętrzna rury czyli Dw nie może być mniejsza niż 1200mm i 800 mm i 750mm i 500mm. Materiał ten spełnia wszystkie wymogi, jakie powinien spełniać materiał równoważny, zgodnie z odpowiedzią z dnia 22 czerwca 2011 r. odpowiedź nr 18 tj.:

1. minimalnych średnic wewnętrznych rurociągów,

2. sztywności rur przepisowych,
3. odporności rur i studni na odkształcenia,
4. dopuszczenie wszystkich materiałów do stosowania w budownictwie i ich trwałość.

Stwierdzał, iż w przypadku zaistnienia kolizji wysokościowej (w stosunku do rzędnych podanych w projekcie) związanej z zastosowaniem materiałów równoważnych, Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia kolizji na własny koszt, z gwarancją, że nie będzie to generowało dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający stwierdzał, iż na podstawie opinii projektanta Komisja uznała, że zaproponowanych materiałów nie można uznać za równoważne. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, która została opublikowana na stronie internetowej materiały równoważne nie mogą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, a zdaniem projektanta taka sytuacja miałaby miejsce przy zastosowaniu materiałów zaproponowanych przez Odwołującego. Ponadto materiały te nie spełniają parametrów dotyczących przepływu normalnego i maksymalnego oraz spadków podłużnych rurociągów.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium - cena), która została przez Zamawiającego odrzucona. Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. , ul. Komuny Paryskiej 5, 30-389 Kraków - Przystępującego z uwagi na spełnienie przez tegoż wykonawcę przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, odpowiedzi na pytania z dnia 14 czerwca 2011 r. i 22 czerwca 2011 r., ofertę Odwołującego, odwołanie, przystąpienie do

postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo projektanta do Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2011 r. (znak: L.dz. 2019/BC/08/11), wskazany przez projektanta sposób wyliczenia wielkości przepływów, przedłożoną przez Odwołującego opinię techniczną dr inż. Andrzeja M. z Wydziału Budownictwa Politechniki Opolskiej z dnia 15 września 2011 r. w zakresie informacji zawartych w piśmie projektanta do Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2011 r. (znak: L.dz. 2019/BC/08/11), którą jako opinię prywatną Izba uznała za stanowisko Strony. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii sanitarnej na okoliczność, czy Odwołujący zaproponował materiały równoważne do przewidzianych w SIWZ. Izba uznała, iż postępowanie przed Izba ma charakter kontradiktoryjny i to Strony zobowiązane są przede wszystkim do przedstawiania i prezentacji dowodów na poparcie swojego stanowiska. Ponadto obowiązek wykazania Zamawiającemu równoważności zaproponowanych materiałów spoczywa na wykonawcy, zaś Izba dokonuje oceny przedstawionych w tym zakresie dowodów, z uwzględnieniem wymogów SIWZ oraz stanowisk zainteresowanych podmiotów. Zdaniem Izby dla dokonania takiej oceny i rozstrzygnięcia niniejszego sporu nie jest niezbędne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Ponadto teza dowodowa została sformułowana w sposób nazbyt ogólny. Przedmiotem sporu jest bowiem w dużej mierze interpretacja postanowień SIWZ i wyjaśnień do SIWZ oraz wynikających z tej interpretacji konsekwencji co do treści oferty i zakresu równoważności wymaganego przez Zamawiającego. W tym przedmiocie wiadomości specjalne nie są niezbędne, lecz koniecznym jest dokonanie wykładni stosownych postanowień SIWZ oraz analiza treści oferty Odwołującego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska Stron i Przystępującego - Uczestnika postępowania, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych podnoszonych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego. Zdaniem Izby zaoferowanych przez Odwołującego materiałów nie można uznać za równoważne do określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym, na zasadach tam podanych. Odwołujący, wskazując na treść SIWZ, tj. pkt 21 dopuszczający materiały i rozwiązania równoważne oraz wyjaśnienia do SIWZ z dnia 22 czerwca 2011 r. – odpowiedź na pytanie nr 18, dokonuje ich interpretacji z pominięciem pełnej treści pkt 21 SIWZ oraz wyjaśnień nie tylko z 22 czerwca 2011 r., ale także 14 czerwca 2011 r. Tymczasem rozstrzygnięcia spornej między Stronami kwestii nie sposób

dokonać bez uwzględnienia całokształtu regulacji wynikającej zarówno z SIWZ (pkt 21), jak i wyjaśnień do niej z 14 i 22 czerwca 2011 r. istotnych z punktu widzenia rozpatrywanego zagadnienia. Powołując się na wynikającą z wyjaśnień z dnia 22 czerwca 2011 r. modyfikację pkt 21 SIWZ Odwołujący nie powołuje pełnej jego treści, a mianowicie, iż odnosi się on do sytuacji, gdy w dokumentacji projektowej lub przedmiarach lub innych elementach SIWZ zostało wskazane pochodzenie (marka, znak, towarowy, producent, dostawca) materiałów lub wskazane normy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, a zatem gdy posłużono się określeniem wskazującym na konkretny produkt, producenta czy normę. W odniesieniu do takiej sytuacji określono przesłanki równoważności. W treści wyjaśnień Zamawiający nie wskazał, iż modyfikuje jego brzmienie poprzez zastąpienie treści dotychczasowej tą ustaloną w wyjaśnieniach. Oznacza to zatem, iż pkt 21 SIWZ należy czytać łącznie – jego dotychczasowe brzmienie uzupełnione o dodatkowe elementy wynikające z wyjaśnień z dnia 22 czerwca 2011 r. Ponadto niezbędne jest uwzględnienie treści wyjaśnień z dnia 14 czerwca 2011 r. – odpowiedź na pytanie nr 3, gdzie wprost zawarto prośbę o stanowisko, czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur i kształtek z innych materiałów niż GRP jednak o nie gorszych parametrach np. polimerobeton, żelbet. Na powyższe pytanie Zamawiający nie udzielił wprawdzie jednoznacznej odpowiedzi przeczącej, jednak w ocenie Izby stwierdzenie, iż *„Projektowany kolektor należy wykonać zgodnie z opracowaną dokumentacją tj. musi spełniać wymagania techniczne zawarte w Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym”* nie sposób interpretować inaczej niż jako równoznaczne z niedopuszczeniem w tym zakresie materiału innego niż ten, który w tejże Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym jest określony tj. rur GRP. Tak powyższe wyjaśnienie zrozumieli pozostali wykonawcy, w tym Przystępujący, który był autorem ww zapytania nr 3. Ponadto warto zauważyć, iż w treści zapytania nr 3 z dnia 14 czerwca 2011 r. pytający wykonawca nie nawiązywał do treści pkt 21 SIWZ, lecz ogólnie do art. 30 ustawy Pzp. Zapytywał, czy Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia zgodnie z art. 30 ustawy Pzp za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących normy zharmonizowane, dopuszcza rury i kształtki z innych materiałów niż GRP. Ust. 4 art. 30 ustawy Pzp przewiduje, że opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 tego przepisu Zamawiający jest zobligowany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym. Obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych dotyczy zatem tych przypadków, które zostały w ustawie Pzp określone, tj. art. 29 ust. 3 czy art. 30 ust. 4 ustawy Pzp. Do tych regulacji odwołuje się także pkt 21 SIWZ. Tym samym analiza, w jakim zakresie Zamawiający dopuszczał rozwiązania równoważne, a w szczególności, czy dopuścił zaproponowanie zamiast rur GRP rur z innego materiału, winna być prowadzona z uwzględnieniem całokształtu regulacji wynikającej z SIWZ oraz

wyjaśnień do jej treści. Zdaniem Izby z wyjaśnień z dnia 14 czerwca 2011 r. wynika, iż Zamawiający poprzez wymóg wykonania projektowanego kolektora zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową tj. spełniającego wymagania techniczne zawarte w Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym w istocie nie dopuścił zastąpienia rur GRP rurami innego typu np. żelbetowymi, ponieważ Specyfikacja Techniczna i Projekt Wykonawczy wyraźnie powołują jako materiał, z którego należy wykonać kolektor jedynie rury GRP. W ocenie Izby wybór materiału, z którego ma zostać wykonany przedmiot zamówienia, należy do warunków technicznych jego wykonania, wskazując na sposób realizacji zamówienia. Doprecyzowanie pkt 21 SIWZ w odpowiedzi z 22 czerwca 2011 r. nie jest zatem tożsame z dopuszczeniem równoważności materiałowej w zakresie, na który powołuje się Odwołujący. Jak było to wskazane, pkt 21 SIWZ literalnie dotyczy bowiem sytuacji, gdy dokumentacja posługuje się określeniami wskazującymi na skonkretyzowany produkt, producenta czy normę. Poprzez odpowiedź na pytanie nr 18 Zamawiający dookreślił warunki równoważności w odniesieniu do pkt 21 SIWZ, toteż należy je interpretować łącznie, jako logiczną i znaczeniową całość. Tym samym pojęcie równoważności winno być odnoszone do sytuacji, gdy dokumentacja posługuje się określeniami wskazującymi na konkretny produkt, producenta czy normę, zaś wykonawca oferując produkt równoważny winien zachować wszystkie wymagania wynikające z SIWZ. Zdaniem Izby Zamawiający dopuszczając równoważność materiałów nie postanowił o dopuszczeniu zaproponowania innego materiału niż w dokumentacji projektowej, gdyż byłoby to sprzeczne z obowiązkiem zachowania warunków technicznych rozwiązań projektowych. Odwołujący dokonał nadinterpretacji SIWZ w zakresie dopuszczalności zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia z innych rur niż wskazane w dokumentacji projektowej, jako że sposób, w jaki Zamawiający określił warunki dopuszczalności rozwiązań równoważnych w istocie wyłączały możliwość zaoferowania innego materiału niż przewidziany w dokumentacji. W ocenie Izby Odwołujący zaproponował inną, alternatywną technologię wykonania zamówienia, co nie jest tożsame z zaoferowaniem rozwiązania równoważnego. Jak sam przyznał, zmiana ta pozwoliła mu na znaczące obniżenie ceny w stosunku do pozostałych ofert, w których wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia w sposób zgodny z Projektem Wykonawczym i Specyfikacją Techniczną. Tym samym Odwołujący niejako potwierdził, iż oferty jego i pozostałych wykonawców de facto są nieporównywalne, jako że prezentują różne sposoby wykonania zamówienia, oparte na całkowicie odmiennych cenowo materiałach. Powyższe wskazuje zatem nie tyle na równoważność zaproponowanego rozwiązania, co jego wariantowość, a składanie ofert wariantowych nie było przez Zamawiającego dopuszczone. Definiując pojęcie oferty wariantowej w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp ustawodawca wskazuje, iż ofertę wariantową charakteryzuje właśnie odmienny sposób wykonania zamówienia, tj. prezentuje ona inną niż przyjęta przez zamawiającego koncepcję uzyskania tego samego efektu za pomocą innych

rozwiązań technicznych. Odwołujący powoływał się na stanowisko wyrażone w Komentarzu do ustawy Pzp pod red. T. Czajkowskiego, wskazując, że ustawodawca poprzez komentarz Prezesa UZP, dopuszcza alternatywną formę opisu dodatkowych treści oferty. Izba stwierdza, iż odwołanie to wydaje się o tyle nieadekwatne, iż rzeczywiście, jak wskazano w cyt. fragmencie „(...) *Nie pozostaje w takiej niezgodności (z SIWZ) oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82) (...)*”, ale powyższe stwierdzenie odnosić należy do sytuacji, gdy złożenie oferty wariantowej było dopuszczalne. Wówczas istotnie oferta wariantowa proponująca odmienny niż w SIWZ sposób wykonania zamówienia nie może być uznana za sprzeczną z treścią SIWZ. Jednak o możliwości składania ofert wariantowych decyduje Zamawiający, a w przedmiotowym postępowaniu nie były one przez Zamawiającego dopuszczone. Komentarz odnosi się także do wad formalnych oferty, a takiego zarzutu ofercie Odwołującego nie postawiono.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, iż z uwagi na brak jednoznacznego i stanowczego stwierdzenia w wyjaśnieniach do SIWZ z 14 czerwca 2011 r., iż Zamawiający nie dopuszcza wykonania przedmiotu zamówienia z innych rur niż GRP oraz dość ogólny sposób sformułowania odpowiedzi na pytanie nr 18 z 22 czerwca 2011 r. i zawartych tam warunków równoważności, w tym przesłanek oceny równoważności, wykładnia SIWZ mogła doprowadzić wykonawcę do wniosku, iż może on zaoferować rury z innego materiału tj. np. rury żelbetowe, to Odwołujący i tak, zdaniem Izby, nie wykazał, aby zaoferowany przez niego materiał określany jako równoważny spełniał wymagania określone przez Zamawiającego. Jak było to już podnoszone, oceniając przesłanki równoważności, uwzględnić trzeba nie tylko wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 18 przesłanki do oceny równoważności rozwiązania (tj. zachowanie wielkości nie mniejszych niż w projekcie w zakresie:

- średnic wewnętrznych rurociągów,
- przepływu normalnego i maksymalnego oraz pojemności osadnika i separatora,
- skuteczności zatrzymywania substancji ropopochodnych separatora,
- skuteczności zatrzymywania zawiesin mineralnych osadnika,
- średnicy wlotów i wylotów oraz obejścia osadnika i separatora,
- spadków podłużnych rurociągów,
- sztywności rur przeciskowych,
- odporności rur i studni na odkształcenia,
- dopuszczenia wszystkich materiałów do stosowania w budownictwie i ich trwałości), ale całokształt warunków równoważności wynikających z SIWZ i wyjaśnień do SIWZ. Powyższe oznacza zatem konieczność zgodności z wymaganiami technicznymi i funkcjonalnymi

zawartymi w Specyfikacji Technicznej i Projekcie Wykonawczym, roboty muszą być wykonane zgodnie z wydanym pozwoleniem na budowę, materiały zapewnią uzyskanie parametrów nie gorszych od założonych w SIWZ, nie mogą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, a także potwierdzać spełnienie szczegółowych przesłanek równoważności określonych powyżej.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zakwestionował równoważny charakter materiałów. Odnosząc się do opinii projektanta, wskazał na niespełnienie przesłanek równoważności:

1. niedopuszczalność generowania dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego,
2. niezachowanie wymaganego poziomu przepływu normalnego i maksymalnego,
3. niezachowanie spadków podłużnych.

W zakresie kosztów (ad 1) Zamawiający argumentował, iż z uwagi na dwukrotną różnicę w ciężarze rur żelbetowych w stosunku do rur GRP konieczne będzie dodatkowe wzmocnienie gruntu. Zdaniem projektanta tak ciężkich rur grunt „nie przeniesie”, toteż wymagane będzie zastosowanie dodatkowych sposobów zwiększenia nośności gruntów wg obliczeń konstrukcyjnych (zwłaszcza na odcinku od studzienki S2 do studzienki S8, gdzie grunt jest samonośny, co przedstawia dokumentacja geotechniczna stanowiąca element projektu i SIWZ). Przedmiotowe wzmocnienie związane jest z dodatkowymi kosztami, które nie zostały przewidziane w ofercie Odwołującego. Izba uznała, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby oferowane przez niego materiały nie generowały konieczności poniesienia kosztów, o których mowa powyżej. Swoją polemikę z opinią Zamawiającego (w tym projektanta) ograniczył do stwierdzenia, iż w niedalekiej odległości znajduje się kolektor wełnowiecki z rur żelbetowych o znacznie większych średnicach niż oferowane przez Odwołującego. Ponadto w opinii technicznej przedłożonej przez Odwołującego wskazano, iż nie podano żadnych konkretnych parametrów gruntu, a zatem wyciąganie wniosku typu „nie przeniesie” jest nieuzasadnione i wynika z przypuszczeń niepopartych wynikami obliczeń nośności podłoża. W ocenie Izby powyższe uzasadnienie nie może być uznane za przekonywujące. Okoliczność, że w bliskiej odległości znajduje się kolektor zbudowany z rur żelbetowych nie oznacza, iż grunt na trasie projektowanego kolektora ma takie same właściwości. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do dokumentacji geotechnicznej, na którą powołał się Zamawiający udostępnionej wykonawcom. Podobnie brak w opinii technicznej powołania się na powyższą dokumentację, stąd nie sposób ocenić, czy autor opinii był z nią zapoznany, jak również jaki zakres informacji został mu przez Odwołującego udostępniony w celu wydania opinii. Odwołujący oświadczał, iż poniesie koszty dodatkowego wzmocnienia gruntu, gdyby okazały się niezbędne. Powyższe oznacza, iż Odwołujący nie wykazał, że zaproponowane przez niego rozwiązanie nie będzie generowało takich kosztów.

Równocześnie nie przewidział ich w treści oferty. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, iż zobowiązał się do poniesienia wszelkich kosztów związanych z budową kolektora przy użyciu materiałów zaproponowanych przez Odwołującego, treścią swojego oświadczenia zamieszczonego w ofercie objął jedynie koszty usunięcia kolizji wysokościowej. Brak jest podstaw dla stanowiska, iż koszty wzmocnienia gruntu zostały w ofercie ujęte. Tymczasem Odwołujący jako profesjonalista na podstawie analizy dokumentacji projektowej winien przewidzieć, jakie koszty dodatkowe powstaną czy też mogą powstać w związku z zastosowaniem przez niego innych materiałów, z uwagi na wymóg w zakresie równoważności, wyraźnie zobowiązując się do ich poniesienia. Po złożeniu oferty brak jest formuły na uzupełnienie oświadczenia woli w tym zakresie. Tym bardziej nieadekwatny jest ku temu etap postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do wymogu przepływu normalnego i maksymalnego Odwołujący argumentował, iż z jego brzmienia wynika, że nie dotyczy rur, lecz osadnika i separatora, a w tym zakresie nie proponował materiałów równoważnych. Zdaniem Izby taka interpretacja nie jest uzasadniona. Wprawdzie istotnie w treści wymogu nie znalazło się sformułowanie przepływu normalnego i minimalnego rurociągu, jednak z uwagi na istotne znaczenie tego parametru według którego dobierano np. średnicę rur przy projektowaniu kolektora, nie sposób uznać, aby dla profesjonalnego wykonawcy nie było jasne, iż parametr ten oceniany z punktu widzenia równoważności miałby dotyczyć wyłącznie osadnika i separatora. Ponadto warunkiem uznania danego rozwiązania za równoważne było spełnienie wszystkich warunków technicznych i funkcjonalnych, tym samym materiał równoważny musiał zapewniać także określony w fazie projektowania poziom przepływu normalnego i maksymalnego, na podstawie którego wyznaczono średnicę wewnętrzną rurociągu. Zgodnie z wyliczeniami przeprowadzonymi przez projektanta opartymi o wzór Manninga przy współczynniku szorstkości dla rur GRP 0,009 oraz średnicy wewnętrznej rury 1200 mm przepływ przyjęty przez projekt wynosił $Q = 1927$ l/s (w przedłożonych obliczeniach 1926 l/s), zaś dla rury o średnicy wewnętrznej 750 mm – $Q = 951$ l/s. Wyliczony w oparciu o ten sam wzór przepływ dla rury żelbetowej przy współczynniku szorstkości 0,013 wynosił odpowiednio $Q = 1483$ l/s dla rury o średnicy wewnętrznej 1200mm, $Q = 724$ l/s dla rury o średnicy wewnętrznej 800mm. Odwołujący przedstawił opinię techniczną, w której dokonano obliczeń w oparciu o inne kryteria, w tym inny współczynnik szorstkości, jak również z uwzględnieniem rzeczywistej średnicy wewnętrznej rury GRP (1144 mm). Uzyskano inne dane referencyjne dla rury GRP o średnicy zewnętrznej 1280mm – $Q = 1700$ l/s, a dla rury o średnicy wewnętrznej 750mm – $Q = 561$ l/s (autor opinii zwracał uwagę, iż obliczeń dokonano dla niewłaściwej średnicy, która wynosi 766mm). Ponadto w opinii podnoszono, iż zaniżona wartość przepływu dla rur żelbetowych sugeruje, iż zastosowano inny współczynnik –

zamiast współczynnika k podawanego dla przewodów, współczynnik efektywny k_b dla całego rurociągu (1,5mm), podczas gdy dla rur GRP posłużono się współczynnikiem k na poziomie 0,065mm. Dla rur żelbetowych dokonano pomiarów, gdzie różnice były znacząco mniejsze w stosunku do wartości wynikających z pisma projektanta (rura żelbetowa Dw 1200 mm – $Q=1883$ l/s, Dw 800 – $Q=651$ l/s). W treści opinii nie określono jednak, jakim wzorem autor opinii posłużył się do obliczeń hydraulicznych ani w oparciu o jakie materiały ustalił przyjęty przez siebie współczynnik chropowatości (0,1 mm dla rur żelbetowych, 0,065 mm dla rur GRP) oraz pozostałe dane niezbędne dla dokonania wyliczeń. Ponadto ze sposobu dokonania wyliczeń projektanta przedłożonych przez Zamawiającego wynika, iż posłużył się w obu przypadkach współczynnikiem chropowatości, choć o różnej wielkości, a to z uwagi na odmienny stopień gładkości rur GRP i żelbetowych. Odwołujący kwestionował też przyjęcie jako podstawy dla obliczeń projektanta średnicy wewnętrznej nominalnej Dn 1200 mm, jako że w rzeczywistości dla rur GRP obecnych na rynku wynosi ona 1144 mm (taka rura została, zgodnie z treścią opinii w pkt 1 a przyjęta do analizy). Wskazywał również na nieprawidłowe założenie co do grubości ścianki rury (w obliczeniach dla rury GRP Dn 1200 mm posłużono się wielkością 40 mm, a nie 68mm, dla rury GRP Dn 750 mm – 55mm, a nie 47mm). Odwołujący pomija jednak okoliczność, iż Zamawiający w SIWZ posługiwał się w stosunku do rur GRP określeniem średnicy nominalnej tożsamej ze średnicą wewnętrzną i ustalał ją na poziomie Dn 1200 mm. Stąd zasadnym jest posługiwanie się tymi samymi danymi, jakie stosowane były w fazie projektowania dla ustalania wartości przepływów, również dla oceny równoważności, nie zaś wykonywanie obliczeń w oparciu o dane odnoszące się do rur określonego producenta wykonującego je w konkretnej technologii. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby ww różnice co do grubości ścianki miały istotny wpływ na wielkość parametru przepływu.

W odniesieniu do niezachowania wymaganych spadków podłużnych (ad 3) należy zauważyć, iż oświadczenie zawarte w ofercie w ogóle nie zawiera jednoznacznego potwierdzenia powyższego parametru. Co więcej Odwołujący sam przewidział możliwość zaistnienia kolizji wysokościowej i zobowiązał się do poniesienia kosztów jej usunięcia. Zamawiający wskazywał, powołując się na opinię projektanta, iż przy zastosowaniu rur o średnicach zewnętrznych takich jak w ofercie Odwołującego nie będzie możliwe przejście pod kolektorem kopalnianym oraz wełnowieckim bez zmiany spadków lub średnicy wewnętrznej kolektora. Dodatkowo wskazywał, iż jako że rury o średnicy zaproponowanej przez Odwołującego nie spełniają wymogu przepływu, konieczne byłoby zwiększenie średnic, co jeszcze pogorszy sytuację kolizyjną. W ocenie Izby Odwołujący nie zdołał wykazać, aby powyższy parametr był przez zaoferowane przez niego materiały spełniony. Zdaniem Izby możliwość zaistnienia kolizji nie powinna wystąpić nawet hipotetycznie, skoro

Odwołujący nie przewidywał zmiany spadków zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom, iż możliwe jest rozwiązanie kolizji w sposób, który pozostawałby w zgodzie z wymogami równoważności (zachowywał spadki, nie wpływał na średnicę wewnętrzną projektowanego kolektora czy na trasę jego przebiegu), ponieważ Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu ani przekonywującej argumentacji. Twierdzenia Odwołującego, iż zmiana materiału na materiał o większej średnicy zewnętrznej pozwoli na zachowanie spadków pozostały zatem gołosłowne.

Ponadto podkreślić należy, iż Zamawiający określił wprawdzie jako parametr równoważności średnicę wewnętrzną, to równocześnie zastrzegł, iż średnice zewnętrzne wynikają z technologii wykonania kolektora deszczowego tj. mikrotunelingu. W odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 22 czerwca 2011 r. o wskazanie parametrów rur przeciskowych GRP podał DA 1280mm i DA 860. Tymczasem Odwołujący zaoferował rury o średnicach zewnętrznych Dz 1490 i Dz 960, co pozostaje w sprzeczności z powyżej określonym wymaganiem, a ponadto skutkuje powstaniem kolizji z istniejącymi kolektorami. W takiej sytuacji nie jest zatem wykluczona ani konieczność zmian w dokumentacji projektowej ani też zmiany pozwolenia na budowę, gdyby okazało się, iż z uwagi na kolizję niezbędną jest zmiana trasy kolektora. Powyższe również nie było dopuszczalne przy oferowaniu materiałów równoważnych.

Natomiast co do podnoszonego w odpowiedzi na odwołanie argumentu, że materiał zaproponowany przez Odwołującego nie posiada właściwości pozwalających na ustalenie sztywności obwodowej i oświadczenia, że jest to materiał całkowicie sztywny, a z uwagi na usytuowanie kolektora na terenie górniczym (pokopalnianym) parametrów dotyczących sztywności zaproponowanych rur nie można rozpatrywać bez odniesienia się do ich odporności na odkształcanie, w istocie brak jest jednoznacznego stanowiska, że również te parametry są przez Zamawiającego kwestionowane. Niewątpliwie nie odniesiono się do nich w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w treści oferty wskazał, iż są to rury całkowicie sztywne oraz są odporne na odkształcenia, jak również załączył oświadczenie producenta. Zamawiający winien zatem wykazać, iż nie można tego uznać za tożsame ze spełnieniem postawionych wymagań, czego jednak nie uczynił.

Tym samym stwierdzić należy, iż Odwołujący nie tylko nie wykazał w sposób niewątpliwy szczegółowych warunków równoważności, na które bezpośrednio i wyraźnie powoływał się Zamawiający, informując go o przyczynach odrzucenia jego oferty, ale również istnieją dodatkowe opisane wyżej przesłanki przemawiające za brakiem równoważności w granicach, które wyznaczył Zamawiający postanowieniami SIWZ i wyjaśnień. Odwołujący podnosił, iż gdyby uznać zasadność twierdzeń Zamawiającego, że

dopuszczył równoważność wyłącznie w odniesieniu do rur GRP, to byłoby to równoznaczne z brakiem rzeczywistej równoważności, jako że tylko jeden producent – Hobas – produkuje rury GRP o wymaganych parametrach. Zamawiający nie zgadzał się z tym stanowiskiem, podnosząc, iż rury GRP produkuje także Amitech. Ponadto wskazywał na różne stosowane przy produkcji technologie. W ocenie Izby, o ile istotnie parametry określone przez Zamawiającego spełniały rury wyłącznie jednego producenta, Odwołujący miał możliwość zakwestionowania treści SIWZ w tym zakresie, z której to możliwości nie skorzystał. Nie jest natomiast uprawnione wywodzenie wniosku o dopuszczalności zaoferowania rur całkowicie odmiennych rodzajowo, skutkujących odmienną technologią wykonania przedmiotu zamówienia, który nie znajduje oparcia w treści SIWZ czy wyjaśnień, lecz jest interpretacją dokonaną przez Odwołującego w oparciu o mylnie przyjęte przez niego założenia. Z przyczyn oczywistych nie ma także możliwości poprawienia oferty Odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższą argumentację, zdaniem Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego nie potwierdził się. Wnioskowi takiemu nie stoi na przeszkodzie pewna lakoniczność uzasadnienia odrzucenia oferty, które nie ujmowało pełnej prezentowanej następnie w postępowaniu odwoławczym argumentacji. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp warunkiem uwzględnienia odwołania jest wpływ lub potencjalny wpływ naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zdaniem Izby niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ w przedmiocie zastosowanych materiałów równoważnych została wykazana.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż przepis ten odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia, zakazując opisu przedmiotu zamówienia 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”. Opis przedmiotu zamówienia stanowi element SIWZ, a zatem nieprawidłowości związane z tym opisem winny być podnoszone po opublikowaniu SIWZ, z zachowaniem terminów wymaganych ustawą Pzp. Obecnie kwestionowanie postanowień SIWZ z powołaniem się na naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za spóźnione. Ponadto w treści odwołania nie sformułowano jednoznacznego uzasadnienia faktycznego dla postawionego zarzutu, co uniemożliwia jego merytoryczne rozpoznanie.

Wskazując na naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podnosił, iż w formularzu ofertowym oświadczył, iż wykona kompleksowo zadanie, zgodnie z dokumentacją

projektową, STWiORB, prawem budowlanym i sztuką budowlaną i rzeczowo w wymaganych przez Zamawiającego terminach, a zatem brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia jego oferty. Podkreślał, że jeżeli Zamawiający miał tu wątpliwość, to powinien był skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamiast odrzucać ofertę Odwołującego. Odwołujący zwracał uwagę, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie zażądał złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tym samym nieprawidłowo ją odrzucając. Przede wszystkim należy zauważyć, iż procedura wyjaśnień treści oferty przewidziana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru obligatoryjnego elementu procesu badania i oceny ofert. Zamawiający może o takie wyjaśnienia wystąpić, jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty. Utrwalone już orzecznictwo wskazuje, iż pomimo wynikającego z treści tego przepisu uprawnienia w istocie przewiduje on kompetencję Zamawiającego, która przeradza się właściwie w obowiązek, gdy w toku badania oferty ustalone zostanie, że oferta zawiera postanowienia niejasne czy budzące wątpliwości. Wezwanie takie jest szczególnie istotne, gdy oferta miałaby zostać przez Zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ. Tym samym gdy Zamawiający nie posiada pewności, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, brak wezwania mógłby być postrzegany jako naruszenie zasady rzetelnego prowadzenia postępowania. *A contrario* brak takiego wymogu, gdy dla Zamawiającego niewątpliwym jest istnienie sprzeczności oferty z treścią SIWZ. Równocześnie uwzględnić należy, iż Zamawiający nie może prowadzić negocjacji co do treści złożonej oferty ani dokonywać jej zmian wykraczających poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał, co miałyby być przedmiotem wyjaśnień, skoro, jak podnosił Zamawiający, treść oferty w odniesieniu do zaoferowanego przedmiotu była dla niego jasna. Można argumentować, iż Zamawiający, dokonując oceny oświadczenia Odwołującego w zakresie równoważności, winien był zwrócić się o wyjaśnienie okoliczności, które następnie stały się podstawą odrzucenia oferty, tj. wymaganego poziomu przepływu maksymalnego i normalnego, zachowania poziomu spadków podłużnych rurociągów oraz kwestii ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów związanych z zaproponowaniem materiałów równoważnych. Jak jednak wskazywał Zamawiający, na podstawie treści oświadczenia Odwołującego zawartego w ofercie był w stanie porównać, czy zaproponowane rury pozwalają na zachowanie wymagań Zamawiającego co do minimalnego poziomu przepływu maksymalnego i normalnego i zachowania poziomu spadków podłużnych rurociągów (projektant dokonał stosownych wyliczeń), jak również czy Odwołujący spełnił wymóg, aby zaproponowane rozwiązania równoważne nie generowały kosztów po stronie Zamawiającego. Należy podkreślić, iż w treści oświadczenia załączonego do oferty Odwołujący w ogóle nie ujął wymogu zachowania spadków podłużnych rurociągów – brak jest w tej mierze oświadczenia, iż spadki zostaną zachowane. Natomiast przewidział, że w przypadku zaistnienia kolizji wysokościowej (w stosunku do rzędnych podanych w projekcie) związanej z zastosowaniem materiałów równoważnych, usunie kolizję na własny koszt, z

gwarancją, że nie będzie to miało wpływu na termin zakończenia inwestycji i nie będzie generowało dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Nie określił jednak, w jaki sposób to uczyni i jak wpływać to może na wymóg zachowania spadków. Z kolei w odniesieniu do wymaganego poziomu przepływu maksymalnego i normalnego w oświadczeniu zawartym w ofercie brak jest jakiegokolwiek wzmianki w tym zakresie. Z treści odwołania wynika, iż Odwołujący wymóg ten odnosił do osadnika i separatora, a nie rurociągu. Powyższe wyliczenia Zamawiający mógł jednak przeprowadzić we własnym zakresie, w oparciu o informacje zawarte w ofercie i dane posiadane przez projektanta. W odniesieniu do braku generowania kosztów po stronie Zamawiającego przy zaoferowaniu rozwiązania równoważnego podkreślić trzeba, iż, wbrew twierdzeniu Odwołującego, oświadczenie Odwołującego o braku kosztów dodatkowych po stronie Zamawiającego dotyczyło wyłącznie kosztów związanych z zaistnieniem kolizji wysokościowej, do której usunięcia na własny koszt Odwołujący zobligował się w ofercie. Brak jest natomiast generalnego oświadczenia, iż w razie zaistnienia jakichkolwiek dodatkowych kosztów wynikających z zastosowania materiału zaproponowanego jako równoważny zobligowany będzie do ich poniesienia. W ocenie Izby w treści swojego oświadczenia nie przewidział konieczności poniesienia takich kosztów, w tym kosztów wzmocnienia gruntu z uwagi na znaczącą różnicę ciężaru rur żelbetowych w stosunku do rur GRP, toteż nie objął ich treścią swojego oświadczenia. Odwołujący nie wykazał zatem, jakie informacje, istotne dla oceny prawidłowości jego oferty, które nie wynikały z analizy treści oferty lub których Zamawiający nie mógł ustalić we własnym zakresie, Zamawiający mógłby uzyskać w wyniku zastosowania procedury wyjaśnień przewidzianej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis równocześnie zakazuje zmiany oferty po terminie jej złożenia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp oraz wyłącza dopuszczalność negocjacji dotyczących złożonej oferty pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Tym samym nawet gdyby uznać, iż Zamawiający, dochowując staranności w toku badania i oceny ofert, wobec określonych wątpliwości co do tego, czy oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, winien był wystąpić o stosowne wyjaśnienia, to naruszenie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i nie mogłoby stać się podstawą dla jego uwzględnienia z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 91-92 ustawy Pzp. Nie podawał jednak szczegółowego i odrębnego uzasadnienia dla tych zarzutów. W ocenie Izby przepisy te należy rozpatrywać rozłącznie. Naruszenie art. 91 ustawy Pzp (a właściwie art. 91 ust. 1, ponieważ przepis ten w pozostałym zakresie pozostaje bez związku z argumentacją odwołania) dotyczy nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast art. 92 ustawy Pzp odnosi się do informacji, które należy przekazać wykonawcom niezwłocznie po

wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym obowiązku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia ofert.

Naruszenie art. 91 ustawy Pzp należy zatem powiązać z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ błędny wybór oferty najkorzystniejszej wynika z naruszającego, zdaniem Odwołującego, ustawę Pzp odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wskazano powyżej, Izba nie podzieliła stanowiska o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, toteż brak podstaw dla stwierdzenia, iż doszło do naruszenia art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 92 ustawy Pzp. W treści odwołania wskazał, iż Zamawiający nie podał żadnego faktycznego uzasadnienia odrzucenia, co w opinii Odwołującego może jedynie świadczyć o braku argumentów merytorycznych oraz zamierzonym od samego początku odrzuceniu oferty Odwołującego zajmującej pierwsze miejsce co do ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Istotnie uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za lakoniczne. Wprawdzie nie sposób podzielić stanowiska, iż uzasadnienia takiego Zamawiający w ogóle nie zawarł, jednak niewątpliwie winno ono w bardziej wyczerpujący i przejrzysty sposób określać przesłanki, które zdecydowały o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający ograniczył się natomiast do wskazania, iż na podstawie opinii projektanta uznano, że zaproponowanych przez Odwołującego materiałów nie można uznać za równoważne. Wskazał, iż materiały równoważne nie mogą generować dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, a zdaniem projektanta taka sytuacja miałaby miejsce przy zastosowaniu materiałów zaproponowanych przez Odwołującego, jak również nie spełniają one parametrów dotyczących przepływu normalnego i maksymalnego oraz spadków podłużnych rurociągów. Dopiero analiza dokumentacji postępowania, w tym pisma projektanta do Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2011 r. umożliwiła Odwołującemu zapoznanie się z pełną argumentacją, która stała się podstawą decyzji Zamawiającego. Szczegółowe uzasadnienie obejmujące dodatkowe argumenty przemawiające za brakiem równoważności zaproponowanych materiałów, w tym powołanie się na inny sposób wykonania zamówienia, co wskazuje na wariantowość oferty Odwołującego, Zamawiający przedstawił także w odpowiedzi na odwołanie. Równocześnie jednak, w ocenie Izby, nawet tak ogólne uzasadnienie pozwalało Odwołującemu jako profesjonalistcie w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia na ustalenie zasadniczych przesłanek odrzucenia oferty i sporządzenie odwołania w celu jej obrony. Na podstawie uzasadnienia Odwołujący mógł zatem powziąć informacje, jakie wymogi i parametry Zamawiający kwestionował i był w stanie w oparciu o powyższe informacje sporządzić odwołanie. Ponadto Izba nie uznała zasadności zarzutu względem odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym naruszenie przepisów we wskazanym

zakresie nie miało ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Uchybienie to nie może zatem zostać potraktowane jako podstawa uwzględnienia odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp (por. wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 771/11, wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 355/09).

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś Odwołujący nie wykazał innych przesłanek potwierdzających zarzucane naruszenie. Nie zawarł także w treści odwołania odrębnego uzasadnienia dla powołanego zarzutu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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: