

Sygn. akt: KIO 1430/12

WYROK
z dnia 17 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawcę Zbigniewa Dylewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z. Dylewski w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Raczki w Raczkach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wezwanie w ramach tej oceny odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie minimalnej powierzchni złoża biologicznego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Raczki i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Zbigniewa Dylewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z. Dylewski tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Zbigniewa Dylewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z. Dylewski kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych,

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w miejscowościach Sucha Wieś, Jaśki i Dowspuda” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 maja 2012 r. pod nr 168674 - 2012.

Odwołujący w dniu 2 lipca 2012 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty zaś w dniu 6 lipca 2011r. wobec tej czynności wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż oferta odwołującego w pełni odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, iż ten w swej ofercie nie odniósł się do parametru określającego minimalną powierzchnię złoża biologicznego $170 \text{ m}^2 / \text{m}^3$ w sytuacji kiedy Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nie przewidywała w swej treści powyższego parametru. Zgodnie zaś z jej treścią Specyfikacja ta „w sposób ścisły określała potencjalnemu wykonawcy przygotowanie się do złożenia oferty, zastosowania materiałów i urządzeń i jakości wykonania robót”. Oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymogi, jakie przed oferowanym produktem stawiała rzeczona Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, a tym samym była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia;
- 2) art. 36 ust. 1 pkt. 3 w zw. z 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zmianę przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia na etapie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 18 czerwca 2012 roku. W piśmie tym Zamawiający rozszerzył wymogi techniczne oczyszczalni o parametry zawarte w projekcie budowlanym. Abstrahując od powyższego naruszenia opis techniczny zawarty w rzeczonym projekcie budowlanym wskazuje na konkretnego producenta tj. SOTRALENTZ Sp. z o.o. co czyni zapis Zamawiającego, iż dopuszcza on zastosowanie urządzeń równoważnych - czysto iluzorycznym;

- 3) art. 29 ust. 1, 2, i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający dopuszczalność stosowania rozwiązań równoważnych, a w szczególności poprzez niejasne określenie kryteriów jakimi zamawiający kierował będzie się przy uznawaniu proponowanych rozwiązań za równoważne, przypisanie parametrom obiektywnie nieistotnym charakteru parametrów mających dla Zamawiającego znaczenie, rygorystyczne i w sposób nieuzasadniony drobiazgowo określenie parametrów jakie spełniać miały proponowane rozwiązania, co doprowadziło do naruszenia zarówno zasady dopuszczalności rozwiązań równoważnych jak i zasad uczciwej konkurencji;
- 4) art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i art. 87 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie. Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2012 roku wezwał odwołującego na podstawie art. 87 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do *„złożenia wyjaśnień dotyczących następujących oświadczeń /dokumentów (...) w celu możliwości oceny zgodności oferty z wymogami zawartymi w SIWZ, STWiOR oraz dokumentacji projektowej należy uzupełnić ofertę o opis, karty katalogowe i rysunki odnoszące się bezpośrednio do parametrów technicznych proponowanych oczyszczalni ścieków. Na podstawie informacji zawartych w ofercie nie można dokonać oceny zgodności. Brak Aprobaty Technicznej dotyczącej tuneli filtracyjnych i Deklaracji Zgodności CE sterownika oczyszczalni.”*. Zamawiający żądając uzupełnienia powyższych dokumentów winien to uczynić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem ten przepis należy stosować w sytuacji kiedy zawarte w ofercie dokumenty nie potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Nadto, co ma najistotniejsze znaczenie, zamawiający w sposób zbyt ogólny sprecyzował powyższe wezwanie nie wskazując dokładnie wykazania jakich parametrów się domaga. Tym bardziej, iż w dokumentacji projektowej jest wskazany cały szereg różnego rodzaju parametrów, a biologicznego $170 \text{ m}^2/\text{m}^3$. Parametr ten - co należy podkreślić - spełniają oferowane przez odwołującego urządzenia. Ponadto, jeśli zamawiający mimo uzupełnienia przez odwołującego dokumentów zgodnie z wezwaniem nadal posiadał wątpliwości co do spełniania przez oferowane roboty budowlane wymogów określonych przez zamawiającego winien zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: MULTI-KOM Andrzej Nakielski, ul. 6 Września 12, 07-409 Ostrołęka,
2. nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i dopuszczenia oferty tego odwołującego do badania i oceny przez zamawiającego,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów, przez precyzyjne sformułowanie, iż chodzi o dokumenty, z których wynikałaby powierzchnia złoża biologicznego w oferowanych przez odwołującego urządzeniach
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ przedmiotowego postępowania oraz przepisami prawa,
5. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, iż

- złożona przez odwołującego oferta jest w pełni zgodna z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych wynika, iż *„specyfikacja techniczna jest integralną częścią dokumentacji przetargowej i w sposób ścisły określała potencjalnemu wykonawcy przygotowanie się do złożenia oferty, zastosowania materiałów i urządzeń i jakości wykonania robót”*. Powyższe oznacza, iż na etapie przygotowania oferty wykonawca winien kierować się wymogami stawianymi przez powyższą Specyfikację. Specyfikacja ta zawiera cały szereg parametrów jakim odpowiadać ma oferowany przez wykonawców produkt. Oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymogi jakie przed oferowanym produktem stawiała minimalną powierzchnię złoża biologicznego 170 m² na m³ w sytuacji kiedy Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nie przewidywała w swej treści powyższego parametru. Parametr odnoszący się do minimalnej powierzchni złoża biologicznego został wskazany w projekcie budowlanym. Parametr ten spełniają oferowane przez Odwołującego urządzenia co dodatkowo potwierdza pismo producenta oferowanych przez Odwołującego oczyszczalni, tj. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „EURO-PLAST Remigiusz Waldowski;
- fakt, iż oferowane przez Odwołującego oczyszczalnie typ terrapol 200 AF20/200 spełniają wymóg powierzchni złoża biologicznego ponad 170m²/m³ wynika z załączonej do odwołania karty katalogowej;
- Odwołujący mógł wcześniej przedstawić dokumenty z potwierdzeniem spełniania wymogu

co do powierzchni złoza biologicznego gdyby Zamawiający w sposób precyzyjny sformułował wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2012 roku.

- w celu udowodnienia, że zaoferowane oczyszczalnie są równoważne przedstawiono opisy, rysunki oraz karty katalogowe z wyszczególnieniem podstawowych parametrów technicznych i jakościowych do opisanych przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej. Nie ma możliwości spełnienia wszystkich opisanych w dokumentacji projektowej parametrów oczyszczalni, ponieważ oznaczałoby to, iż oferowana oczyszczalnia jest „kopia” zaprojektowanych urządzeń produkowanych przez firmę SOTRALENTZ Sp. z o.o.;

- Odwołujący przedstawił opinię Zenona Śwignia eksperta WRPO i Rzecznawcy Polskiego Zrzeszenia Inżynierów i Techników Sanitarnych, z której jednoznacznie wynika, iż Odwołujący zaoferował rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych w Specyfikacji Technicznej;

- Zamawiający dopiero w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 18 czerwca 2012 roku zażądał od Odwołującego uzupełniania oferty o opisy, karty katalogowe i rysunki odnoszące się bezpośrednio do parametrów technicznych proponowanych oczyszczalni ścieków zawartych również w projekcie budowlanym przez co w sposób bezprawny na tym etapie postępowania rozszerzył katalog parametrów technicznych o całą ich gamę zawartą właśnie w powyższym projekcie;

- parametry zawarte w tymże projekcie jednoznacznie wskazują, że spełnić je może wyłącznie jeden producent oczyszczalni ścieków tj. SOTRALENTZ Sp. z o.o. W Projekcie Budowlanym znajdują się między innymi szczegółowe opisy elementów zaprojektowanych oczyszczalni (7. Opis elementów oczyszczalni - str. 8, 9, 10). Spełnienie wszystkich opisanych parametrów oznaczałoby, że odwołujący zaoferował produkt „identyczny”, a tak nie jest. Oferta dotyczyła urządzenia równoważnego, które spełnia wymagania normy PN-EN 12566-3+A1, jest oznakowana znakiem CE oraz spełnia podstawowe parametry techniczne i jakościowe wskazane przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej.

- opis przedmiotu zamówienia dokonany w SIWZ oraz załącznikach, przez Zamawiającego narusza w sposób rażący przepis art. 29 1, 2 i 3 Prawa zamówień publicznych. Nie jest kwestionowane przez Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie na rozwiązania technologiczne konkretnego producenta. Takie uprawnienie oczywiście doznaje ograniczenia służącego ochronie konkurencji. Opis taki musi zakładać możliwość posłużenia się rozwiązaniami równoważnymi. Aby zaś uznać, że w istocie Zamawiający dopuścił równoważne rozwiązania w postępowaniu, SIWZ musi spełniać trzy wymagania:

1) jasno określać parametry uznane przez Zamawiającego za pozwalające ustalić zachowanie równoważności,

2) parametry, które Zamawiający uznał za istotne muszą wynikać z jego realnych potrzeb, nie mogą mieć charakteru przypadkowego,

3) ilość parametrów i ich rodzaj nie może prowadzić do rzeczywistego wykluczenia rozwiązań równoważnych i ograniczenia postępowania w istocie do rozwiązań stosowanych przez konkretnego producenta/Wykonawcę.

Wszystkie ze wskazanych wymogów doznały naruszenia w niniejszym postępowaniu;

- Zamawiający w sposób niejasny określił parametry uznawane przez niego za istotne dla ustalenia równoważności proponowanych rozwiązań. Po pierwsze katalog tych parametrów rozbity został pomiędzy dokumenty takie jak STWiOR i Projekt Budowlany. To postępowanie oczywiście nie przesądzało jeszcze o zamęcie uzasadniającym zarzut naruszenia uczciwej konkurencji. Zapis Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych *„specyfikacja techniczna jest integralną częścią dokumentacji przetargowej i sposób ściśle określała potencjalnemu wykonawcy przygotowanie się do złożenia oferty, zastosowania materiałów i urządzeń i jakości wykonania robót”* a także *„Dopuszcza się rozwiązania równoważne pod warunkiem zachowania podstawowych parametrów technicznych i jakościowych proponowanych urządzeń do opisanych w Specyfikacji Technicznej sprawił, iż oferenci uznali ten właśnie dokument za wykładniczy przy określeniu minimalnych wymagań. Niewątpliwie te właśnie zapisy spowodowały, że dziewięciu z dziesięciu oferentów złożyło oferty uznane przez Zamawiającego za niekompletne. Przypadkowi można by przypisać fakt, że jeden z oferentów złożył uznaną przez Zamawiającego ofertę, gdyby nie to, że wykonawca ten posługuje się technologią, w oparciu o którą przygotowano dokumentację techniczną i projektową przetargu.*

W tej sytuacji stwierdzić należy, że opis przedmiotu zamówienia a dokładniej wskazanie parametrów uznanych przez Zamawiającego za istotne, zawierały wewnętrzne sprzeczności, które uniemożliwiły złożenie ofert zgodnych z jego oczekiwaniami;

- Parametry, uznawane przez Zamawiającego za istotne, muszą takimi obiektywnie być, aby uzasadniały ograniczenie dla konkurencji. Przymiotu obiektywności nie sposób jednakże przypisać parametrowi, który stał się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego. Powierzchnia złoża biologicznego pozostaje bowiem bez wpływu na osiągi i właściwości gotowej instalacji jeżeli nie zostaje określona łącznie z objętością tego złoża. Nie sposób zaś doszukać się w dokumentacji przetargowej wymogu dotyczącego właśnie objętości złoża. Ta kwestia pozostała więc poza spektrum zainteresowania zamawiającego. Wskazuje on co prawda w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (str. 6) na podział technologiczny oczyszczalni, w którym to uwzględnia pojemność części biologicznej. Zgodnie jednakże ze sztuką, a co wynika także z opisu samej konstrukcji, część zbiornika w której znajduje się złożo biologiczne nie jest nim wypełniony w całości. Określono więc powierzchnię złoża w m²/m³, określono pojemność zbiornika w jakim złożo ma się znaleźć.

Nie określono ostatniego z parametrów pozwalających uznać pozostałe wymagania za relewantne - objętości złoża w m³. W tej sytuacji nie sposób przypisać powierzchni złoża biologicznego jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia dla Zamawiającego. Jest to kolejny przypadek, w którym nieumiejętne przeniesienie parametrów rozwiązań na podstawie których przygotowano dokumentację przetargową, spowodowało nieuzasadnione wykluczenie rzeczywistej możliwości stosowania rozwiązań równoważnych;

- Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2012 roku powołał się również na parametry wskazane w dokumentacji projektowej. Tak szerokie zakreślenie wymogów, niejednokrotnie nieuzasadnione i nadmiernie rygorystyczne (o ile uznać Projekt Budowlany za wykładniczy w tym przedmiocie) doprowadziło do naruszenia zasady dopuszczalności rozwiązań równoważnych;

- Zamawiający skorzystał błędnie z instytucji wezwania do udzielenia wyjaśnień zamiast wezwania do uzupełnienia dokumentów. To naruszenie nie powodowało jeszcze wadliwości postępowania przetargowego. Jednakże treść wezwania stoi w jawnej sprzeczności z *ratio legis* obu przepisów tj. art. 87 i 26 p.z.p. Ich celem nadrzędnym jest bowiem umożliwienie Zamawiającemu uzyskania ofert prawidłowych, zgodnych z SIWZ oraz posiadających oparcie w realnych możliwościach oferentów. Działania Zamawiającego znajdujące swoje oparcie w przywołanych przepisach nakierowane powinny być więc na te właśnie cele. Ich realizacji nie może jednakże służyć wezwanie do de facto „złożenia oferty zgodnej z SIWZ”. Już bowiem z samego charakteru przetargu i dokumentacji stanowiącej jego podstawę wynika, że Zamawiający oczekuje oferty zgodnej z określonymi w niej wymogami. Skoro zaś, złożona oferta tych wymogów nie spełnia to stało się tak przez niedopatrzenie lub błąd Wykonawcy. Wezwanie powinno na ten błąd lub niedopatrzenie bezpośrednio wskazywać aby czynić najbardziej realnym uzyskanie oferty poprawnej. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków, których w istocie w żaden sposób nie doprecyzował. Wobec ilości parametrów technicznych proponowanych rozwiązań wezwanie do przedłożenia dokumentów w postaci opisów, kart katalogowych o rysunków wszystkich elementów złożonej konstrukcji jaką jest oczyszczalnia ścieków było nie tylko niemożliwe ale i niecelowe. Zamawiającemu chodziło bowiem o konkretny parametr. Z niewyjaśnionych przyczyn nie został on imiennie wskazany w wezwaniu. Pominięcie to musi być oceniane także przez pryzmat pozostałej treści wezwania, w której to Zamawiający wskazał już dokładnie, że żąda przedstawienia mu Aprobaty technicznej dotyczącej tuneli filtracyjnych i Deklaracji Zgodności CE sterownika oczyszczalni. Uznać należy więc, że na etapie wezwań Zamawiający był już w stanie dokładnie wskazać braki dokumentacji ofertowej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez odwołującego wraz z jej uzupełnieniem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Nie podzielono argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą odwołującemu nie sposób przypisać interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, uzasadnionej faktem, że oferta odwołującego jest czwartą jeśli brać pod uwagę kryterium ceny, zaś pozostałe oferty zostały odrzucone z tego samego powodu. O ile zgodzić się można z tezą, że nie ma przeszkód, by zamawiający dokonując ponownego badania i ceny ofert wziął pod uwagę okoliczności dotyczące także innych wykonawców, w szczególności analogiczne przesłanki stojące na przeszkodzie odrzuceniu oferty, jak te które dotyczą oferty odwołującego, to podkreślenia wymaga, że wydany wyrok jest następstwem odwołania konkretnego wykonawcy i wywołuje skutek dla tego wykonawcy. Rozstrzygnięcie o zarzutach i żądaniach odwołującego nie rodzi po stronie innych wykonawców, którzy nie złożyli odwołań roszczenia o objęcie ich skutkami wydanego w następstwie odwołania złożonego przez innego wykonawcę wyroku. Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem w następstwie złożenia odwołania przez wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem rozstrzygnięcia, przy czym zakres kognicji jest wyznaczony treścią tego odwołania. W myśl bowiem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Kwestia ewentualnej jednakowej oceny sytuacji innych wykonawców na obecnym etapie jest zatem pozostawiona działaniom zamawiającego i pozostaje poza zakresem wydanego orzeczenia (podobnie: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11). Pozostaje ona przy tym co najwyżej w sferze zapowiedzi zamawiającego, których losu nie sposób przesądzać.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Bezspornie, przyjętą przez zamawiającego podstawą odrzucenia oferty jest niewykazanie, że oczyszczalnia ścieków posiada powierzchnię złoża biologicznego nie mniejszą niż $170 \text{ m}^2/\text{m}^3$. Potwierdził to zamawiający na rozprawie, wynika to nadto z argumentacji podanej w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego, gdzie wskazano jako podstawę odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz zawarto następujące uzasadnienie: *Zamawiający w STWiOR i dokumentacji projektowej określił minimalne wymagania dotyczące oczyszczalni ścieków Technologia – osad czynny z zanurzonym złożem biologicznym. Podstawowym parametrem dla oczyszczalni kompaktowych jest bioreaktor o pojemności całkowitej 3500 l, posiadający osadnik wstępny o minimalnej pojemności 2150 L (STWiOR pkt 2.2) oraz minimalną powierzchnię złoża biologicznego $170 \text{ m}^2/\text{m}^3$ (projekt str. 9 „nie dopuszcza się oczyszczalni ścieków posiadających mniejszą powierzchnię złoża biologicznego”). W projekcie jest wyraźne uzasadnienie dlaczego wymagana jest tak duża powierzchnia złoża biologicznego. Wykonawca w swojej ofercie nie odniósł się do powierzchni złoża. Zamawiający w celu możliwości oceny równoważności oferty do opisu przedmiotu zamówienia wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o opisy i karty katalogowe. W dokumentach uzupełnionych nadal nie ma informacji na temat powierzchni złoża pomimo, że parametr ten był wyraźnie wymieniony w dokumentacji projektowej. W związku z powyższym oferta nie może być uznana jako równoważna, gdyż nie odpowiada treści SIWZ.”*

W pkt 4, ppkt 5 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowiono, że szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia określony jest w:

- a. dokumentacji projektowej- Załącznik Nr 9 do SIWZ
- b. przedmiarach robót - Załącznik Nr 9 do SIWZ.

W projekcie budowlanym, składającym się na wskazane załączniki do specyfikacji, zawierające opis przedmiotu zamówienia zamawiający postawił wymaganie co do oczyszczalni kompaktowej dotyczące minimalnej powierzchni materiału biologicznego: *„Aby ograniczyć do minimum czas samoczynnego technologicznego rozruchu oczyszczalnia posiada dużą powierzchnię złoża biologicznego – $170 \text{ m}^2/\text{m}^3$. **Nie dopuszcza się oczyszczalni ścieków posiadających mniejszą powierzchnię złoża biologicznego**”* (projekt budowlany, str. 9). Jednocześnie zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne w zakresie oferowanych oczyszczalni w stosunku do rozwiązań jakie opisał, w zakresie w którym użyto przy opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych oraz nazw producentów (pkt 4 ppkt 6) specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zamawiający zastrzegł, że wszelkie materiały i urządzenia określone w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia pochodzące od konkretnych producentów lub ze wskazaną marką lub patentem, określają wymagane przez zamawiającego parametry techniczne, jakościowe i użytkowe, jakim muszą odpowiadać materiały/urządzenia oferowane, aby spełnić wymagania stawiane przez zamawiającego, przy czym ciężar udowodnienia, że materiał lub urządzenie jest równoważne w stosunku do wymogu określonego przez zamawiającego spoczywa na wykonawcy.

W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych zamawiający postanowił, iż w celu potwierdzenia jakości oferowanych urządzeń do oferty należy załączyć deklarację zgodności, protokół z pełnym raportem z badań wykonanych przez notyfikowane laboratorium. Udokumentowanie równoważności proponowanych rozwiązań do wymaganych w przedmiocie zamówienia leży po stronie wykonawcy. W tym celu należy dołączyć do oferty karty katalogowe przydomowej oczyszczalni ścieków, opisy i rysunki. W celu potwierdzenia przez producenta wysokich standardów produkcji należy dołączyć do oferty Certyfikat DIN EN ISO 901:2008. Zamawiający postanowił również, że dopuszcza się rozwiązania równoważne do opisanych w tym dokumencie, pod warunkiem zachowania podstawowych parametrów technicznych i jakościowych urządzeń do opisanych w Specyfikacji Technicznej (str. 6 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych).

Analiza zapewnienia możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego, jako dotycząca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na obecnym etapie pozostaje poza zakresem dopuszczalnej ingerencji, skoro terminy na kwestionowanie tego dokumentu upłynęły (art. 182 ust. 2 ustawy). Stąd nie mogły podlegać rozpatrzeniu zarzuty dotyczące naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, oraz zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy.

Konieczność spełnienia wymagania w zakresie powierzchni złoża biologicznego była między stronami sporną: zamawiający wskazywał na konieczność zapewnienia tego parametru, podczas gdy odwołujący prezentował pogląd, iż wobec zaoferowania równoważnego rozwiązania nie jest koniecznym zachowanie tego wymagania; że w świetle konstrukcji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zapewnienia równoważności rozwiązania konieczne było wypełnienie jedynie wymagań opisanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, bez tych, które ujęte zostały w dokumentacji projektowej.

Uznano w powyższym zakresie, że w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, każdorazowo, niezależnie od zaoferowania rozwiązania równoważnego w stosunku do tego, jakie określone zostało poprzez wskazanie producenta, znaku towarowego wskazany warunek musi być spełniony. Wskazuje na to sposób zredagowania

w tym zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia – kategorię form tego wymagania, brak jakichkolwiek zastrzeżeń wskazujących na zaoferowanie rozwiązania równoważnego, wreszcie zaakcentowanie poprzez „wyboldowanie” tego wymagania. Bez znaczenia pozostaje przy tym celowość, czy racjonalność tak postawionego wymagania, istotne jest bowiem, że zostało ono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyartykułowane, zaś zmiana znaczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na obecnym etapie, poprzez taką jej interpretację, która nie znajduje odzwierciedlenia w treści jej postanowień, stanowiłaby niedopuszczalną zmianę reguł w trakcie postępowania, nie dającą się pogodzić z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadami przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nadto, gdyby przyjąć argumentację odwołującego, zgodnie z którą w razie zaoferowania rozwiązania równoważnego istotne są jedynie wymagania ujęte w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, to projekt budowlany w ogóle nie miałby jakiegokolwiek znaczenia.

Niewątpliwie, z treści oferty odwołującego nie wynika spełnienie wymagania w zakresie powierzchni złoża biologicznego.

Bezsparnie odwołujący nie załączył do oferty takich rysunków, kart katalogowych i opisów, na podstawie których możliwą byłaby ocena tego parametru. Odwołujący przyznał też, że oferowany przedmiot zamówienia zawiera rozwiązania równoważne do tych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z tego względu zamawiający zasadnie wezwał odwołującego, nawiązując do obowiązku udokumentowania równoważności proponowanych w ofercie rozwiązań, do uzupełnienia oferty o *opisy, karty katalogowe i rysunki odnoszące się bezpośrednio do parametrów technicznych proponowanych oczyszczalni ścieków. Na podstawie informacji zawartych w ofercie nie można dokonać oceny zgodności. Brak Aprobaty Technicznej dotyczącej tuneli filtracyjnych i Deklaracji Zgodności CE sterownika oczyszczalni.*

Ze złożonych przez odwołującego w odpowiedzi dokumentów także nie wynika spełnienie spornego wymagania dotyczącego minimalnej powierzchni złoża biologicznego. Dostrzeżenia jednak wymaga, że z treści wezwania nie sposób wyczytać intencji zamawiającego odnoszących się do braku w ofercie informacji dotyczących powierzchni złoża biologicznego. Wezwanie powinno zawierać przynajmniej w minimalnym zakresie dostrzeżone przez zamawiającego braki w ofercie, w tym niedostatki w zakresie informacji zawartych w ofercie, szczególnie w okolicznościach, gdy wymagania określonych dokumentów, a także same wymagania co do przedmiotu zamówienia zostały niejako

zakamufLOWane w rÓżnych czĘściach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymagane dotyczĄce powierzchni zŁoża biologicznego – w projekcie budowlanym, zaś wymóg zŁożenia opisów, kart katalogowych i rysunków – w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych). Wykonawca, by mÓc uczynić zadość oczekiwaniu zamawiającego, musi poznać oczekiwany zakres odpowiedzi, satysfakcjonującej zamawiającego. Wezwanie zamawiającego z dnia 18 czerwca 2012 r. nie pozwala wywieść, że ze zŁożonych dokumentów powinna wynikać informacja na temat powierzchni zŁoża biologicznego. Wynika z niego jedynie tyle, że naleŹy zŁożyć określone dokumenty (opisy, karty katalogowe i rysunki). Dostrzeżenia przy tym wymaga, że wymienione dokumenty nie mają ustandaryzowanej formy, z gÓry przewidywanego zakresu informacyjnego. MoŹe się zdarzyć, że pewne informacje w ogÓle nie bĘdą ujęte w tych dokumentach.

Podkreślenia dalej wymaga, że odrzucenie oferty jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga ustalenia tej niezgodności. Zamawiający dla takiego ustalenia winien dać wykonawcy szansę wypowiedzenia się co do treści oferty. Zamawiający na rozprawie podał, że powodem uznania oferty odwołującego za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia było niewykazanie przez wykonawcę spełnienia stawianych wymagań. Niemniej zamawiający, poprzez relatywnie wysoki stopień ogÓlności wystosowanego wezwania nie dał wykonawcy szansy na ewentualne wykazanie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W orzecznictwie podnosi się, że zamawiający przed odrzuceniem oferty musi udowodnić, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt nie posiada wymaganych przez zamawiającego cech. Fakt, iż w ocenie zamawiającego w ofercie wykonawcy brak jest niektórych elementów wymaganych do spełnienia postawionych w wymogach zamawiającego powoduje, iż uprawnieniem wykonawcy jest zŁozenie wyjaśnień w tym zakresie lub uzupełnienie danego dokumentu w niezbędnym zakresie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt 1149/12, 1155/12).

PowyŹsze okoliczności determinują wniosek, iż odrzucenie oferty odwołującego było przedczesnym, przed podjęciem działań zmierzających do ustalenia treści oferty. Przy czym te działania winny mieć charakter rzeczywistych – dających wykonawcy moŹliwość wyjaśnienia treści oferty i ewentualnego rozwiania wątpliwości zamawiającego. Z tego względu nakazano unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ramach tego wyjaśnienia celowym jest zŁozenie przez wykonawcę opisów, kart katalogowych lub rysunków, z których bĘdzie wynikać sporny parametr w zakresie powierzchni zŁoża biologicznego – jeśli wykonawca takimi dokumentami dysponuje. SĄ to wszak podstawowe

dokumenty, jakich zamawiający wymaga w postępowaniu, w celu ustalenia zgodności oferowanego przedmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Biorąc przy tym pod uwagę fakt, że te dokumenty nie zawsze mogą obejmować wszystkie informacje, a stanowiąc opisy lub rysunki mogą przy tym pochodzić także od wykonawcy. Powyższe decydowało o nakazaniu wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie spornej powierzchni złoża biologicznego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Odwołujący postuluje jako uzasadnione w okolicznościach spornego zagadnienia konieczność wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, stawiając w pkt 3 żądań odwołania żądanie: „*nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów, przez precyzyjne sformułowanie, iż chodzi o dokumenty, z których wynikałaby powierzchnia złoża biologicznego w oferowanych przez Odwołującego urządzeniach*”. Biorąc przy tym pod uwagę, że nie sposób na obecnym etapie przesądzać o zawartości merytorycznej i informacyjnej ewentualnie złożonych tego rodzaju dokumentów, które przecież już zostały złożone na wezwanie zamawiającego, a także wskazywać konkretnego dokumentu podlegającego takiemu uzupełnieniu, orzeczono w pierwszym rzędzie o nakazaniu wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Stosownie do wyniku tych wyjaśnień, rzeczą zamawiającego jest podjęcie decyzji co do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, względnie uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów stanowiących rysunki, karty katalogowe czy opisy. Jak wskazano wcześniej, opisy oraz rysunki mogą pochodzić od samego wykonawcy, a tym samym konsumuje je wyjaśnienie treści oferty – jeśli będzie zawierało informacje, które mogłyby być wyrażone w opisach czy rysunkach.

Uznano przy tym, że złożone przez odwołującego wraz z odwołaniem dokumenty: *opinia dot. Strony technologicznej oraz wiarygodności dokumentacji przetargowej złożonej do przetargu publicznego*, oświadczenie Euro - Plast Remigiusz Waldowski „karta katalogowa oczyszczalni terrapol 200 a także zestawienie parametrów oczyszczalni zawartych w Projekcie budowlanym z zawartością materiałów dotyczących oczyszczalni firmy Sotralentz nie mają znaczenia dla oceny poprawności decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego. Ocenie w postępowaniu odwoławczym podlega czynność zamawiającego, dokonana w oparciu o takie dokumenty i informacje, jakimi dysponowano w tym postępowaniu. Złożone przez odwołującego materiały (opinia prywatna oraz zestawienie parametrów wymaganych w Projekcie budowlanym oraz parametrów oczyszczalni firmy Sotralentz) dotyczą w zasadniczej mierze oceny treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej poprawności, co na obecnym etapie, wobec upływu terminów do kwestionowania tego dokumentu (art. 182 ust. 2 ustawy) jest spóźnione, zaś specyfikacja w ten sposób ukształtowana – jest wiążąca. Nadto, biorąc pod uwagę, że przedmiotowe

postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia nie przekraczającego progów, od których ustawa uzależnia obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w myśl art. 180 ust. 2 ustawy, w powyższym zakresie w ogóle nie przysługuje odwołanie.

Uwzględniając odwołanie orzeczono o nakazaniu zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wezwania w ramach tej oceny odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie minimalnej powierzchni złoża biologicznego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w ramach tego badania i oceny (obowiązek wezwania do wyjaśnienia treści oferty) zawiera zarazem obowiązek unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Powyższe poprzedza bowiem ponowne badanie i ocenę ofert, w ramach którego zamawiający obowiązany jest wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Dalsze czynności po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym ewentualne działania w ramach badania i oceny ofert skierowane wobec innych ofert – których zamiar sygnalizował zamawiający na rozprawie – pozostają poza zakresem orzeczenia i leżą wyłącznie w gestii zamawiającego.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazane naruszenia mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkowały zatem uwzględnieniem odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: