

**Sygn. akt: KIO 2170/13**

**Sygn. akt: KIO 2179/13**

**Sygn. akt: KIO 2180/13**

## **WYROK**

**z dnia 25 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 września 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 września 2013 r.:**

- A. przez konsorcjum wykonawców: **1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, Clemens-Holzmeister-Strasse 3A-3300 Amsterren, Austria (lider); 2) Mega S.A. ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia (sygn. KIO 2170/13),**
- B. przez konsorcjum wykonawców: **1) EKO-MTK Sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno- Budowlane „Żala” Sp. j. (sygn. KIO 2179/13),**
- C. przez konsorcjum wykonawców: **1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider) ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., (sygn. KIO 2180/13),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółkę Wodno-Ściekową „Swarzewo” ul. Władysławowska 84, 84-120 Władysławowo, przy udziale:**

- 1. konsorcjum wykonawców: **1) EKO-MTK Sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo**

**Instalacyjno- Budowlane „Żala” Sp. j.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 2170/13; KIO 2180/13** po stronie zamawiającego,

2. konsorcjum wykonawców: **1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider) ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 2170/13; KIO 2179/13** po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**A.1.** Uwzględnia odwołanie konsorcjum wykonawców: **1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, Clemens-Holzmeister-Strasse 3A-3300 Amsterren, Austria; 2) Mega S.A. ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia (sygn. KIO 2170/13),**

**1.1.** nakazuje zamawiającemu: **Spółce Wodno-Ściekowej „Swarzewo” ul. Władysławowska 84, 84-120 Władysławowo:**

- a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w odniesieniu do części 1,
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- c) wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji 18 Wykazu maszyn urządzeń i wyposażenia,
- d) dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego.

**2.** Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Spółkę Wodno-Ściekową „Swarzewo” ul. Władysławowska 84, 84-120 Władysławowo, (sygn. KIO 2170/13),**

**2.1.** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum wykonawców: **1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, Clemens-Holzmeister-Strasse 3A-3300 Amsterren, Austria; 2) Mega S.A. ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia (sygn. KIO 2170/13),** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od zamawiającego **Spółki Wodno-Ściekowej „Swarzewo” ul. Władysławowska 84, 84-120 Władysławowo** na rzecz konsorcjum wykonawców: **1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, Clemens-Holzmeister-Strasse 3A-3300 Amsterren,**

**Austria; 2) Mega S.A. ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia (sygn. KIO 2170/13), kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

**B. 1. Oddała odwołanie konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno- Budowlane „Żala” Sp. j., (sygn. KIO 2179/13),**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „Żala” Sp. j., (sygn. KIO 2179/13),**

**2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „Żala” Sp. j., tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od odwołującego konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „Żala” Sp. j., na rzecz zamawiającego: Spółki Wodno-Ściekowej „Swarzewo” ul. Władysławowska 84 84-120 Władysławowo, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

**C.1. Oddała odwołanie konsorcjum wykonawców: 1) „Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider) ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o.”, (sygn. KIO 2180/13),**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider) ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., (sygn. KIO 2180/13),**

**2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum; 1)**

**Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od odwołującego konsorcjum wykonawców: **1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider) ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o.**, na rzecz zamawiającego: **Spółki Wodno-Ściekowej „Swarzewo” ul. Władysławowska 84 84-120 Władysławowo**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2170/13**

**Sygn. akt: KIO 2179/13**

**Sygn. akt: KIO 2180/13**

### **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych obejmujących: część 1 – rozbudowa oczyszczalni ścieków w Swarzewie, część 2 – rozbudowa rurociągu zrzutowego z oczyszczalni ścieków w Swarzewie – część morska” (ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer: 2013/S 112-190488 z 12.06.2013 r.), w dniu 9 września 2013 r. zostały wniesione w zakresie 1-ej części zamówienia następujące odwołania:

- A. w formie pisemnej przez konsorcjum wykonawców: 1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, 2) Mega S.A. (sygn. KIO 2170/13), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym,
- B. w formie pisemnej przez konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjne „Żala” Sp. j., (sygn. KIO 2179/13), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym,
- C. w formie elektronicznej przez konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie za pośrednictwem faksu w dniu 30 sierpnia 2013 r. o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych na część 1 zamówienia oraz o unieważnieniu postępowania w tej części.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu - Spółce Wodno-Ściekowej „Swarzewo” naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

**Sygn. akt: KIO 2170/13**

Konsorcjum wykonawców: 1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, 2) Mega S. A. zarzuciło zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego dokumentów – karty katalogowej 10/100 dotyczącej stacji osuszania,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty – rozbieżności pomiędzy opisem dmuchawy promieniowej z szafą sterowniczą i falownikiem oraz stacji osuszania określonym w pozycji 18 i 140 Załącznika Nr 10 do (SIWZ) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia) a opisem zamieszczonym w karcie katalogowej 10/12 oraz 10/100,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez brak poprawienia przez zamawiającego omyłki w treści złożonej przez odwołującego oferty – typu dmuchawy promieniowej z szafą sterowniczą i falownikiem, tak aby odpowiadał on opisowi urządzenia zawartemu w pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ (Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia),
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez uznanie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie przedmiotowego postępowania,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do wyboru wykonawcy, którego oferta spełniała warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym przetarg został bezpodstawnie unieważniony

Zarzucając powyższe, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego w celu uznania, że spełnia ona warunki postawione w SIWZ,
- 3) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

4) nakazania zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na swój interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia przedstawionej przez odwołującego argumentacji i żądań, odwołujący będzie brał dalszy udział w postępowaniu, a jego oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym odwołujący mógłby realizować przedmiot zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że 30 sierpnia 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 w związku z tym, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W argumentacji dotyczącej podstaw odrzucenia oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że oferta ta nie mogła zostać uwzględniona, ponieważ oferowane urządzenia - dmuchawa promieniowa z szafą sterowniczą i falownikiem oraz stacja osuszania - nie spełniają minimalnych granicznych parametrów techniczno- użytkowych bezwzględnie wymaganych przez zamawiającego, takich jak wydatek minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h oraz maksymalny przepływ biogazu 240 m<sup>3</sup>/h.

Dowód: informacja o unieważnieniu postępowania w części 1-ej z dnia 30 sierpnia 2013 r.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego, uznając brak podstaw do unieważnienia postępowania z uwagi na to, że oferta odwołującego spełniała wszystkie wymogi wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wywodził z faktu, że:

a) parametry osuszania biogazu określone w karcie katalogowej 10/100 zawierały wartości nominalne, zaś stacja osuszania zaoferowana przez odwołującego może działać przy przepływach do 250 m<sup>3</sup>/h,

b) odwołujący przyznał, iż w pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ omyłkowo wpisał typ dmuchawy TURBO BLOWER AT150-1,0S (tożsamy z zaoferowanym typem z pozycji 17 przedmiotowego załącznika) zamiast TURBO BLOWER AT200-1,0S., który przy ciśnieniu 800 mbar charakteryzuje się wydatkiem 5520 Nm<sup>3</sup>/h.

Odwołujący przedstawił opis elementów swojej oferty, mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie odwołania.

Zamawiający wymagał, aby w kolumnie 5 Załącznika Nr 10 do SIWZ - Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia, wykonawcy wskazali oferowane urządzenia oraz opis parametrów technicznych dokumentujących równoważność z wymaganymi w

SIWZ. Dodatkowo wykonawcy zostali zobowiązani przez zamawiającego do załączenia kart katalogowych maszyn, urządzeń i wyposażenia do wyżej wymienionego Wykazu.

Zamawiający, obok innych warunków, wymagał aby dmuchawa promieniowa z szafą sterowniczą i falownikiem charakteryzowała się wydatkiem minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h przy ciśnieniu 800 mbar, natomiast stacja osuszania - maksymalnym przepływem biogazu na poziomie 240 m<sup>3</sup>/h.

Dowód: Załącznik Nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - w aktach postępowania przetargowego.

Odwołujący w swej ofercie zobowiązał się do zapewnienia zamawiającemu następujących urządzeń:

- dmuchawy promieniowej z szafą sterowniczą i falownikiem wraz z armaturą, zgodnej z projektem i SIWZ, charakteryzującej się wydatkiem minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h, typ: TURBO BLOWER AT150-1, OS (pozycja 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ),
- stacji osuszania wykonanej w zabudowie kontenerowej, zgodnej z projektem i SIWZ, charakteryzującej się maksymalnym przepływem biogazu na poziomie 240 m<sup>3</sup>/h, typ: DRX-2.9-200 (pozycja 140 Załącznika Nr 10 do SIWZ).

Dowód: - wyciąg z oferty odwołującego z dnia 23 lipca 2013 r.,

- z karty katalogowej 10/12 dotyczącej dmuchawy wynikało, że dmuchawa o typie wskazanym przez odwołującego w ofercie ma maksymalną wydajność rzędu 4140 m<sup>3</sup>/h przy ciśnieniu 1000 mbar. Natomiast z karty katalogowej 10/100 odnoszącej się do stacji osuszania dowiedzieć się można było, że stacja o typie określonym przez odwołującego ma przepływ biogazu 100-200 m<sup>3</sup>/h.

Dowód: karta katalogowa 10/12, karta katalogowa 10/100

Odwołujący przyznał, że z powyższego wynika, że pomiędzy treścią oferty odwołującego a załączonymi przez niego kartami katalogowymi opisanymi powyżej urządzeniami (również stanowiącymi integralną część oferty), istniała sprzeczność, która powinna zostać wyjaśniona przez zamawiającego w celu prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący oparł na następującej argumentacji. Jak już powyżej wskazano, zamawiający wymagał, aby stacja osuszania miała maksymalny przepływ biogazu na poziomie 240 m<sup>3</sup>/h, a odwołujący w swej ofercie zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu urządzenia o tym parametrze. Z dostarczonej przez odwołującego żądanej przez zamawiającego karty katalogowej stacji osuszania wynikało jednak, że ma ona przepływ biogazu rzędu 100-200



m<sup>3</sup>/h, co w opinii zamawiającego stanowiło o niespełnieniu warunków SIWZ w części dotyczącej tego urządzenia.

Odwołujący utrzymywał, że zamawiający winien bezwzględnie wezwać go – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - do złożenia wyjaśnień dotyczących karty katalogowej 10/100 w celu ustalenia, czy przepływ biogazu określony na poziomie 100-200 m<sup>3</sup>/h stanowi nominalny czy maksymalny przepływ biogazu. Czy na wartość przepływu biogazu urządzenia mają wpływ inne okoliczności niż wzięte pod uwagę w karcie katalogowej.

Odwołujący obstawał przy stanowisku, że zamawiający powinien podjąć powyższą czynność zwłaszcza w obliczu sprzeczności pomiędzy deklaracją odwołującego zawartą w pozycji 140 Załącznika Nr 10 do SIWZ (zobowiązanie się do dostarczenia urządzenia o przepływie biogazu do 240 m<sup>3</sup>/h) a kartą katalogową. Za powyższym twierdzeniem w przeświadczeniu odwołującego przemawia również okoliczność, że w karcie katalogowej nie wskazano w kolumnie z parametrem przepływu - czy przepływ wskazany jest wartością nominalną czy też maksymalną.

Odwołujący przywoływał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 7 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 379/12), zgodnie z którym: „[...] *Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów.*”

Zdaniem odwołującego, gdyby został wezwany do udzielenia wyjaśnień co do treści karty katalogowej 10/100 w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to udzieliłby informacji, że podane w karcie parametry osuszania biogazu stanowią wartości nominalne dla wielkości stacji w typoszeregu. Karta katalogowa musi, bowiem wykazywać jedynie nominalne przepływy, ponieważ stanowi dokument generalnie określający wielkości poszczególnych urządzeń w typoszeregu, gdyż każda instalacja biogazu jest inna i niemożliwe jest wykonanie typoszeregu uwzględniającego wszystkie przypadki. Parametry szczegółowe urządzenia są zaś dobierane zawsze indywidualnie, a wartość przepływów zależy od składu biogazu, temperatur granicznych, układów zewnętrznych, np. chłodzących biogaz. Podkreślał, że wymieniona w ofercie stacja osuszania została dobrana w ten sposób, aby prawidłowo pracować przy przepływach do 250 m<sup>3</sup>/h przy uwzględnieniu parametrów urządzeń na instalacjach biogazu, takich jak zbiornik magazynowy czy pochodnia. Wyjaśnienia zaś umożliwiłyby uznanie oferty odwołującego za odpowiadającą treści SIWZ, co skutkowałoby dalszym udziałem odwołującego w postępowaniu.

Powyższe uznał odwołujący za tym bardziej zasadne w związku z faktem, że karta katalogowa określała dany parametr na poziomie 100-200 m<sup>3</sup>/h, co przy uwzględnieniu

literalnej wykładni oznacza, że nie mógł on stanowić wartości maksymalnej, gdyż w przypadku wartości maksymalnej podaje się jedynie jedną graniczną wartość, co w tym wypadku nie miało miejsca.

Dowód: oświadczenie dostawcy stacji osuszania biogazu - SiGa Tech Michał Zuchara, Piotr Zuchara Spółka cywilna,

Przez wzgląd na powyższe okoliczności, odwołujący skonstatował, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest uzasadniony, a urządzenie zaoferowane przez odwołującego spełnia wszystkie wymogi SIWZ. Jednocześnie w przypadku kwestionowania przez zamawiającego powyższego stanowiska, odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego do spraw budowy maszyn w celu stwierdzenia, czy stacja osuszania typ: DRX-2.9-200 jest w stanie osiągnąć przepływ biogazu 240 m<sup>3</sup>/h.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący przyznał, że pomiędzy treścią wypełnionych pozycji 18 i 140 Załącznika Nr 10 do SIWZ (zawartych w nich jednoznacznych oświadczeń odwołującego w przedmiocie spełniania wymogów określonych w SIWZ) a kartami katalogowymi przedłożonymi przez odwołującego, istniała rozbieżność, co w efekcie stanowiło o wewnętrznej sprzeczności oferty. Pomimo tego, zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, choć zasadność podjęcia takiego działania została zaakcentowana w wielu wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi:

- wyrok z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 214/13: *„Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny, bądź na pewno zmienią one jej treść,”*
- wyrok z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2776/12: *„Odrzucenie oferty bez żądania wyjaśnień tylko na podstawie mało precyzyjnego rysunku w ofercie, ze względu na zaoferowanie wymaganych wymiarów odnośnie do szerokości i wysokości stołu „ Y”, bez zażądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. jest przedwczesne.”*
- wyrok z dnia 19 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2434/12: *„Skoro w ofercie występuje wewnętrzna sprzeczność utrudniająca ustalenie, co wykonawca zaoferował, do usuwania takich sprzeczności służy instytucja wyjaśnień uregulowana w art. 87 ust. 1 p.z.p. Wezwanie wykonawcy byłoby niedopuszczalne w sytuacji, gdyby z oferty w sposób jednoznaczny i*

*niebudzący wątpliwości wynikałoby, że oferowane urządzenie, czy oprogramowanie nie spełnia wymagań SIWZ. Wówczas instytucja wyjaśnień nie mogłaby służyć do usunięcia nieprawidłowości, bo powodowałaby niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty."*

W przedmiotowej sprawie - wobec rozbieżności między treścią Załącznika Nr 10 a kartami katalogowymi - z całą pewnością nie można stwierdzić, że z oferty odwołującego w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynikało, że oferowane urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ, co uzasadniałoby brak wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień – jak przekonywał odwołujący, przywołując dalsze orzecznictwo:

- wyrok z dnia 19 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2437/12: *„Podanie parametrów znacznie czy nieznacznie odbiegających od wymagań zamawiającego, o ile nie ma wewnętrznej sprzeczności oferty nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku wyjaśniania takiej niezgodności. [...]”* - mający zastosowanie w niniejszej sprawie *a contrario*,

- wyrok z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2298/12: *„Zamawiający nie ma podstaw do żądania wyjaśnień treści oferty, która nie budzi wątpliwości”* - mający zastosowanie w przedmiotowej sprawie *a contrario*,

- wyrok z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 254/12: *„Wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości lub sprzeczności w treści oferty jest obowiązkiem zamawiającego. Wykonawca w takich okolicznościach powinien mieć szansę udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, gdyż oferta nie może podlegać odrzuceniu z powodu niejasności jej treści wówczas, gdy zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia wątpliwości. (...) Istotą wyjaśnienia jest złożenie informacji umożliwiających rozwikłanie wątpliwości bądź też usunięcie sprzeczności w treści oferty, w szczególności wynikających z niespójnych i sprzecznych informacji zawartych w dokumentach wskazanych w ofercie.”*

- wyrok z dnia 16 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 22/12: *„Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych zwłaszcza, że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. ”*

Odwołujący nadmienił, że wezwanie go do udzielenia wyjaśnień - co do treści złożonej oferty nie stanowiłoby niedopuszczalnych przez Prawo zamówień publicznych negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści oferty, gdyż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 49/13): *„Nie sposób uznać za negocjacje usunięcia wewnętrznej sprzeczności tkwiącej od początku w ofercie, w sposób pośrednio z niej wynikający, a dodatkowo potwierdzony wyjaśnieniami. ”*

Odwołujący podsumował, że zamawiający - nie wzywając go do udzielenia wyjaśnień w celu wytłumaczenia wewnętrznych sprzeczności złożonej przezeń oferty - ewidentnie dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby zamawiający skorzystał z uprawnień przyznanych mu przez ustawę Pzp i należycie prowadził postępowanie, w toku wyjaśnień udzielonych przez odwołującego wyszłoby, że parametry osuszania biogazu określone w karcie katalogowej 10/100 to wartości nominalne, zaś stacja osuszania zaoferowana stacja osuszania może działać przy przepływach maksymalnie do 250 m<sup>3</sup>/h.

Natomiast wyjaśnienia odwołującego dotyczące dmuchawy ujawniłyby, że w pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ omyłkowo wpisano typ dmuchawy TURBO BLOWER AT150-1,0S zamiast TURBO BLOWER AT200-1,0S, który przy ciśnieniu 800 mbar charakteryzuje się wydatkiem 5520 Nm<sup>3</sup>/h, co wprost wynika z załączonego opisu dmuchawy. Na marginesie dodał, że w karcie katalogowej 10/12 wymieniono szereg urządzeń innych niż dmuchawa TURBO BLOWER AT150-1,0S, (w tym również dmuchawę TURBO BLOWER AT200-1,0S), tak więc starannie działający zamawiający powinien wezwać odwołującego do udzielenia wyjaśnień domyślając się - w obliczu deklaracji odwołującego zawartej w kolumnie 5 Załącznika Nr 10 do SIWZ, jak i wynikających z karty katalogowej 10/12 możliwości zapewnienia przez odwołującego innego sprzętu niż sporne urządzenie – że odwołujący omyłkowo wskazał dmuchawę niespełniającą wymogów SIWZ.

Za nie pozbawione znaczenia dla oceny powyższego uznał odwołujący także i to, że w pozycji 17 Załącznika Nr 10 do SIWZ wykonawcy mieli zaoferować zamawiającemu dmuchawę promieniową z szafą sterowniczą i falownikiem o wydatku minimum 4300 Nm<sup>3</sup>/h, które to parametry spełnia dmuchawa TURBO BLOWER AT150-1,0S, a więc *de facto* dmuchawę omyłkowo wpisaną przez odwołującego w pozycji 18 tego Załącznika (przy uwzględnieniu, że wydatek tego urządzenia był adekwatny do ciśnienia 800 mbar). Na marginesie podkreślał, że już 13 czerwca 2013 r. odwołujący otrzymał ofertę na dmuchawy o wydatku minimum 4300 Nm<sup>3</sup>/h i 5500 Nm<sup>3</sup>/h (w celu spełniania warunków określonych w SIWZ - odpowiednio dla pozycji 17 i 18 Załącznika nr 10), co również przemawia za uznaniem, że od początku intencją odwołującego było zaoferowanie realizacji zamówienia zgodnego z SIWZ.

Odwołujący po raz kolejny przekonywał, że zamawiający w tych okolicznościach winien wezwać go do udzielenia wyjaśnień. Szczególnie, że przy składaniu ofert na inwestycję o tak wysokiej wartości oraz wymagającym uzupełnienia setek pozycji w formularzu ofertowym - nie trudno o drobną - szczególnie przez wzgląd na niską wartość urządzeń w porównaniu do wartości zamówienia (vide: wykaz cen) - pomyłkę, w żaden sposób nie wpływającą jednak na zakres świadczenia wykonawcy.

Dowód: oświadczenie dostawcy stacji osuszania biogazu - SiGa Tech Michał Zuchara, Piotr Zuchara Spółka cywilna,  
Wyciąg z oferty odwołującego obejmujący poz. 17 Załącznika nr 10,  
Wiadomość email wraz z ofertą z dnia 13 czerwca 2013 r.,  
opis dmuchawy Aerzen Turbo 200-1.OS - parametry pracy,  
wykaz cen (treść oferty).

Odwołujący przypisał zamawiającemu rażące zaniechanie, gdyż powinien on zdawać sobie sprawę z tego, że skoro odwołujący - jako podmiot prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, posiadający doświadczenie w przygotowywaniu ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w kolumnie 5 Załącznika Nr 10 do SIWZ (podlegającej uzupełnieniu przez odwołującego) zapewnia, że dostarczy zamawiającemu urządzenia zgodne z podaną specyfikacją, to wszelkie treści na pierwszy rzut oka sprzeczne z tym oświadczeniem są wynikiem albo podlegającej poprawie omyłki odwołującego albo wymagają dodatkowego wyjaśnienia ze strony wykonawcy, tak aby miał on szansę wykazania, że oferuje świadczenie zgodne z SIWZ. Wobec powyższego stwierdził, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest zasadny, a zaniechanie zamawiającego w praktyce doprowadziło do wyeliminowania odwołującego z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący argumentował, jak następuje.

W przypadku podjęcia przez zamawiającego zasadnych, przewidzianych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp działań mógłby on wykryć omyłkę odwołującego w określeniu typu dmuchawy promieniowej z szafą i falownikiem z pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ i we własnym zakresie poprawić tę omyłkę poprzez wpisanie prawidłowego typu urządzenia, tak aby oferta odwołującego była w pełni zgodna z SIWZ. Zaznaczał przy tym, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2810/11) omyłka w podaniu typu urządzenia bez żadnych przeszkód mogłaby zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: *„Właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią swiz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadome i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).”*

Zdaniem odwołującego, na możliwość poprawienia opisywanej omyłki nie miałyby wpływu również to, że zamawiający mógłby ją wykryć przede wszystkim na podstawie wyjaśnień odwołującego, gdyż omyłka nie musi być oczywista, aby móc zostać wyeliminowana przez zamawiającego: *„Art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie uzależnia możliwości poprawienia omyłek od rodzaju zamówienia, a tym bardziej nie wyłącza takiej możliwości w stosunku do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych. Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu uniknięcie przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, które - w rozumieniu tego przepisu - niekoniecznie muszą mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek, które nie mają takiego charakteru, o ile tak dokonana poprawa nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.”* (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 września 2011 r., sygn. akt: KIO 2000/11, KIO 2011/11).

W przekonaniu odwołującego, zmiana typu urządzenia na właściwy nie miałyby wpływu na istotną zmianę treści oferty, gdyż zamiarem odwołującego od początku było zaoferowanie dmuchawy o wydatku 5500 Nm<sup>3</sup>/h, o czym świadczy chociażby treść kolumny 5 pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ oraz oferta otrzymana od firmy Aerzen, a typ urządzenia o niższym wydatku został wpisany omyłkowo z uwagi na bliskość pozycji 17 dotyczącej dostawy dmuchawy o wydatku 4300 Nm<sup>3</sup>/h. W tej sytuacji dokonanie poprawy omyłki uznał za działanie jak najbardziej celowe i zgodne z prawem. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2707/12): *„Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p warunkuje poprawę omyłek analizą skutku wprowadzonych poprawek w ofercie, tzn. czy nie spowodują one istotnych zmian w treści oferty. Stwierdzenie istotnej zmiany treści oferty może nastąpić tylko w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki spowodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można by mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.”*

Odwołujący utrzymywał, że nawet gdyby całkowicie pominął zaoferowanie opisywanej powyżej dmuchawy, to brak ten mógłby ulec uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a to przez wzgląd na ryczałtowość wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, co stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1781/09): *„Brak wyceny pozycji w formularzu ofertowym może być usunięty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., gdy pomimo, że jest to pomyłka polegająca na niezgodności oferty, to nie spowoduje ona istotnych zmian w treści oferty dlatego, że w świetle SIWZ kosztorys ofertowy ma znaczenie pomocnicze przy ustaleniu ceny, a rozliczenie realizowanej umowy nie będzie następować na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym, tylko na podstawie procentowo ustalanego zaawansowania realizacji robót przy obowiązywaniu ceny oferty jako ceny*

*całkowitej za całość zadania* ” Oznacza to, zdaniem odwołującego, że gdyby w ogóle nie uzupełnił pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ, to brak ten i tak podlegałby swoistego rodzaju konwalidacji na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując stwierdził, iż zamawiający nie wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień, a następnie nie dokonując poprawienia omyłki w złożonej ofercie - naruszył również art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją ciągu zaniechań zamawiającego była zaś wadliwa ocena oferty odwołującego, uniemożliwiająca mu dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia, co zdaniem odwołującego zasługuje na dezaprobatę.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący uzasadniał w ten sposób, iż przytoczone wyżej argumenty nie pozostawiają wątpliwości, że oferta odwołującego nie powinna ulec odrzuceniu w związku z tym, że jej treść rzekomo nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący podtrzymał twierdzenie, że zaoferował świadczenie w pełni zgodne z warunkami SIWZ, a ewentualne wątpliwości zamawiającego w tym zakresie można było bez problemu rozwiązać w ramach wykorzystania instrumentów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania - do wyjaśniania składanych przez wykonawców ofert i załączanych przez nich dokumentów.

Jeżeli zatem zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił rozbieżności w ofercie odwołującego, jak również nie usunął omyłki w tej ofercie (która następnie negatywnie wpływała na ocenę oferty odwołującego), to w zasadzie nie mógł należycie ocenić takiej oferty, a co za tym idzie - kompetentnie stwierdzić, czy powinna ona podlegać odrzuceniu, czy też nie. Dopuszczając się, zatem odrzucenia oferty odwołującego bez uprzedniego wyjaśnienia jej wewnętrznie niespójnych treści i poprawienia opisywanej omyłki, zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych szczególnie, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypracowano następujące poglądy:

- wyrok z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2702/12: *„Aby zamawiający mógł odrzucić ofertę, najpierw musi uzyskać pewność co do jej treści, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty jako odpowiadającą albo nieodpowiadającą treści SIWZ,”*
- wyrok z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 757/12: *„Zamawiający, gdy zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej treści, ”*

- wyrok z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 584/12, KIO 594/12: *„Za dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, mogą być uznane również oświadczenia własne wykonawcy. Same wątpliwości zamawiającego nie mogą stanowić przesłanki do odrzucenia oferty, lecz winny skutkować wezwaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień. Należy wskazać, że instytucja odrzucenia oferty winna być stosowana po wyczerpaniu przez zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę, ”*

- wyrok z dnia 16 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 22/12: *„Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p. ”*

Odwołujący po raz kolejny podnosił, że w przedmiotowej sprawie zamawiający, który wobec braku wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień i poprawienia omyłki - nienależycie ocenił ofertę odwołującego, działał wbrew zasadzie wspomnianej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2035/12): *„Przy ocenie ofert nie można stracić z pola widzenia podstawowej zasady, że chodzi o wyeliminowanie ofert faktycznie, a nie jedynie pozornie wadliwych. ”*

Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby jego oferta nie podlegała sanowaniu na podstawie udzielonych wyjaśnień, czy też poprawionej omyłki, kluczowy jest ustalony ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy.

Ryczałtowość wynagrodzenia wykonawcy oznacza, że jest on zobowiązany do zrealizowania całości określonego przez zamawiającego zamówienia za jedną kwotę nawet, jeżeli w swej ofercie pominął niektóre pozycje świadczenia na rzecz zamawiającego. Ma to szczególne znaczenie w zamówieniach takich jak przedmiotowe, gdzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia pozwala na zapewnienie udziału w postępowaniu podmiotom, które - zobligowane do opisanie i wyceny bardzo wielu elementów - przez omyłkę lub nieuwagę nie zadeklarowały zamawiającemu wprost wykonania jednego ze świadczeń. Prawidłowość powyższego poglądu znajduje potwierdzenie w następujących orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, co prawda odnoszących się do kosztorysów ofertowych, ale mających w niniejszej sprawie zastosowanie *per analogiam*:

- wyrok z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1058/12: *„W okolicznościach ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego brak wyceny określonych pozycji kosztorysowych nie oznacza, iż wykonawca nie będzie zobowiązany do wykonania prac w nich ujętych i to w ramach*



*ustalonego wynagrodzenia. Brak wyceny tej pozycji nie będzie również stanowił przeszkody dla rozliczenia inwestycji, bowiem cena za realizację inwestycji została określona w ofercie i tylko to cena ma charakter wiążący. Kosztorys ofertowy ma wówczas znaczenie jedynie pomocnicze dla wykonawcy przy szacowaniu kwoty, za którą jest w stanie podjąć się realizacji zamówienia. Skoro wykonawca zaniechał wyceny określonych pozycji, to konsekwencje tego zaniechania ponosi sam wykonawca, ale są one jedynie takie, iż wykonawca będzie zobowiązany do realizacji całego przedmiotu zamówienia, określonego przez zamawiającego, za cenę podaną w ofercie. Konsekwencją braku wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych nie jest zaś wadliwość oferty, polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem zakres świadczenia, przyjmując ryczałtowy charakter zamówienia i wynikające z istoty tego wynagrodzenia skutki, odpowiada temu wynikającemu z SIWZ. Zatem błędy rachunkowe, zawarte w kosztorysie sporządzonym przez wykonawcę, nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a tym samym nie mogły być podstawą do odrzucenia oferty,”*

- wyrok z dnia 23 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 954/12: *„Z uwagi na to, że cena ma charakter ryczałtowy i wszelkie błędy w kosztorysie lub nie ujęcie jakiegokolwiek elementu wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia nie zwalnia wykonawcy od pełnego wykonania zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, tego rodzaju błąd nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji. ”*

- wyrok z dnia 9 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 847/12: *„Brak jakiejś pozycji czy też elementu kosztorysu w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ (co wynika wprost z formularza ofertowego), nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z SIWZ.”*

Biorąc pod uwagę powyższe z daleko idącej ostrożności odwołujący uznał, że nawet jeżeli wyjaśnienia odwołującego w zakresie spornych pozycji nie byłyby dla zamawiającego satysfakcjonujące i stwierdziłby on, że odwołujący w zasadzie nie zaoferował mu dostawy dmuchawy i stacji osuszania, to i tak nie mógłby odrzucić oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, a to z uwagi na ustalony ryczałtowy charakter wynagrodzenia i wnioski zawarte w powyżej przytoczonych orzeczeniach. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poczytał za ewidentne, co w konsekwencji winno skutkować unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazaniem zamawiającemu jej ponownej oceny.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący oparł na twierdzeniach poprzedzających, że wykazał, iż jego oferta nie powinna

zostać odrzucona. W konsekwencji zamawiający nie miał żadnych merytorycznych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na rzekome niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący złożył wszak ofertę, która przy dochowaniu przez zamawiającego należytej staranności, wyjaśnieniu wszelkich wątpliwych kwestii oraz znajomości przez zamawiającego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, powinna bezwzględnie zostać oceniona jako odpowiadająca treści SIWZ. Zamawiający, unieważniając postępowanie bez rzeczywistej ku temu podstawy, naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego skutkiem powinno być unieważnienie tej czynności zamawiającego, jak żądał odwołujący - w celu zapewnienia prawidłowego i zgodnego z prawem przebiegu postępowania.

W konsekwencji podnoszonych wyżej naruszeń przepisów ustawy Pzp, odwołujący przypisał zamawiającemu naruszenie zasad regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust.1). W art. 15 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. Odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania zdaniem odwołującego, stanowi utrudnianie dostępu do rynku. Zamawiający, dopuszczając się zaniechań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie stosując się do obowiązujących go przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, uniemożliwił odwołującemu - profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, którego oferta była w pełni zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i cenami rynkowymi - podjęcie się realizacji zamówienia. Konkludując stwierdził, iż zamawiający naruszył przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do wyboru oferty odwołującego jako wykonawcy spełniającego wymogi wskazane w SIWZ, oferującego korzystną dla zamawiającego cenę oraz - z uwagi na posiadane doświadczenie i doskonałe referencje - dającego rękojmię jak najlepszego wykonania zamówienia. Podkreślił, iż zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym. Za uzasadniony uznał wniosek o nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w

przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

*W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 września 2013 r. zamawiający zajął następujące stanowisko.*

*„A/ uznaje zarzuty Odwołującego dotyczące:*

*1/ naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego dokumentów -w odniesieniu do karty katalogowej 10/100 dotyczącej stacji osuszania.*

*2/ naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią pozycji 140 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia, a opisem zamieszczonym w karcie katalogowej 10/100.*

*B/ wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania w zakresie zarzutów dotyczących:*

*1/ naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią pozycji 18 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia a opisem zamieszczonym w karcie katalogowej 10/12.*

*2/ naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak poprawienia omyłki w treści ofert złożonej przez Odwołującego w pozycji 18 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia.*

*3/ naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ.*

*4/ naruszenia art. 93 ust.1 pkt.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania,*

*5/ naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w wyniku czego nie doszło do wyboru Wykonawcy, którego oferta spełnia warunki określone w SIWZ, a w konsekwencji bezpodstawne unieważnienie postępowania.*

*Ad. A/ Zamawiający wymagał, by:*

- w kolumnie 5 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (załącznik numer 10 do SIWZ) Wykonawcy wskazali: „Oferowane Urządzenie opis parametrów technicznych dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ”

- w kolumnie 6 tego wykazu Wykonawcy wskazali: „Typ, Model, Producent”.

Dodatkowo Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia, wraz z ofertą, kart katalogowych lub DTR (dokumentacja techniczno-ruchowa) oferowanych urządzeń, maszyn i wyposażenia.

Odwołujący - w pozycji 140 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - wskazał stację osuszania biogazu DRX-2.9-200 produkcji Siga Tech, wskazując również, iż maksymalny przepływ biogazu dla tej stacji wynosi 240 m<sup>3</sup>/h.

W karcie katalogowej 10/100 dotyczącej ww. stacji osuszania biogazu wskazano, iż - dla zaoferowanego modelu urządzenia - przepływ biogazu wynosi 100-200 m<sup>3</sup>/h.

Zamawiający przyznaje, iż z żadnego zapisu karty katalogowej dotyczącej ww. stacji osuszania biogazu nie wynika, jaka jest maksymalna wartość przepływu biogazu w m<sup>3</sup> "h.

Wobec powyższego - w zakresie pozycji 140 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - Zamawiający podjął decyzję jak we wstępie niniejszej odpowiedzi.

Ad. B/ Zamawiający wymagał, aby:

- w kolumnie 5 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia Wykonawcy wskazali: „Oferowane Urządzenie opis parametrów technicznych dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ”

- w kolumnie 6 tego wykazu Wykonawcy wskazali: „Typ, Model, Producent”.

Dodatkowo Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą kart katalogowych lub DTR (dokumentacja techniczno-ruchowa) oferowanych urządzeń, maszyn i wyposażenia.

Odwołujący - w pozycji 18 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał dmuchawę promieniową z szafą sterowniczą i falownikiem TURBO BLOWER AT150-1, OS produkcji AERZEN, wskazując również:

- wydatek minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h,
- wym. spręż minimum 80 kPa.

*W karcie katalogowej 10/12 dotyczącej ww. dmuchawy promieniowej z szafą sterowniczą i falownikiem wskazano, iż dla zaoferowanego modelu urządzenia:*

- *wydatek minimum wynosi 4140 Nm<sup>3</sup>/h.,*
- *wym. spręż minimum 100 kPa.*

*Biorąc powyższe pod uwagę - w wykazie maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia Wykonawca wskazał dokładnie, jaki typ urządzenia oferuje, natomiast z załączonej karty katalogowej wynika jednoznacznie, iż oferowany typ nie odpowiada minimalnemu parametrowi wymaganemu przez Zamawiającego: wydatek minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h.*

*Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż - zgodnie z treścią wyroku sygn. akt KIO 2434/12 - „Wezwanie Odwołującego byłoby niedopuszczalne, gdyby z oferty w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wynikało, że urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ”.*

*W ocenie Zamawiającego - dokładnie taka sytuacja wystąpiła w przypadku urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego w pozycji 18 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia.*

*W ocenie Zamawiającego w przypadku pozycji 18 wykazie maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - w ofercie Odwołującego wystąpił błąd.*

*Zamawiający nie może poprawić, błędu wskazanego powyżej, gdyż wraz z ofertą została złożona karta katalogowa (10/100) dotycząca oferowanego urządzenia, zawierająca w swojej treści cały typoszereg urządzeń, z których część (kilka urządzeń) spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.*

*Odwołujący wpisał do pozycji 18 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia -urządzenie typu AT 150-1.0S. W treści odwołania Odwołujący wskazuje na zamiar zaoferowania urządzenia typu AT 200-1.0S. Z tym, że na przykład urządzenie typu AT 200-0,S również spełnia wymagania określone przez Zamawiającego:*

- *wydatek minimum 6480 Nm<sup>3</sup>/h,*
- *wym. spręż minimum 80 kPa.*

*Stąd wniosek, iż niezależnie od wyjaśnień Odwołującego - opierając się wyłącznie na dokumentach złożonych wraz z ofertą - Zamawiający nie może jednoznacznie ustalić, jakie*

urządzenie Odwołujący zamierzał zaoferować w pozycji 18 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia.

*Biorąc powyższe pod uwagę - Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania w zakresie wskazanym we wstępie niniejszej odpowiedzi na odwołanie."*

**Sygn. akt: KIO 2179/13**

Konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „Żala” Sp. j. zarzuciło zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, poprzez:

a) zaniechanie wyjaśnienia ewentualnych elementów niejasnych,

b) zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty,

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów (kart katalogowych) potwierdzających, iż oferowane urządzenia i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ,

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów potwierdzających, iż oferowane urządzenia i roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ,

5. art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem fundamentalnych zasad dotyczących równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji, obiektywnego i bezstronnego przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,

6. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania, w sytuacji kiedy złożona przez odwołującego oferta nie podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku badania i oceny ofert zamawiający odrzucił ofertę odwołującego mimo, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Gdyby zamawiający dokonał czynności, do których zobowiązany jest przepisami ustawy Pzp nie doszłoby do odrzucenia oferty odwołującego i zamawiający dokonałby wyboru jego oferty - jako najkorzystniejszej i tym samym odwołujący realizowałby przedmiot zamówienia.

Odwołujący podał, że 30 sierpnia 2013 r. zamawiający przekazał zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania gdyż w ocenie zamawiającego w prowadzonym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał braki w załączniku nr 10 do oferty „Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia”, które jego zdaniem czynią ofertę konsorcjum niezgodną z SIWZ.

Z takim stanowiskiem odwołujący nie zgodził się, gdyż składając ofertę oświadczył, że wykona całość zamówienia za cenę ryczałtową zgodnie z dokumentacją oraz zgodnie z wszystkimi warunkami określonymi w SIWZ oraz projekcie umowy. Dostrzeżone przez zamawiającego braki kart katalogowych bądź omyłkowo załączona inna karta katalogowa urządzenia niż urządzenie wskazane w wykazie (załączniku nr 10) nie pozwalają uznać oferty za niezgodną z treścią SIWZ. Z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w podobnych sprawach wynika, że zamawiający mając wątpliwości odnośnie oferty odwołującego powinien wezwać konsorcjum do uzupełnienia (karty katalogowe) i złożenia wyjaśnień odnośnie oferty, czego jednak nie uczynił i odrzucił złożoną przez odwołującego ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2012 r. KIO 1027/12 „Z przepisu art. 87 ust. 1 p.z.p. nie wynika wprost, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ był zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Jednak zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc obowiązek ten materializuje się w sytuacji, kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.” ;

Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r. KIO 757/12 *„Zamawiający, gdy zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej treści.”*

Gdyby zamawiający zastosował się do normy prawnej zawartej art. 26 ust. 3 Pzp oraz w art. 87 ust. 1 Pzp i wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, ten przedstawiłby właściwe karty katalogowe, bądź oświadczenia producenta potwierdzające, że zastosowane przez niego urządzenia odpowiadają wymogom SIWZ (wyroki KIO 979/12; KIO 980/12) *„Materiały informacyjne, w tym karty katalogowe producenta, nie tworzą treści oferty, składane są jedynie na potwierdzenie deklarowanych właściwości oferowanych wyrobów, dlatego, w przeciwieństwie do dokumentów obejmujących treść oferty, art. 26 ust. 3 p.z.p. dopuszcza uzupełnianie tego rodzaju dokumentów.”* W takim stanie rzeczy oferta konsorcjum nie zostałaby uznana jako niezgodna z SIWZ.

Odwołujący podnosił, że nie ulega wątpliwości, iż instytucja odrzucenia oferty winna być stosowana po wyczerpaniu przez zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych możliwości mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę. Wszakże sam przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp formułuje po stronie zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania ( Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2012 r. KIO 694/12). W związku z powyższym zamawiający był zobowiązany do wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów (kart katalogowych) dotyczących załącznika nr 10 pozycji takich jak: 108, 116, karty katalogowe/specyfikacje dla urządzeń z pozycji 115 do 119, poz. 128 - wskazana firma Lizards, poz. 120.

W innych pozycjach takich jak poz. 128, poz. 131, poz. od 138 do 143 wskazane zostały jako urządzenia „Równoważne z SIWZ i dokumentacją projektową”. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości odnośnie zgodności tych urządzeń z SIWZ powinien poprosić o wyjaśnienie odwołującego.

Odnośnie pozycji poz. 23 i 24 odwołujący wyjaśniał, iż urządzenia z pozycji od 20 do 25 wchodziły w skład obiektów budowlanych Osadniki wtórne. Osadniki wtórne zgodnie z



zapisami w dokumentacji projektowej mają zredukować ilość zawiesiny w ściekach oraz umożliwić jego recyrkulację do reaktorów biologicznych. W projekcie osadniki wtórne zaprojektowane są jako prostokątne o płaskim dnie. Aby zapewnić właściwy stopień redukcji osadu w ściekach w osadnikach prostokątnych zastosowano urządzenia: flokulator statyczny (poz. 23) w celu „zmniejszenia gabarytów osadnika” oraz syfon (poz. 24) w celu odprowadzenia osadu z dna płaskiego osadnika. Wykonawca przewidział, że zastosuje technologię równoważną w postaci osadników wtórnych radialnych (analogicznie jak w przypadku osadników wstępnych - do czego zamawiający nie miał zastrzeżeń, czyli należy domniemywać, że taka równoważność jest dopuszczalna). Technologia osadników radialnych nie wymaga zastosowania flokulatorów statycznych oraz syfonów w celu zapewnienia osiągnięcia właściwych efektów w postaci usunięcia zawiesiny. Zamiar zastosowania osadników radialnych uwidocznił jest w opisach dla poz. 20 i 21.

Kierując się zapisami z preambuły załącznika nr 10, które mówią o tym, że należy dążyć do zminimalizowania ilości producentów urządzeń, konsorcjum zastosowało w ofercie urządzenia VISTAL EKO, które zastosowane zostały także na innych obiektach i są równoważne w stosunku do rozwiązania firmy ZICKERT.

Mając na uwadze, że zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do przepisu art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Pzp było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, zamawiający powinien wezwać konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 oraz do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a wtedy nie doszłoby do odrzucenia oferty - jako niezgodnej z SIWZ.

Gdyby zamawiający nie dopuścił się powyżej opisanych zaniechań, nie miałyby miejsca sytuacja, w której oferta została uznana za niezgodną z treścią SIWZ, a co za tym idzie, nie doszłoby do unieważnienia postępowania. Odwołujący utrzymywał, że złożył ofertę obarczoną niewielkimi błędami i nieistotnymi wadami, która przy działaniu zamawiającego zgodnie z obowiązkami nałożonymi ustawą Pzp powinna zostać uznana jako odpowiadająca treści SIWZ, a co za tym idzie niepodlegająca odrzuceniu, doszło do naruszenia normy wyrażonej art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający unieważniając postępowanie, w sytuacji kiedy nie wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, w ocenie odwołującego konsorcjum naruszył także art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem fundamentalnych zasad dotyczących równego

traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji, obiektywnego i bezstronnego przeprowadzenia postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 września 2013 r. zamawiający zajął następujące stanowisko.

*A/ uznaje zarzuty Odwołującego dotyczące:*

*1/ naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących kart katalogowych - dotyczy pozycji 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,*

*2/ naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych przez niego dokumentów - dotyczy pozycji 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,*

*3/ naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - dotyczy pozycji 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,*

*4/ naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - dotyczy pozycji 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia.*

*B./ wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania w zakresie zarzutów dotyczących:*

*1/ naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących kart katalogowych - dotyczy pozycji 108, 116, 117, 118, 119, 120, 128, 131, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,*

*2/ naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych przez niego dokumentów - dotyczy pozycji 108, 116, 117, 118, 119, 120, 128, 131, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,*

3/ naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - dotyczy pozycji 108, 116, 117, 118, 119, 120, 128, 131, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,

4/ naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - dotyczy pozycji 108, 116, 117, 118, 119, 120, 128, 131, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia,

5/ naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ,

6/ naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania,

7/ naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w wyniku czego nie doszło do wyboru Wykonawcy, którego oferta spełnia warunki określone w SIWZ, a w konsekwencji bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Ad. A/ Zamawiający wymagał, by:

- w kolumnie 5 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (załącznik numer 10 do SIWZ) Wykonawcy wskazali: „Oferowane Urządzenie opis parametrów technicznych dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ”;

- w kolumnie 6 tegoż wykazu Wykonawcy wskazali: „Typ, Model, Producent”.

Dodatkowo Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą kart katalogowych lub DTR (dokumentacja techniczno-ruchowa) oferowanych urządzeń, maszyn i wyposażenia.

Odwołujący - w pozycji 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia nie wskazał żadnego urządzenia.

Zastosowana przez Odwołującego technologia dotycząca Osadników wtórnych (poz. 20-25 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z

kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia) nie wymaga zastosowania urządzeń wskazanych w pozycjach 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia.

Wobec powyższego - w zakresie pozycji 23 i 24 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - Zamawiający uznaje zarzuty Odwołującego dotyczące ww. pozycji.

Ad. B/ Zamawiający wymagał, by:

- w kolumnie 5 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (załącznik numer 10 do SIWZ) Wykonawcy wskazali: „Oferowane Urządzenie opis parametrów technicznych dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ”

- w kolumnie 6 tego wykazu Wykonawcy wskazali: „Typ, Model, Producent”.

Dodatkowo Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą kart katalogowych lub DTR (dokumentacja techniczno-ruchowa) oferowanych urządzeń, maszyn i wyposażenia.

Odwołujący - w pozycji:

1/ 108 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał instalację pasteryzacji składającą się z wyszczególnionych czterech elementów.

Instalacja pasteryzacji - zgodnie z treścią wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - winna obejmować dodatkowo:

- wymiennik płaszczowo-rurowy nr 1 o mocy cieplnej  $N_{min.}=95kW$ , przepływ  $Q_{min.}=9,0 m^3/h$ , materiał stal kwasoodporna, ilość: 1 szt.,

- wymiennik płaszczowo-rurowy nr 2 o mocy cieplnej  $N_{min.}=52kW$ , przepływ  $Q_{min.}=6,0 m^3/h$ , materiał stal kwasoodporna, ilość: 1 szt.,

- wymiennik płaszczowo-rurowy nr 3 i 4 o mocy cieplnej  $N_{min.}=56kW$ , przepływ  $Q_{min.}=6,0 m^3/h$ . materiał stal kwasoodporna, ilość: 2 szt.,

- zbiornik pasteryzacji  $V_{min.}= 1,2 m^3$ ,  $D=1300mm$ ,  $H=2100mm$ , z podwójnym płaszczem i izolacją, ilość: 2 szt.,

- zasuwa nożowa z siłownikiem pneumatycznym z potwierdzeniem położenia, międzykołnierzowa DN65, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 7 szt.,

- zasuwą nożową z siłownikiem pneumatycznym z potwierdzeniem położenia, międzykołnierzowa, DN80, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 1 szt.,
- zasuwą nożową z napędem ręcznym, międzykołnierzowa, DN65, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna. uszczelnienie NBR, ilość: 8 szt.,
- zasuwą nożową z napędem ręcznym, międzykołnierzowa, DN80, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 1 szt.,
- zasuwą nożową z napędem ręcznym, międzykołnierzowa, DN 100, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 1 szt.,
- zawór zwrotny kulowy kołnierzowy DN65, PN 10, materiał: żeliwo epoksydowane, NBR, ilość: 3 szt.,
- zawór zwrotny kulowy kołnierzowy DN100. PN10, materiał: żeliwo epoksydowane, NBR, ilość: 1 szt.

Odwołujący nie wskazał w pozycji 108 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia, iż zamierza zaoferować również pozostałe, ww. niezbędne składniki instalacji pasteryzacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż pomiędzy treścią oferty (pozycja 108 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia) a treścią kart katalogowych (10.108) istnieje jakakolwiek wewnętrzna sprzeczność. Co więcej, Zamawiający w sposób jednoznaczny stwierdził, iż brak jest (tak w treści ww. wykazu, jak i w treści kart katalogowych) następujących elementów:

- wymiennik płaszczowo-rurowy nr 1 o mocy cieplnej  $N_{min.}=95kW$ , przepływ  $Q_{min.}\sim 9,0\text{ m}^3/h$ , materiał stal kwasoodporna, ilość: 1 szt.
- wymiennik płaszczowo-rurowy nr 2 o mocy cieplnej  $N_{min.}=52kW$ , przepływ  $Q_{mm.}=6,0\text{ m}^3/h$ , materiał stal kwasoodporna, ilość: 1 szt.
- wymiennik płaszczowo-rurowy nr 3 i 4 o mocy cieplnej  $N_{min.}=56kW$ , przepływ  $Q_{min.}=6,0\text{ m}^3/h$ , materiał stal kwasoodporna, ilość: 2 szt.
- zbiornik pasteryzacji  $V_{min.}=1,2\text{ m}^3$ ,  $D=1300mm$ ,  $H=2100mm$ , z podwójnym płaszczem i izolacją, ilość: 2 szt.

- *zasuwa nożowa z siłownikiem pneumatycznym z potwierdzeniem położenia, międzykołnierzowa, DN65, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 7 szt.,*
- *zasuwa nożowa z siłownikiem pneumatycznym z potwierdzeniem położenia, międzykołnierzowa, DN80, PN10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 1 szt.,*
- *zasuwa nożowa z napędem ręcznym, międzykołnierzowa, DN65, PN10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 8 szt.,*
- *zasuwa nożowa z napędem ręcznym, międzykołnierzowa, DN80, PN 10. materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 1 szt.,*
- *zasuwa nożowa z napędem ręcznym, międzykołnierzowa. DNI 00, PN 10, materiał: korpus żeliwo epoksydowane, nóż stal kwasoodporna, uszczelnienie NBR, ilość: 1 szt.,*
- *zawór zwrotny kulowy kołnierzowy DN65, PN10, materiał: żeliwo epoksydowane, NBR, ilość: 3 szt..*
- *zawór zwrotny kulowy kołnierzowy DN100, PN10, materiał: żeliwo epoksydowane, NBR, ilość: 1 szt.*

*2/ 116, 117, 119, 120 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia nie wskazał, żadnego urządzenia (nie podając ani modelu, ani typu), wskazując jedynie nazwę dostawcy handlowego urządzenia.*

*Zamawiający, w oparciu o treść złożonej oferty oraz załączone karty katalogowe, nie był w stanie określić żadnego konkretnego typu i modelu oferowanego urządzenia. Natomiast, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku sygn. akt KIO 1679/10 „wyjaśnienia uzyskane w trybie art. 87 ust. 1 pzp w żadnym razie nie mogą służyć do tego, aby z wielu potencjalnie możliwych przedmiotów świadczenia wskazanych w ofercie, w sposób sprzeczny z siwz, zidentyfikować i wybrać jeden”.*

*3/ 118 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia nie wskazał, żadnego urządzenia (nie podając ani modelu, ani typu), wskazując jedynie nazwę dostawcy handlowego urządzenia. Zamawiający, w oparciu o treść złożonej oferty oraz załączone karty katalogowe, nie był w stanie określić żadnego konkretnego typu i modelu oferowanego urządzenia. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż z treści załączonej karty katalogowej wynika, iż oferowane urządzenie nie spełnia jednego z minimalnych granicznych parametrów*

*techniczno-użytkowych bezwzględnie wymaganych przez Zamawiającego - max. średnica podawanych gałęzi 20 cm (w treści karty katalogowej 10.118 wskazano wartość 15 cm).*

*4/ 128 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał dwa urządzenia, w treści załączonej karty katalogowej (10.128) również zostały wskazane te dwa urządzenia Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń.*

*Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: KIO 1679/10), Wykonawca powinien zatem zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ.*

*5/ 131 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał dwa urządzenia, w treści załączonej karty katalogowej (10.128) również zostały wskazane te dwa urządzenia Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń.*

*Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: KIO 1679/10), Wykonawca powinien zatem zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ.*

*6/ 138, 139, 140, 141, 142. 143 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia nie wskazał, żadnego urządzenia (nie podając ani modelu, ani typu), wskazując jedynie nazwę dostawcy handlowego urządzenia. Załączone do oferty karty katalogowe (10.138. 10.139. 10.140. 10.141. 10.142. 10.143) obejmują cały typoszereg urządzeń, z których kilka spełnia minimalne graniczne parametry techniczno-użytkowe bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego.*

*Zamawiający, ustosunkowując się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, stwierdza, iż niezależnie od wyjaśnień Odwołującego - opierając się wyłącznie na dokumentach złożonych wraz z ofertą - Zamawiający nie może jednoznacznie ustalić, jakie urządzenie Odwołujący zamierzał zaoferować w pozycjach 108, 116, 117, 118, 119, 120, 128, 131, 138, 139, 140,141,142,143 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia. Dodatkowo zamawiający wskazuje, iż treść karty katalogowej 10.118*

*odnoszącej się do pozycji 118 nie potwierdza spełniania jednego z minimalnych granicznych parametrów bezwzględnie wymaganych przez Zamawiającego.*

*Biorąc powyższe pod uwagę - Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania w zakresie wskazanym we wstępie niniejszej odpowiedzi na odwołanie.*

*C/ Zamawiający z ostrożności wskazuje także, że Odwołujący uznał podstawę odrzucenia jego oferty wskazaną w piśmie z dnia 30 sierpnia 2013 roku - l.dz. 155/2013/ZP w zakresie poz. 136 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia.”*

### **Sygn. akt: KIO 2180/13**

Konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., zarzuciło zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji;

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty, wobec nie uwzględnienia zastrzeżenia wyrażonego w ww. przepisie, tj. nie uwzględnienia przez zamawiającego treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wobec sformułowania zawartego w Preambule do Załącznika nr 10 do SIWZ (Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę) („Wykaz”), iż opisy poszczególnych pozycji podane w Wykazie nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Umowy na wykonanie Robót oraz Wykaz winien być wypełniony w zgodzie z wymaganiami dokumentacji projektowej;

4. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w konsekwencji których doszłoby do poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na zawarciu w poszczególnych pozycjach Wykazu sformułowania „lub równoważne”, wobec tego iż zapis ten znalazł się tam przypadkowo i powinien być potraktowany jako oczywista omyłka pisarska;

5. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, iż wobec treści oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, oferta ta budziła wątpliwości zamawiającego; ewentualnie;



6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności na wypadek, gdyby uznać, iż zapis „lub równoważny” został przez odwołującego zawarty celowo w poszczególnych pozycjach Wykazu, co nie mogło by oznaczać niezgodności z SIWZ, z uwagi na brak możliwości interpretacji zapisów SIWZ na niekorzyść wykonawców ubiegających się o zamówienie w szczególności w kontekście zobowiązania oferentów do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi oraz Załącznikiem nr 10, w tym w szczególności wobec zobowiązania do osiągnięcia wymaganych parametrów technologicznych oraz zapewnienia części zamiennych do zastosowanych maszyn, urządzeń oraz wyposażenia przez okres minimum 7 lat.

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości oraz nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ;
3. nakazania zamawiającemu, w oparciu o wyjaśnienia odwołującego złożone w treści niniejszego odwołania oraz wykazane podczas rozprawy, poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego - polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy w zakresie pozycji 112 (numer, karty katalogowej 89) Wykazu oraz uwzględnienie poprawnej karty katalogowej w zakresie pozycji 112 Wykazu;
4. poprawienia przez zamawiającego, w oparciu o wyjaśnienia odwołującego złożone w treści niniejszego odwołania oraz wykazane podczas rozprawy, oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na usunięciu sformułowania „lub równoważny” w poszczególnych pozycjach Wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę; ewentualnie
5. na zobowiązaniu zamawiającego do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie określonym w treści odwołania, w szczególności odnośnie zawarcia sformułowania „lub równoważny” w poszczególnych pozycjach Wykazu;
6. nakazania zamawiającemu ( z uwzględnieniem wyjaśnień odwołującego zawartych w treści odwołania oraz wykazanych podczas rozprawy), ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, oraz w rezultacie ww. czynności nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.
7. o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie zestawienia, które zostanie przedłożone do akt sprawy.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną (jedyne kryterium oceny ofert - cena) i może w wyniku naruszenia przez zamawiającego i przepisów Pzp, ponieść szkodę w wyniku braku możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym braku możliwości uzyskania zakładanych zysków. W razie uwzględnienia niniejszego odwołania odwołujący ma bezpośrednią możliwość uzyskania zamówienia. Nadto odwołujący podał, że dąży do tego, aby zamawiający w toku prowadzenia postępowania przetargowego przestrzegał zasady uczciwej konkurencji oraz dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami Pzp.

W postanowieniach SIWZ w rozdział III ust. II pkt. 1 zamawiający wskazał, iż wykonawcy winni złożyć do oferty Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ.

W treści Preambuły do wskazanego powyżej Załącznika nr 10 Zamawiający podał, co następuje: „Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia stanowi element oferty służący do oceny równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej. Opisy poszczególnych pozycji podane w Wykazie nie powinny być traktowane, jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Umowy na wykonanie Robót. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową, i wypełnił niniejszy Wykaz zgodnie z jej wymaganiami. Wykonawca jest odpowiedzialny za jakość zastosowanych materiałów, maszyn i urządzeń, za montaż i uruchomienie, za ich zgodność z dokumentacją projektową, wymaganiami specyfikacji technicznych, programem zapewnienia jakości robót; oraz zastosowane materiały, maszyny, urządzenia i wyposażenie muszą gwarantować:

- osiągnięcie wymaganych parametrów technologicznych określonych w dokumentacjach technicznych i STWiOR
- minimum 3 letni okres gwarancji jakości
- dostępność części zamiennych do zainstalowanych w ramach Robót maszyn i urządzeń przez okres minimum 7 lat od daty wydania Świadectwa Przejęcia.

Parametry technologiczne opisane w niniejszym dokumencie stanowią optymalny nominalny punkt pracy urządzeń. Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatur i innych by uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni, oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych budynków bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej: powierzchni, kubatury

i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków i zmiany pozwolenia na budowę. Wskazane jest by Wykonawca stosując rozwiązania równoważne stosował maszyny i urządzenia podobnego typu i tego samego producenta (tam gdzie jest to możliwe) tak by Zamawiający w trakcie eksploatacji mógł korzystać z maksymalnie kilku podmiotów serwisujących i naprawczych. Maszyny, Urządzenia i wyposażenie oraz inne wyroby muszą być z asortymentu bieżąco produkowanego i odpowiadać normom i przepisom. Zastosowane Materiały, Urządzenia i Wyposażenie muszą posiadać stosowne atesty, aprobaty, znaki bezpieczeństwa - wymagane polskimi przepisami. O ile producent przewidział, podział na klasy lub gatunki jakości; Maszyny, Urządzenia i wyposażenie muszą być w najwyższej (najlepszej) klasie lub gatunku. Maszyny i Urządzenia muszą posiadać Dokumentacje Techniczno-Ruchowe i instrukcje napisane w języku polskim. Wykonawca zobowiązany, jest załączyć karty katalogowe maszyn, urządzeń i wyposażenia do niniejszego Wykazu.”

Dowód: SIWZ - IDW

W postępowaniu w zakresie części 1 złożonych zostało 7 ofert, w tym oferta odwołującego.

Zamawiający, w toku czynności badania i oceny ofert nie zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z żądaniem złożenia wyjaśnień.

Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r., poinformował wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu wszystkich złożonych ofert, w tym zgodnie z punktem 2 g) pisma o odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji o unieważnieniu postępowania w części 1 - na wykonanie rozbudowy oczyszczalni ścieków w Swarzewie. Odwołujący wyjaśniał, że jego oferta odrzucona została w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec tego, iż rzekomo treść złożonej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w niniejszym postępowaniu odwołujący argumentował tym, że działanie zamawiającego uchybia zasadom, prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - przez odrzucenie oferty odwołujące, pomimo jej zgodności z SIWZ i przepisami prawa ze szczególnym uwzględnieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 *in fine* Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji oferty, przez co zarzucił oferentowi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, pomimo że faktycznie takich sprzeczności nie było.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferta zostaje odrzucona, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ewentualnych innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem odwołującego, zamawiający działał z naruszeniem ww. przepisu, ponieważ złożona oferta jest, w świetle przytoczonego przepisu zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a pozorne niezgodności, leżące u podstaw decyzji zamawiającego, stanowią wynik zaniechania dokonania przez zamawiającego prawidłowego badania i jej oceny, zgodnie z prawem, w tym w szczególności zaniechania podjęcia działań zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Jeśli bowiem zamawiający ma jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, nie powinien automatycznie przyjmować domniemania, że oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, *"Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. Nie może dokonać jakiej czynności w sytuacji, gdy oferta nie została należycie zbadana, w tymi w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ"* (wyrok KIO z dn. 17 lutego 2011 r., KIO 218/11). Należyta staranność zamawiającego wymaga, aby poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), a jeżeli zamawiający napotyka na dalsze niejasności mogące skutkować odrzuceniem oferty, to powinien skorzystać z art. 87 ust. 1 Pzp i zażądać wyjaśnień od oferenta.

Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie poprawił omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, polegającej na załączeniu błędnej karty katalogowej urządzenia wskazanego w pozycji 112 Wykazu. Odwołujący przekonywał, że celem zasadniczym regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest utrzymanie w obrocie prawnym ofert, których treść w sposób nieistotny odbiega od treści SIWZ. Przepis ten ma również działanie prewencyjne, które ma zapobiegać wyeliminowaniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę zawierającą nieistotne uchybienia merytoryczne w warunkach możliwości wygrania przetargu przez wykonawcę składającego ofertę z wyższą ceną bądź w inny sposób mniej korzystną. *„Wprowadzenie przez ustawodawcę przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zostało spowodowane tym, aby dać możliwość zamawiającym poprawiania w ofertach niezgodności oferty ze specyfikacją, które to niezgodności nie powodują istotnych zmian w ofercie, czyli poprawienia omyłek w zakresie niepowodujących istotnych zmian w ofercie i nie odrzucania takich ofert. A więc charakteryzujących się dwoma cechami: (1) niezgodność oferty z treścią specyfikacji musi mieć charakter omyłki i (2) poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści oferty"* (wyrok z dn. 5 listopada 2010 r., KIO 2295/10). Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wprowadza ograniczenia, iż sprostowaniu podlegają omyłki

wywołane jedynie oznaczonymi przyczynami. Powody pomyłek popełnianych przez wykonawców są obojętne z punktu widzenia przesłanek dopuszczalności ich sprostowania i najczęściej wynikają z niestaranności przy sporządzaniu oferty (wyrok KIO z dn. 4 marca 2012 r., KIO 589/12) „*Art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone błahе pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów*” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 marca 2010 r., XIX Ga 18/10). 17 Nie można wywieść z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli (tu odwołujący powołał się na prawidłową treść oświadczenia zawartą w treści Wykazu) objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią SIWZ, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z treścią SIWZ, nie zdając sobie z tego sprawy. Jako punkt wyjścia należy przy tym przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści SIWZ, zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. *W konsekwencji każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z treścią SIWZ* (wyrok KIO z dn. 5 kwietnia 2013 r., KIO 665/13). Wykazanie przez wykonawcę, iż złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że zawarte rozbieżności treści oferty i SIWZ mają charakter omyłek podlegających poprawieniu. Również pominięcie w treści oferty wyrazów lub krótkich fraz, które określają zakres opisu sposobu wykonania przedmiotu zamówienia podlega poprawieniu, jeżeli ich uzupełnienie doprowadzi do zgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (KIO 2768/12).

Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ nie poprawił oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na pozostawieniu przez odwołującego zwrotu „lub równoważne” w niektórych pozycjach Wykazu.

Naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że z treści pisma zamawiającego (powiadomienia o wyniku postępowania) wynika, że zamawiający powziął istotne wątpliwości odnośnie oferty odwołującego, które następnie doprowadziły zamawiającego do błędnego wniosku o niezgodności oferty z SIWZ - skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezależnie od błędnego wniosku odnośnie niezgodności oferty z SIWZ, odwołujący

przekonywał, że zamawiający mógł i powinien był skorzystać z procedury żądania wyjaśnień od oferenta na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, aby usunąć wątpliwości odnośnie treści oferty.

Odwołujący przywołał dalsze orzecznictwo KIO: *„Możliwość żądania wyjaśnień przeradza się w obowiązek wówczas, gdy treść oferty budzi wątpliwości, zawiera sprzeczne lub niejasne oświadczenia lub informacje”* (sygn. akt KIO/UZP 1519/09). W innym wyroku Izba zauważyła *„[wskazany przepis [art. 87 ust. 1 Ustawy - przyp. aut.] nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z takim żądaniem, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym, który ze swoich twierdzeń, wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO w tym zakresie, wynika, iż zaniechanie przez Zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania,”* (np. wyroki KIO 1327/09: 1443/09). *„Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. pzp”* (KIO 545/11). W niniejszej sprawie, jak zaznaczał odwołujący, zamawiający z takim żądaniem wyjaśnień nie wystąpił, mimo że - jak wynika z informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 30 sierpnia 2013 r. - takie wątpliwości powziął i wątpliwości te wpłynęły na odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego.

W świetle cytowanego wyżej orzecznictwa, odwołujący stwierdził, że zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bez wcześniejszego wezwania go do złożenia wyjaśnień, dopuścił się naruszenia przepisów postępowania. Na marginesie zauważył, że nawet w cytowanym przez zamawiającego orzeczeniu KIO (w ogłoszeniu o unieważnieniu przetargu w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego),- sygn. akt KIO 1679/10 zamawiający wystąpił do oferenta przed odrzuceniem oferty z żądaniem wyjaśnienia nieścisłości. Według odwołującego, skorzystanie z procedury art. 87 ust. 1 Pzp i udzielenie wyjaśnień przez oferenta usunęłoby nieporozumienia odnośnie treści oferty i spowodowałoby, że sięganie po instrument odrzucenia oferty byłoby zbędne.

W odniesieniu do zakwestionowanych pozycji wykazu odwołujący wyjaśniał, co następuje.

Pozycje 88-92 zamawiający uznał, że urządzenie wskazane przez odwołującego w pozycjach 88-92 Wykazu nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ urządzenie nie jest chłodnicą wentylatorową, pompą obiegową ani zbiornikiem oleju. Odwołujący zaprzeczył tym twierdzeniom, ponieważ urządzenie zaoferowane przez odwołującego jest jednocześnie chłodnicą wentylatorową, pompą obiegową oraz zbiornikiem oleju, a jego właściwości w pełni

odpowiadają treści wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ. Jeśli zamawiający miał wątpliwości odnośnie urządzenia zaproponowanego przez oferenta w pozycjach 88-92 Wykazu, powinien był zażądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp, przed kategoriowym stwierdzeniem, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący oświadczył, że mógł z łatwością usunąć wątpliwości zamawiającego co do zgodności oferty z SIWZ poprzez udzielenie wyjaśnień co do zaoferowanego urządzenia. Oferent w pozycjach 88-92 (nr karty katalogowej 54) Wykazu zaoferował urządzenie Agenitor 408 BG, tj. kompaktowy CHP gotowy do podłączenia. Urządzenie to składa się z elementów:

- (a) seryjnie produkowany silnik przemysłowo – gazowy Otto,
- (b) chłodzony powietrzem generator synchroniczny,
- (c) wymiennik ciepła – odzysk ciepła ze spalin,
- (d) katalizator (opcjonalnie),
- (e) wbudowany zbiornik oleju dziennego z automatyczną instalacją napełniającą,
- (f) szafa wraz z panelem sterowniczym oraz sterowaniem jednostkami pomocniczymi,
- (g) ścieżka gazowa.

Zamawiający po dokonaniu oceny oferty - błędnie uznał, że skoro urządzenie zaproponowane przez odwołującego nie jest jedynie chłodnicą wentylatorową, pompą obiegową bądź zbiornikiem oleju, to znaczy, że urządzenie to jest niezgodne z SIWZ. Jednak chłodnica wentylatorowa (Urządzenie nr 3), pompa obiegowa (Urządzenie nr 4), pompa obiegowa (Urządzenie nr 5), zbiornik oleju (Urządzenie nr 6), zbiornik oleju (Urządzenie nr 7), stanowią integralną część kompaktowego agregatu CHP zaoferowanego przez odwołującego, a ich parametry zostały określone w karcie katalogowej nr 54 i w pozycjach 88-92 Wykazu. Urządzenie to spełnia zatem wszystkie wymagania zamawiającego, co znajduje potwierdzenie również w oświadczeniu złożonym przez producenta 2G Polska Sp. z o.o. odnośnie urządzenia zaproponowanego przez oferenta oraz szczegółowych kartach katalogowych dla ww. urządzeń.

Dowód: oświadczenie 2G Polska Sp. z o.o. Na potwierdzenie, iż oferowane urządzenia z poz. 88-92 spełniają wymagane przez zamawiającego parametry równoważności, odwołujący w załączeniu przedstawił karty katalogowe producentów dla każdego z elementów składowych urządzenia kompaktowego CHP, a więc urządzeń wymienionych w pozycjach 88-92.

Dowód: karty katalogowe urządzeń z pozycji 88-92

W odniesieniu do pozycji 112 Wykazu

Odwołujący w pozycji 112 (numer karty katalogowej 89) Wykazu zaoferował jedną sztukę Urządzenia nr 2 - wentylator dachowy WD-250 z silnikiem 3~400V. Vmin.=2030 m

3/h;  $H_{min} = 100\text{Pa}$ , o dokładnie takich parametrach równoważności jakich wymagał zamawiający w przedmiotowym Załączniku nr 10 pozycji 112. Z pozycji 112 Wykazu wynika jednoznacznie, że odwołujący złożył ofertę zgodną z SIWZ. Odwołujący przyznał, że popełniając, omyłkę w odniesieniu do wskazanej pozycji 112, załączył do Wykazu błędną kartę katalogową, jednakże wywodził, że w trakcie badania i oceny ofert przedmiotowa, sytuacja powinna zostać przez zamawiającego zbadana w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a przedmiotowa omyłka winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3, a nie stanowić podstawy do odrzucenia oferty – w związku z niezgodnością oferty z SIWZ.

Dowód: poprawna karta katalogowa

Pozycja 128 Wykazu. Zamawiający uznał, że oferent w pozycji 128 Wykazu wskazał dwa urządzenia, podczas gdy zamawiający wymagał wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń, co zdaniem zamawiającego powoduje niezgodność oferty z SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż w zakresie pozycji 128 Wykazu, jego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości odnośnie elementów oferty zaoferowanych w pozycji 128 Wykazu, powinien był zażądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp przed kategorycznym stwierdzeniem, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż oferent mógł z łatwością usunąć wątpliwości zamawiającego co do zgodności oferty z SIWZ poprzez udzielenie wyjaśnień co do zaoferowanego urządzenia. Odwołujący przyznał, że w pozycji 128 Wykazu zaoferował dwa typy tego samego urządzenia (pompa wirowa), ponieważ zamawiający wymagał w SIWZ dwóch odrębnych typów pompy wirowej. Zamawiający wymagał, aby zgodnie z zapisami Dokumentacji Projektowej (znak dokumentacji E820 PW-OCS-50.1 -TG-OG-0001, strona 11) wymienić jedną pracującą pompę oznaczoną jako 50.1-1-PW-0 o mocy  $P=85\text{ kW}$ . Jednocześnie w załączniku nr 10 do SIWZ Zamawiający określił parametry pompy na: „Pompa wirowa zatapialna o osi wirnika w pionie w zabudowie suchej o parametrach: przepływ minimum  $Q=317\text{ l/s}$ , wysokość podnoszenia minimum  $H=50,5\text{ m}$ , materiał pompy: żeliwo, czujnik temperatury stojana, czujnik kontroli szczelności”. Jednak jest to technicznie niemożliwe, aby w dobrąć i zaoferować pompę o wymaganych parametrach spełniającą zarówno wymagania z dokumentacji Projektowej (znak dokumentacji E820-PW- OCS-SO.I-TG-OG-0001, strona 11) jak i te z załącznika nr 10 do SIWZ, tj. pompę o przepływie minimum  $Q=317\text{ l/s}$ , wysokości podnoszenia minimum  $H=50,5$  oraz mocy  $P=85\text{ kW}$ . Taka pompa musiałaby mieć sprawność całkowitą znacznie powyżej 100%. Odwołujący tłumaczył, iż z tego powodu wskazał w ramach oferty dwa rozwiązania: zaoferował pompę zgodnie z dokumentacją projektową oraz pompę spełniającą warunki wskazane w Załączniku nr 10 do SIWZ (przy tym rozwiązaniu posłużono się sformułowaniem: „dobre do siwz”). Na marginesie zauważył, iż obydwie z zaoferowanych pomp znajdują się w tym samym



typoszeregu i została dla nich przedłożona jedna karta katalogowa. Powyższe znajduje potwierdzenie również w stanowisku przedstawionym przez dostawcę pomp (Sulzer Pumps Wastewater Poland Sp. z o.o.), zwracającym uwagę na rozbieżności i niejasności w wymaganych parametrach pomp.

Dowód: pismo Sulzer Pumps Wastewater Poland z dn. 19 lipca 2013 r.

W konsekwencji, zamawiający doszedł do wniosku, że pozycja 128 Wykazu nie odpowiada treści SIWZ jedynie na skutek braku żądania wyjaśnień od oferenta w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz w wyniku nieprecyzyjnej treści SIWZ, za którą odpowiedzialności oferent nie ponosi.

Odwołujący powołał się na poglądy prezentowane w orzecznictwie Izby, że wykonawcy nie powinni być obciążani skutkami braku precyzji lub sprzeczności w zapisach dokumentacji przetargowej (por. np. KIO 643/10, gdzie stwierdzono: *„Izba stoi na stanowisku, ugruntowanym i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.”*

Pozycja 129 Wykazu. Zamawiający uznał, że oferent w pozycji 129 Wykazu zaoferował urządzenie (krata schodkowa), które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno użytkowego: szerokość 900 mm. Według odwołującego w zakresie pozycji 129 Wykazu jego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Jeśli zamawiający miał wątpliwości odnośnie urządzenia zaoferowanego w pozycji 129 Wykazu, powinien był zażądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp przed uznaniem, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż oferent mógł z łatwością usunąć wątpliwości zamawiającego, co do zgodności oferty z SIWZ przez udzielenie wyjaśnień, co do zaoferowanego urządzenia. Przedstawione w pozycji 129 (numer karty katalogowej 59) według załącznika nr 10 do SIWZ urządzenie nr 2 - krata schodkowa spełnia wszystkie wymagania SIWZ, tak w zakresie wymagań technologicznych, jaki i SIWZ wraz z załącznikami tj. dokumentacją projektową. Zgodnie z rysunkiem znak E820-PW-OCS- 50.1-TG-RS-0003, szerokość kanału, do którego wbudowana ma zostać krata schodkowa, wynosi ~(około) 900 mm. Dobór krat w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków przy istniejących kanałach betonowych podyktowany jest z jednej strony geometrią tych kanałów, z drugiej wymaganą przepustowością i sprawnością hydrauliczną tych krat, tak aby zagwarantować efektywne oczyszczanie mechaniczne ścieków dla pełnej przepustowości oczyszczalni. Parametry

hydrauliczne i technologiczne są bez zastrzeżeń i nie wymagają wyjaśnień. Parametrami gabarytowymi dla doboru krat są: szerokość kanału, głębokość i jego kształt.

Całkowita szerokość kraty wraz z jej obudową nie ma wpływu na efekt pracy urządzenia jak i na jego przepustowość – jak twierdził odwołujący. Czynna szerokość kraty jest brana pod uwagę przy obliczeniach technologicznych i hydraulicznych, a szerokość konstrukcji ramy nośnej, czy obudowy urządzenia może być różna i nie ma wpływu na efektywność pracy kraty. Do kanału betonowego o szerokości 900 mm nie można wstawić kraty o tej samej szerokości. Szerokość kraty musi być mniejsza od szerokości kanału, aby urządzenie to mogło zostać wstawione do kanału, odpowiednio wypoziomowane i zamocowane. Ponadto, wykonawca zapisami w projekcie został zobligowany aby „przed przystąpieniem do montażu urządzeń sprawdzić w naturze zgodność wymiarów z dokumentacją projektową” -rysunek znak E820-PW-QCS-50.1-TG-R.S-C003 pkt. 3 (uwaga), ponieważ nie ma pewności co do prawidłowości podanych wymiarów. Powyższe znajduje potwierdzenie również w oświadczeniu dostawcy kraty schodkowej (MEVA-POL Sp. z o.o.) z dn. 5 września 2013 r.

Dowód: oświadczenie MEVA-POL Sp. z o.o. z dn. 5 września 2013 r.

Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że szerokość 900 mm podana w pozycji 129 w załączniku nr 10 do SIWZ jest przeniesieniem szerokości kanału z rysunku znak E820-PW- OCS-50.1 -TG- RS-0003, a także z tabelarycznego wyszczególnienia urządzeń poz. 2 zamieszczonego na tym samym rysunku. Urządzenie zaoferowane przez wykonawcę zastało dobrane w oparciu o wiedzę inżynierską tj. dla zadanego przepływu oraz strat, zgodnie z wymaganymi parametrami geometrycznymi istniejących kanałów i zgodnie z zapisami i wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ.

W ocenie odwołującego, zamawiający doszedł błędnie do wniosku, że pozycja 129 Wykazu nie odpowiada treści SIWZ jedynie na skutek braku żądania wyjaśnień od oferenta w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz w wyniku nieprecyzyjnej treści SIWZ (niezgodność pomiędzy załącznikiem nr, 10 do SIWZ a rysunkiem z Dokumentacji Projektowej), za którą jednak nie powinien ponosić odpowiedzialności oferent.

Odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo KIO: *„Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci uznania np. jego oferty za nieodpowiadającą treści siwz w przypadku, gdy zamawiający nieprecyzyjnie określił w specyfikacji swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji wątpliwości w zakresie interpretacji treści danego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będące efektem błędu*

*zamawiającego przy opracowywaniu siwz, muszą być oceniane na korzyść wykonawcy”(KIO 219/12).*

Pozycja 131 Wykazu. Zamawiający uznał, że odwołujący w pozycji 131 Wykazu wskazał dwa urządzenia, podczas gdy zamawiający wymagał wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów, urządzeń - co zdaniem zamawiającego powoduje niezgodność oferty z SIWZ. Odwołujący stwierdził, że jego oferta w zakresie pozycji 131 Wykazu jest zgodna z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości odnośnie urządzeń zaoferowanych w pozycji 131 Wykazu, winien był zażądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp przed kategorycznym stwierdzeniem, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. Oferent w pozycji 131 Wykazu zaoferował dwa typy tego samego urządzenia (pompa wirowa), ponieważ zamawiający wymagał w SIWZ dwóch odrębnych, typów pompy: wirowej. Zamawiający wymagał, aby zgodnie z zapisami Dokumentacji Projektowej (znak dokumentacji E820-PW-CCS-50.2-TG-OG- 0001, strona 10) wymienić jedną pracującą pompę oznaczoną jako 50.2-1-PW-02 o mocy  $P=90$  kW. Jednocześnie w załączniku nr 10 do SIWZ zamawiający określił parametry pompy jako: „Pompa wirowa zatapialna o osi wirnika w pionie w zabudowie suchej o parametrach: przepływ minimum  $Q=242$  l/s, wysokość podnoszenia minimum  $H=55,8$  m, materiał pompy: żeliwo, czujnik temperatury stojana, czujnik kontroli szczelności”. Jest to jednak technicznie niemożliwe, aby dobrać i zaoferować pompę o wymaganych parametrach, spełniającą zarówno wymagania z Dokumentacji Projektowej (znak dokumentacji E 820-PW-OCS-50.2-TG-OG- 1, strona 1) jak i te załącznika nr 10 do SIWZ, tj. pompę o przepływie minimum  $Q=242$  l/s, wysokości podnoszenia minimum  $H=55,8$  m oraz mocy  $P=90$  kW. Taka pompa musiałaby mieć sprawność całkowitą znacznie powyżej 100%. Z tego powodu, jako wykonawca wskazał w ramach oferty dwa rozwiązania: zaoferował pompę zgodną z dokumentacją projektową oraz z pompę spełniającą warunki wskazane w Załączniku nr 10 do SIWZ przy tym rozwiązaniu posłużono się sformułowaniem: „dobre do siwz”). Na marginesie zauważył, iż obydwie z zaoferowanych pomp znajdują się w tym samym typoszeregu i została dla nich przedłożona jedna karta katalogowa.

Powyższe odwołujący potwierdzał stanowiskiem przedstawionymi przez dostawcę pomp (Sulzer Pumps Wastewater Poland Sp. z o.o.), zwracającym uwagę na rozbieżności i niejasności w wymaganych parametrach pomp.

Dowód: pismo Sulzer Pumps Wastewater Poland z dn. 19 lipca 2013 r.

Zdaniem odwołującego, zamawiający doszedł do wniosku, że pozycja 131 Wykazu nie odpowiada treści SIWZ - jedynie na skutek braku żądania wyjaśnień od oferenta w trybie

art. 87 ust. 1 Pzp oraz w wyniku nieprecyzyjnej treści SIWZ, za którą odpowiedzialności oferent nie ponosi.

Pozycja 140 Wykazu. Zamawiający uznał, że urządzenie zaoferowane przez odwołującego w pozycji 140 Wykazu nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno - użytkowego (maksymalny przepływ biogazu 240 m<sup>3</sup>/h). W tym przypadku, ocenę zamawiającego, odwołujący przypisał błędnej analizie oferty, gdyż wątpliwość odnośnie zaproponowanego urządzenia można było usunąć poprzez zwrócenie się zamawiającego do oferenta z żądaniem wyjaśnień na mocy art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przyznał, że w pozycji nr 140 (numer karty katalogowej nr 64) Wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia zaoferowanych wraz kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia, zaoferował (złożył oświadczenie woli) jedną sztukę Urządzenia nr 3 - stację osuszania w zabudowie kontenerowej o maksymalnym przepływie biogazu 240 m<sup>3</sup>/h, a więc o dokładnie takich parametrach równoważności jakich wymagał zamawiający przedmiotowym Załączniku nr 10 dla pozycji 140.

Odwołujący w zakresie pozycji 140 załączył do treści Załącznika nr 10 kartę katalogową nr 64, wskazującą na dokonany przez producenta umowny podział urządzeń - w oparciu o kryteria inne niż maksymalna wydajność przepływu biogazu. Taka systematyka podziału urządzenia została wprowadzona przez producenta na potrzeby ustalenia typoszeregów poszczególnych urządzeń tego samego rodzaju i nie stanowi określenia ich maksymalnej wydajności. Taki podział typoszeregów i zasady sporządzania tego podziału ustalane są indywidualnie przez każdego producenta według jego uznania i potrzeb. Maksymalna natomiast wydajność przepływu biogazu zaoferowanego przez odwołującego urządzenia to zgodnie z oświadczeniem producenta nawet 250 m<sup>3</sup>/h, a więc jest to wydajność spełniająca wymagania zamawiającego w zakresie wskazanych przez niego parametrów równoważności (240 m<sup>3</sup>/h) - Oświadczenie producenta stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Dowód: oświadczenie SiGa-Tech s.c.

Odwołujący podnosił, że wskazane w karcie katalogowej nr 64 parametry wydajności urządzenia (100 - 200 m<sup>3</sup>/h) nie zostały w żadnym miejscu literalnie określone jako parametry maksymalne, (maksymalny przepływ biogazu) w związku z tym jeżeli zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowości treści oferty w tym zakresie, to w trakcie badania i oceny ofert przedmiotowa sytuacja powinna zostać przez zamawiającego zbadana w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie stanowiąc podstawy do odrzucenia oferty w związku z niezgodnością oferty z SIWZ.

Dowód: strona 40 Załącznika nr 10 do SIWZ wraz kartą katalogową

Pozycje 38, 39, 46,47, 64, 68-71, 95-107, 111-120, 135-137, 145 Wykazu. Zamawiający uznał, że urządzenia zaoferowane przez odwołującego w pozycjach 38, 39, 46, 47, 64, 68-71, 95-107, 111-120, 135- 137, 145 wykazu nie odpowiadają treści SIWZ, ponieważ zawierają propozycję jednego konkretnego urządzenia wraz z adnotacją „lub równoważne”.

Urządzenia zawarte w powyższych pozycjach, jak utrzymywał odwołujący - są zgodne z SIWZ. Wbrew twierdzeniu zamawiającego, oferent zaoferował w powyższych pozycjach jedno konkretne urządzenie, bez adnotacji „lub równoważne”. Czyni to zatem zarzut zamawiającego zupełnie bezprzedmiotowym. Niezależnie od powyższego, odwołujący zwracał uwagę, że w każdej pozycji Wykazu wskazał konkretne urządzenie spełniające wymogi zamawiającego zawarte w SIWZ.

Podkreślał, iż jego oferta jest zgodna z SIWZ, a zatem jej odrzucenie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast intencją zamawiającego było odniesienie się do tych pozycji Wykazu, w których pojawia się sformułowanie „lub równoważny”, to odwołujący wyjaśniał, że w swojej ofercie omyłkowo zawarł sformułowanie „lub równoważny” w niektórych pozycjach Wykazu. Uznał, że takie sformułowanie powinno być potraktowane jako oczywista omyłka pisarska. Zaznaczał, że Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzecznictwie wskazuje chociażby, iż omyłka pisarska to usterki w tekście” (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2006-10-13, X Ga 375/06) „przeoczenie wykonawcy” (por. np. KIO 662/13). Z tego typu przeoczeniem mamy do czynienia w niniejszej sytuacji, jak twierdził odwołujący. Zamawiający zobowiązany był zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp dokonać poprawienia tego typu omyłki, gdyż była ona oczywista (w każdym miejscu wskazano bowiem precyzyjnie dane, urządzenie). Dokonanie takiej poprawki w żaden sposób nie wpłynęłoby przy tym na merytoryczną - zawartość oferty odwołującego. Podkreślił, iż podał w ramach oferty wszelkie wymagane przez zamawiającego informacje – odwołujący wskazał bowiem w każdym przypadku szczegóły dotyczące oferowanego rozwiązania, a dopisek „lub równoważny” znalazł się w tekście tylko przez pomyłkę. Jednak zamawiający zaniechał czynności skorygowania omyłki, co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ.

Badanie przez zamawiającego zgodności oferty z treścią SIWZ powinno odnosić się do funkcjonalności konkretnych urządzeń, zaoferowanych przez oferenta. Jeśli natomiast zamawiający poweźmie wątpliwość odnośnie dodatkowych treści zawartych w ofercie i niezwiązanych bezpośrednio z funkcjonalnością danego urządzenia (np. użycie zwrotu „lub równoważne” itp.), zamawiający powinien wyjaśnić to z oferentem w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a nie domniemywać, że oferta poprzez użycie niejasnego sformułowania jest niezgodna z SIWZ. Niejednokrotnie zdarza się, że względu na przygotowanie oferty pod dużą presją czasu, że dodatkowe treści znajdują się w ofercie wykonawcy omyłkowo, np. na skutek

skopiowania części SIWZ do oferty, co nie wpływa na ocenę zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający powinien wyjaśnić wątpliwości odnośnie zwrotów użytych przez oferenta w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, chociażby po to, aby nie dopuścić do odrzucenia oferty na skutek prostego nieporozumienia lub oczywistej i łatwej do usunięcia omyłki (por. np. wyrok KIO z dn. 26 maja 2009 r., KIO/UZP 606/09). Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że zapis „lub równoważny” został przez wykonawcę zawarty celowo w niektórych pozycjach Wykazu, nie oznaczałoby to w żadnej mierze niezgodności z SIWZ, jak przekonywał odwołujący. Dokumentacja przetargowa przewidywała bowiem, iż to wykonawca sam deklaruje jakie rozwiązania zastosuje, a tak długo jak spełniają one wszystkie wymagania równoważności określone w SIWZ (w szczególności zgodnie z treścią Preambuły do Załącznika nr 10 dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne, Załącznik nr 10 - tabela) brak jest podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający jako kryterium oceny ofert wskazał bowiem jedynie cenę, a opisując żądane przez siebie maszyny, urządzenia i wyposażenie zawarł wyłącznie wymogi minimalne, pozwalające na określenie równoważności. W konsekwencji, uczestnicy postępowania nie byli premiowani np. za oferowanie rozwiązań bardziej zaawansowanych, czy też droższych – tak długo jak spełniają one minimalne wymogi - muszą być one uznane za zgodne z SIWZ. Dlatego zaoferowanie rozwiązań równoważnych wskazanym w ofercie, czyli takich które są zgodne z wymaganiami zamawiającego, powinno zostać uznane, za zgodne z SIWZ ponieważ taki właśnie model procedowania - oparcie się na deklaracjach wykonawców w zakresie oferowanych rozwiązań (zgodnych z wymaganiami minimalnymi wynikającymi z dokumentacji przetargowej) - przyjął w ramach postępowania zamawiający, w konsekwencji, także celowe zawarcie sformułowania „lub równoważny” nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania i pozostawałoby zgodne z SIWZ.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 września 2013 r. zamawiający zajął następujące stanowisko.

*A/ uznaje zarzuty Odwołującego dotyczące pozycji 38, 39, 46, 47, 64, 68-71, 95-107, 111, 113-120, 135-137, 140, 145 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia;*

*B/ wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania w zakresie zarzutów dotyczących:*

*1/ naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.*

*2/ naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:*

- *bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, wobec nie uwzględnienia zastrzeżenia wyrażonego w ww. przepisie, tj. nie uwzględnienia przez Zamawiającego treści art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,*

- *odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż treść oferty odpowiada treści SIWZ, w szczególności wobec sformułowania zawartego w preambule do załącznika numer 10 do SIWZ (wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia), iż opisy poszczególnych pozycji podane w ww. wykazie nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z umowy na wykonanie robót oraz, iż wykaz winien być wypełniony w zgodzie z wymaganiami dokumentacji projektowej,*

- *ewentualnie poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż treść oferty odpowiada treści SIWZ, w szczególności na wypadek, gdyby uznać, że zapis „lub równoważny” został przez Odwołującego zawarty celowo w poszczególnych pozycjach wykazu, co w żadnej mierze nie mogło by oznaczać niezgodności z SIWZ, z uwagi na brak możliwości interpretacji zapisów SIWZ na niekorzyść Wykonawców ubiegających się o zamówienie, w szczególności w kontekście zobowiązania Wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi oraz wykazem „maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia, w tym w szczególności wobec zobowiązania do osiągnięcia wymaganych parametrów technologicznych oraz zapewnienia części zamiennych do zastosowanych maszyn, urządzeń oraz wyposażenia przez okres minimum 7 lat,*

*3/ naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w konsekwencji których doszłoby do poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na zawarciu, w poszczególnych pozycjach wykazu, maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia sformułowania „lub równoważne”, wobec tego, iż zapis ten znalazł się tam przypadkowo i powinien być potraktowany jako oczywista omyłka pisarska,*

*4/ naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, pomimo tego, iż wobec treści oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego w podjętej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, oferta ta budziła wątpliwości Zamawiającego,*

*Odwołujący - w pozycji 140 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - wskazał stację osuszania biogazu DRX-2.9-200 produkcji Siga Tech, wskazując również, iż maksymalny przepływ biogazu dla tej stacji wynosi 240 m<sup>3</sup>/h.*

*W karcie katalogowej 10/100 dotyczącej ww. stacji osuszania biogazu wskazano, iż - dla zaoferowanego modelu urządzenia - przepływ biogazu wynosi 100-200 m<sup>3</sup>/h.*

*Zamawiający przyznaje, iż z żadnego zapisu karty katalogowej dotyczącej ww. stacji osuszania biogazu nie wynika, jaka jest maksymalna wartość przepływu biogazu w m<sup>3</sup>/h.*

*Wobec powyższego - w zakresie pozycji 140 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - Zamawiający uznaje zarzuty Odwołującego dotyczące ww. pozycji.*

*2/ Odwołujący w pozycjach 38, 39, 46, 47, 64, 68-71, 95-107, 111-120, 135-137, 145 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał jedno konkretne urządzenie. Wobec powyższego - w zakresie użycia sformułowanie „lub równoważny” w pozycjach 38, 39, 46, 47, 64, 68-71, 95-107, 111-120, 135-137, 145 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia - Zamawiający uznaje zarzuty Odwołującego dotyczące ww. pozycji.*

*Ad.B/ Zamawiający wymagał, by:*

*- w kolumnie 5 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (załącznik numer 10 do SIWZ) Wykonawcy wskazali: „Oferowane Urządzenie opis parametrów technicznych dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ”*

*- w kolumnie 6 tego wykazu Wykonawcy wskazali: „Typ, Model, Producent”.*

*Dodatkowo Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia, wraz z ofertą, kart katalogowych lub DTR (dokumentacja techniczno-ruchowa) oferowanych urządzeń, maszyn i wyposażenia.*

*Odwołujący - w pozycji:*

*1/ 88, 89, 90, 91, 92 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał jedno kompaktowe urządzenie.*



Zamawiający informuje, iż zgodnie z definicją użytą w Słowniku Języka Polskiego wydanego przez PWN - kompakt oznacza „produkt zawierający kilka elementów we wspólnej obudowie lub opakowaniu”.

Z treści załączonej karty katalogowej numer 54, jak również z treści odwołania nie wynika, jakoby wszystkie urządzenia wskazane przez Zamawiającego w kolumnie 2 (Minimalne graniczne parametry techniczno-użytkowe bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego) w pozycjach 88, 89, 90, 91, 92 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia znajdowały się w jednej obudowie czy też opakowaniu.

W kolumnie 6 ww. wykazu Odwołujący winien był wskazać typ, model oraz producenta oferowanego urządzenia - dla każdej pozycji wykazu. Odwołujący w kolumnie 6 wykazu, w pozycjach 88, 89, 90, 91, 92 wskazał jedynie nazwę dostawcę kogeneratora oraz nazwę, pod jaką funkcjonuje cały kogenerator składający się z pięciu różnych urządzeń pochodzących od trzech producentów (wynika to z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem).

Zamawiający nie mógł wystąpić do Odwołującego - w trybie art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych - o wyjaśnienie treści oferty, gdyż prowadziłoby to do zmiany treści oferty. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż z treści załączonej karty katalogowej numer 54 nie wynikało, jakie konkretnie urządzenia wchodziły w skład oferowanego kogeneratora (brak określenia typu i modelu), jak również nie zostali w niej wskazani producenci oferowanych urządzeń.

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2010 roku sygn. akt KIO/KD 15/10 - „brak żądanych informacji (w tym przypadku wskazanie nazwy importera zamiast nazwy producenta) ze względu na to, iż odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia, nie mógł również zostać uzupełniony w wyniku późniejszego wezwania zamawiającego”.

2/ 112 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał urządzenie, które nie jest wentylatorem dachowym.

Odwołujący, w treści odwołania podnosi, iż złożył wraz z ofertą błędną kartę katalogową (numer 89).

Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący popełnił błąd w wykazie maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia. Odwołujący wskazał w pozycji 112 urządzenie, które nie spełnia podstawowego wymagania Zamawiającego - nie jest wentylatorem dachowym. W treści

odwołania Odwołujący wskazał, iż zamierzał zaoferować inne urządzenie. Załączył również nową kartę katalogową, z której wynika, iż nowe urządzenie różni się od zaproponowanego w ofercie- typem oraz producentem.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z zapisem preambuły załącznika numer 10 do SIWZ (wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia) „Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia stanowi element oferty służący do oceny równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej”. Zatem, jako treść oferty nie może zostać uzupełniony, jak wskazuje Odwołujący.

3/ 128 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał dwa urządzenia, z treści załączonej karty katalogowej (numer 12) nie wynika, które z tych urządzeń zamierzał zaoferować Odwołujący. Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: KIO 1679/10), Wykonawca powinien zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ.

4/ 129 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał urządzenie, które nie spełnia parametru dotyczącego jego szerokości: ma szerokość mniejszą niż 900 mm.

Odwołujący winien zaoferować urządzenie zgodne z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w załączniku numer 10 do SIWZ (wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia), czego nie uczynił.

5/ 131 wykazu maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia wskazał dwa urządzenia, z treści załączonej karty katalogowej (numer 12) nie wynika, które z tych urządzeń zamierzał zaoferować Odwołujący. Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń.

Biorąc powyższe pod uwagę - Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania w zakresie wskazanym we wstępie niniejszej odpowiedzi na odwołanie.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołań w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 września 2013 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (w kopii przesłane stronom) - po stronie zamawiającego zgłosili:

- A. Pismem z dnia 16 września 2013 r. konsorcjum wykonawców: 1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH; 2) Mega S.A. w sprawie sygn. KIO 2179/13), który wnosił o oddalenie odwołania konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „Żala” Sp. j. oraz o oddalenie odwołania wniesionego konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., (KIO 2180/13).
- B. 1. Pismem z dnia 12 września 2013 r. konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „Żala” Sp. j. w sprawie KIO 2170/13 żądając oddalenia odwołania wniesionego przez konsorcjum wykonawców: 1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, 2) Mega S.A. Przystępujący podał: *„W odpowiedzi na zarzuty Odwołującego należy stwierdzić, że ustalenia dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania jednoznacznie potwierdziły, że zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty. Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winny charakteryzować się urządzenia, stanowią istotny element oferty, co przesądza o niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 66 ust. 1 Kc. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2009 r. KIO/UZP 536/09). W tym stanie rzeczy mając na uwadze, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego Przystępujący wykazał, że działania Zamawiającego, który zastosował Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z*

2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) odrzucając ofertę Odwołującego były słuszne, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

B.2. Pismem z dnia 13 września 2013 r. w sprawie KIO 2180/13 żądając oddalenia odwołania wniesionego przez konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., (KIO 2180/13). Przystępujący podał. „Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty. Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winny charakteryzować się urządzenia, stanowią istotny element oferty, co przesądza o niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 66 ust. 1 Kc. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2009 r. KIO/UZP 536/09). Poza tym Zamawiający nie dopuszczał składania oferty wariantowej. Natomiast Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego podał, iż w pozycjach 38,39,46, 47,64, 68-71,95-107, 111-120, 135-137, 145 załącznika nr 10 do oferty, Wykonawca zaoferował jedno konkretne urządzenie wraz z adnotacją „lub równoważne”. Zdaniem Przystępującego, oferta w której Wykonawca wskazuje dwa urządzenia, przy czym w przypadku jednego z nich Wykonawca nie uszczegółowił cech oferowanego sprzętu jest ofertą wariantową. Mając na uwadze, iż Zamawiający nie dopuścił w SIWZ możliwości składania oferty wariantowej, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była słuszna. W tym stanie rzeczy mając na uwadze, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego działania Zamawiającego, który zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) odrzucając ofertę Odwołującego były prawidłowe, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak ustalił Zamawiający w toku badania i oceny ofert.”

- C. W formie elektronicznej w dniu 12 września 2013 r. konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., w sprawie sygn. KIO 2179/13), który wnosił o oddalenie odwołania konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „Żala” Sp. j. oraz o oddalenie odwołania wniesionego konsorcjum wykonawców: 1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH; 2) Mega S.A. ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia w sprawie sygn. KIO 2170/13).

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum wykonawców:

1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); 2) WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o., do udziału w sprawie sygn. KIO 2179/13 oraz sygn. KIO 2170/13,

2) EKO-MTK Sp. z o.o. (lider); 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Glembud” Sławomir G.; 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „Żala” Sp. j. do udziału w sprawie KIO 2170/13 oraz sygn. akt: KIO 2180/13.

Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum wykonawców: 1) Ginzler Stahl-u. Anlagenbau GmbH, 2) Mega S.A. do udziału w sprawie sygn. KIO 2179/13 oraz sygn. KIO 2180/13, gdyż przystąpienia zostały złożone z uchybieniem terminu 3 dni, ustalonego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Konsorcjum zostało wezwane w dniu 10 września, a przystąpienia pisemne wpłynęły do Prezesa KIO w dniu 16 września 2013 r.

### **W odniesieniu do spraw sygn. akt: KIO 2170/13; KIO 2179/13; KIO 2180/13**

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, ofert odwołujących.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników - przedstawione w złożonych pismach (wraz z wnioskowanymi dowodami) oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi „Wykonanie robót budowlanych obejmujących: część 1 – rozbudowa oczyszczalni ścieków w Swarzewie, część 2 – rozbudowa rurociągu zrzutowego z oczyszczalni ścieków w Swarzewie – część morska”

Odwołania zostały wniesione w zakresie 1-ej części zamówienia

Rozdział VIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny.

Wykonawca jest zobowiązany do określenia w formularzu oferty. Ceny ryczałtowej brutto, jako ceny kompletnej, jednoznacznej i ostatecznej – dla poszczególnych części.

Podstawą do obliczenia ceny oferty jest dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca. Załączony przez zamawiającego przedmiar robót pełni funkcję informacyjną, służącą do sporządzenia harmonogramu robót i płatności.

Rozdział IX SIWZ. Kryterium oceny ofert – cena 100%.

Str. 42 SIWZ „Wykaz maszyn i urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę – dokument wypełniony według wzoru wraz z ofertą przez wykonawcę, stanowiący wykaz maszyn i urządzeń i wyposażenia dostarczanych, montowanych i uruchamianych przez wykonawcę w ramach umowy.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Rozdział XV SIWZ określa formularze i załączniki.

Załącznik nr 1, stanowi formularz oferty, gdzie wykonawca oświadczał, że zapoznał się z dokumentacją przetargową i nie wnosi zastrzeżeń co zakresu i rodzaju robót. Załącznik nr 9 do SIWZ stanowi wykaz cen z podziałem na 53 elementy robót.

W postanowieniach SIWZ rozdział III ust. II pkt. 1 zamawiający wskazał, iż wykonawcy winni złożyć do oferty Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ.

W treści Preambuły do wskazanego powyżej Załącznika nr 10 zamawiający podał, co następuje: *„Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia stanowi element oferty służący do oceny równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej. Opisy poszczególnych pozycji podane w Wykazie nie powinny być traktowane, jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Umowy na wykonanie Robót. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową, i wypełnił niniejszy Wykaz zgodnie z jej wymaganiami. Wykonawca jest odpowiedzialny za jakość zastosowanych materiałów, maszyn i urządzeń, za montaż i uruchomienie, za ich zgodność z dokumentacją projektową oraz Załącznikiem nr 10 do SIWZ przedstawiającym minimalne parametry techniczno – użytkowe bezwzględnie wymagane przez zamawiającego, decydujące o równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej, wymaganiami specyfikacji technicznych, programem zapewnienia jakości robót. Zastosowane materiały, maszyny, urządzenia i wyposażenie muszą gwarantować:*

- osiągnięcie wymaganych parametrów technologicznych określonych w dokumentacjach technicznych i STWiOR
- minimum 3 letni okres gwarancji jakości
- dostępność części zamiennych do zainstalowanych w ramach Robót maszyn i urządzeń przez okres minimum 7 lat od daty wydania Świadectwa Przejęcia.

Parametry technologiczne opisane w niniejszym dokumencie stanowią optymalny nominalny punkt pracy urządzeń. Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatur i innych by uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni, oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych budynków bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej: powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków i zmiany pozwolenia na budowę.

Wskazane jest by Wykonawca stosując rozwiązania równoważne stosował maszyny i urządzenia podobnego typu i tego samego producenta (tam gdzie jest to możliwe) tak by Zamawiający w trakcie eksploatacji mógł korzystać z maksymalnie kilku podmiotów serwisujących i naprawczych.

Maszyny, Urządzenia i wyposażenie oraz inne wyroby muszą być z asortymentu bieżąco produkowanego i odpowiadać normom i przepisom. Zastosowane Materiały, Urządzenia i Wyposażenie muszą posiadać stosowne atesty, aprobaty, znaki bezpieczeństwa - wymagane polskimi przepisami. O ile producent przewidział, podział na klasy lub gatunki jakości; Maszyny, Urządzenia i wyposażenie muszą być w najwyższej (najlepszej) klasie lub gatunku. Maszyny i Urządzenia muszą posiadać Dokumentacje Techniczno-Ruchowe i instrukcje napisane w języku polskim.

Wykonawca zobowiązany, jest załączyć karty katalogowe maszyn, urządzeń i wyposażenia do niniejszego Wykazu.”

W zakresie części 1 zamówienia obowiązywał ww. Załącznik nr 10, obejmujący 145 pozycji.

Kolumna 2 Załącznika nr 10 obejmuje opis minimalnych granicznych parametrów techniczno – użytkowych bezwzględnie wymaganych przez zamawiającego. W kolumnie 5 wykonawca zobowiązany był podać opis parametrów technicznych oferowanego urządzenia dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ. W kolumnie 6 zobowiązany był podać: typ, model, producenta. W kolumnie 7 kartę katalogową DTR, jako oznaczony numerem załącznik do oferty.

W wykazie ujęto jedynie podstawowe maszyny i urządzenia pozostałe wykonawcy zobowiązani byli dobrać na podstawie dokumentacji projektowej i STWiORB z zachowaniem równoważności.

W § 27 wzoru umowy – zmiany umowy ust. 3 zamawiający postanowił, że „Zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadku – lit. g) zmiany maszyn i urządzeń oferowanych przez wykonawcę w ofercie na modele nowszej generacji o tych samych lub wyższych parametrach, jeżeli maszyny i urządzenia oferowane wyszły z produkcji, lub nie są dla nich dostępne części zamienne lub serwisowanie w okresie opisanym w SIWZ. Zamiana ta może nastąpić jedynie po uzyskaniu pozytywnej opinii Inżyniera Kontraktu, Projektanta i zgody Zamawiającego.”

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty na część 1.

a) oferta nr 1 - złożona przez Wykonawcę: MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz, cena 89 166 236,64 zł,

b) oferta nr 2 - złożona przez Konsorcjum Wykonawców: 1) Ginzler Stahl -u. Anlagenbau GmbH., Clemens-Holzmeister- Strasse 3, A-3300 Amstetten Austria, 2/ MEGA S.A., ul. Hutnicza 42, 81-03 8 Gdynia, cena brutto 85 947 192,75 zł,

c) oferta nr 3 - złożona przez Konsorcjum Wykonawców: BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, CADAGUA S.A., Bilbao, Hiszpania, cena brutto 98 508 311,92 zł,

d) oferta nr 4 - złożona przez Konsorcjum Wykonawców: 1) Eko-MTK sp. z o.o. ul. Kępińska 62, 05-840 Brwinów, 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Sławomir G. Przedsiębiorstwo Budowlane „GLEMBUD”, ul. Pucka 39, 84-103 Łebcz, 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „ŻALA” sp. j.. Rekowo Górne, ul. Słoneczna 19. 84- i 23 Połchowo, cena 89 056 272,56 zł,

e) oferta nr 5 - złożona przez Wykonawcę: IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, cena 97 500 000,00 zł,

f) oferta nr 6 - złożona przez Wykonawcę: Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów, cena 97 151 550,00zł,

g) oferta nr 7 - złożona przez Konsorcjum Wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk. 21 „WTE Wassertechnik (Polska)” sp. z o.o., ul. Ryżowa 45, 02-495 Warszawa, cena 85 499 582,80 zł.

W powiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 30 sierpnia 2013 r. – unieważnieniu postępowania zamawiający podał następujące przyczyny odrzucenia ofert odwołujących.

1. Zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust.3 pkt.2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj, Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) - informuje o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: część 1 - rozbudowę oczyszczalni



ścieków w Swarzewie, część 2 - rozbudowę rurociągu zrzutowego z Oczyszczalni Ścieków w Swarzewie - część morska. Inwestycja realizowana w ramach Projektu nr POLiŚ.01.01.00-00-322/12 „Uporządkowanie gospodarki ściekowej w aglomeracji Puck”- znak: POLiŚ ZP/2/2013/01 w zakresie części 1 - na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do sprawy Sygn. akt KIO 2170/13

*b) oferta złożona przez Konsorcjum Wykonawców: 1) Ginzler Stahl - u. Anlagenbau GmbH.. Clemens-Holzmeister- Strasse 3, A-3300 Amsterren Austria, 2) MEGA S.A., ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia została odrzucona - w części 1- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne:*

*Wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (którego wzór stanowił załącznik numer 10 do SIWZ) wskazując:*

*- w pozycji 18 (numer karty katalogowej 10/12) ww. wykazu (Urządzenie nr 1 – Dmuchawa promieniowa z szafą sterowniczą i falownikiem) urządzenie, które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego: wydatek minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h. Urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę posiada mniejszą wartość wydatku minimum niż wymagana przez Zamawiającego;*

*- w pozycji 140 (numer karty katalogowej 10/100) ww. wykazu (Urządzenie nr 3- Stacja osuszania) urządzenie, które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego: maksymalny przepływ biogazu 240 m<sup>3</sup>/h.*

*Urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę posiada mniejszą wartość maksymalnego przepływu biogazu niż wymagana przez Zamawiającego,*

W odniesieniu do sprawy sygn. akt KIO 2179/13

*d) oferta złożona przez Konsorcjum Wykonawców: 1) EKO-MTK sp. z o.o. ul. Kępińska 62. 05-840 Brwinów, 2) Sławomir G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Sławomir G. Przedsiębiorstwo Budowlane „GLEMBUD”, ul. Pucka 39. 84-103 Łebcz, 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „ŻALA” sp. j., Rekowo Górne, ul. Słoneczna 19. 84-123 Połchowo Została odrzucona - w części 1- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne:*

Wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (którego wzór stanowił załącznik numer 10 do SIWZ):

- nie wskazując w pozycji 23 (brak karty katalogowej) ww. wykazu (Urządzenie nr 5- Flokulator statyczny) żadnego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 24 (brak karty katalogowej) ww. wykazu (Urządzenie nr 6 - syfon), żadnego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 108 (numer karty katalogowej 10.108) ww. wykazu (Urządzenie nr 1- instalacja pasteryzacji) urządzeń i kart katalogowych lub DTR dla wymienników płaszczowo- rurowych i zasuw oraz zaworów zwrotnych;
- nie wskazując w pozycji 116 (numer karty katalogowej 10.116) ww. wykazu (Urządzenie nr 4- Ładowacz) typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 117 (numer karty katalogowej 10.117) ww. wykazu (Urządzenie nr 5- Zamiatarka) typu oferowanego urządzenia;
- wskazując w pozycji 118 (numer karty katalogowej 10.118) ww. wykazu (Urządzenie nr 6- Rębak) urządzenie, które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego: max. średnica podawanych gałęzi 20 cm.  
Urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę posiada mniejszą wartość max. średnicy podawanych gałęzi niż wymagana przez Zamawiającego;
- nie wskazując w pozycji 119 (numer karty katalogowej 10.119) ww. wykazu (Urządzenie nr 7- Rozsiewacz) typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 120 (numer karty katalogowej 3 0.120) ww. wykazu (Urządzenie nr 8- Sito mobilne) typu oferowanego urządzenia;
- w pozycji 128 (numer karty katalogowej 128) ww. wykazu (Urządzenie nr 1- Pompa wirowa) dwa urządzenia. Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: 1679/10), Wykonawca powinien zatem zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ. Wobec powyższego oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu;
- w pozycji 131 (numer karty katalogowej 131) ww. wykazu (Urządzenie nr 1- Pompa wirowa) dwa urządzenia. Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: 1679/10), Wykonawca powinien zatem zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka

oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ. Wobec powyższego oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu;

- wskazując w pozycji 136 (numer karty katalogowej 10.135) ww. wykazu (Urządzenie nr 3- Pompownia wody technologicznej - ob. nr 09.0) urządzenie, które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego: minimalna wysokość tłoczenia  $H_p = 58 \text{ m H}_2\text{O}$ . Urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę posiada mniejszą wartość minimalną  $H_p$  niż wymagana przez Zamawiającego;
- nie wskazując w pozycji 138 (numer karty katalogowej 10.138) ww. wykazu (Urządzenie nr 1 - Filtr polipropylenowy (PP)) modelu, typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 139 (numer karty katalogowej 10.139) ww. Wykazu (Urządzenie nr 2 - Stacja odsiarczania biogazu) modelu, typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 140 (numer karty katalogowej 10.140) ww. wykazu (Urządzenie nr 3 - Stacja osuszania) modelu, typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 141 (numer karty katalogowej 10.141 ) ww. wykazu (Urządzenie nr 4 - Zbiornik magazynowy biogazu) modelu, typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 142 (numer karty katalogowej 10.142) ww. wykazu (Urządzenie nr 5- Węzeł tłoczny) modelu, typu oferowanego urządzenia;
- nie wskazując w pozycji 143 (numer karty katalogowej 10.143) ww. wykazu (Urządzenie nr 6- Pochodnia) modelu, typu oferowanego urządzenia.

W odniesieniu do sprawy sygn. akt KIO 2179/13

g) oferta złożona przez Konsorcjum Wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A., 2) „WTE Wassertechnik (Polska)” Sp. z o.o. została odrzucona- w części 1-na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia (którego wzór stanowił załącznik numer 10 do SIWZ) wskazując:

- w pozycji 88 (numer karty katalogowej 54) ww. wykazu (Urządzenie nr 3 - chłodnica wentylatorowa) urządzenie, które nie jest chłodnicą wentylatorową;
- w pozycji 89 (numer karty katalogowej 54) ww. wykazu (Urządzenie nr 4 - pompa obiegowa) urządzenie, które nie jest pompą obiegową;
- w pozycji 90 (numer karty katalogowej 54) ww. wykazu (Urządzenie nr 5 - pompa obiegowa) urządzenie, które nie jest pompą obiegową;
- w pozycji 91 (numer karty katalogowej 54) ww. wykazu (Urządzenie nr 6 - zbiornik oleju) urządzenie, które nie jest zbiornikiem oleju;

- w pozycji 92 (numer karty katalogowej 54) ww. wykazu (Urządzenie nr 7 -zbiornik oleju) urządzenie, które nie jest zbiornikiem oleju;
- w pozycji 112 (numer karty katalogowej 89) ww. wykazu (Urządzenie nr 2 - wentylator dachowy) urządzenie, które nie jest wentylatorem dachowym;
- w pozycji 128 (numer karty katalogowej 12) ww. wykazu (Urządzenie nr 1- Pompa wirowa) dwa urządzenia. Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2030 roku (sygn. akt: 1679/10), Wykonawca powinien zatem zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ. Wobec powyższego oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu;
- w pozycji 129 (numer karty katalogowej 59) ww. wykazu (Urządzenie nr 2 - Krata schodkowa) urządzenie, które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego: szerokość 900 mm. Urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę posiada mniejszą szerokość niż wymagana przez Zamawiającego;
- w pozycji 131 (numer karty katalogowej 62) ww. wykazu (urządzenie nr 1 pompa wirowa) dwa urządzenia. Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania konkretnego typu, modelu oraz producenta oferowanych wyrobów i urządzeń. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: 1679/10), Wykonawca powinien zatem zaoferować określone produkty, po jednym w każdej pozycji. Tylko taka oferta może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ. Wobec powyższego oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu;
- w pozycji 140 (numer karty katalogowej 64) ww. wykazu (Urządzenie nr 3 - Stacja osuszania) urządzenie, które nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego: maksymalny przepływ biogazu 240 m<sup>3</sup>/h.  
Urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę posiada mniejszą wartość maksymalnego przepływu biogazu niż wymagana przez Zamawiającego;
- w pozycjach 38, 39, 46, 47, 64, 68-71, 95-107, 111-120, 135-137, 145 ww. wykazu Wykonawca zaoferował jedno konkretne urządzenie wraz z adnotacją „lub równoważne”. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2010 roku (sygn. akt: 1679/10) tylko oferta zawierająca wskazanie konkretnej nazwy, typu oraz producenta oferowanych urządzeń może zostać prawidłowo zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań określonych w SIWZ.  
Przykładowe wskazanie nazwy, typu oraz producenta oferowanych urządzeń nie daje takiej możliwości. Użycie sformułowania „lub równoważny” nie jest wiążącą treścią

ofert, lecz jedynie świadczeniem przykładowym, jedną możliwością, wybraną spośród innych. Z powyższego względu Zamawiający nie może mieć pewności, jakie urządzenia zostaną przez Wykonawcę użyte podczas realizacji zamówienia. Z tych również względów oferta złożona przez ww. Wykonawcę podlega odrzuceniu.

Zamawiający wskazuje (dodatkowo jako komentarz do powyższych informacji o odrzuceniach ofert Wykonawców), iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy. Powyższe stanowisko potwierdza utrwalone orzecznictwo KIO, zgodnie z którym norma art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, dotyczy merytorycznego aspektu zaoferowanego przez Wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Okoliczność niezgodności treści oferty z treścią SIWZ powinna być odrębnie badana w każdym indywidualnym przypadku z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Porównywalność złożonych ofert nie jest celem samym w sobie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz ma umożliwić Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej, która zapewni Zamawiającemu możliwość zrealizowania zamówienia w sposób zabezpieczający jego oczekiwania i interesy. (...) Ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy jest eliminacja z postępowania ofert, na podstawie których nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. Ponadto koniecznym jest aby świadczenie Wykonawcy odpowiadało swoją treścią opisowi wszystkich zachowań Wykonawcy, których oczekiwał Zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia, i których to opis zawarty- został w treści SIWZ (wyroki KIO z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 149/12 oraz z dnia 24 października 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08).

Obowiązkiem Wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom Zamawiającego wyartykułowanym w SIWZ. Jeśli treść oferty będzie niezgodna z treścią SIWZ ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy (wyrok z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2480/10).

Niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter nieusuwalny (...). Niezgodność polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (...), a także możliwe powinno być wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami SIWZ (wyrok KIO z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 285/12).

Jednocześnie, dokonując badania i oceny oferty. Zamawiający bierze pod uwagę całość jej treści. Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania do zgodnego z żądaniami

*Zamawiającego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 663/09).*

*Oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem zgodności z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 117/12).*

*Odrzucenie oferty nieodpowiadającej treścią treści SIWZ jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego, który został wyraźnie w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy ustanowiony (wyrok KIO z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 128/12; KIO 189/12)."*

Izba zważyła, co następuje.

Wykonawcy, którzy wnieśli odwołania - wykazali legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiegają się o przedmiotowe zamówienie, mogli zatem wykazywać, iż czynności zamawiającego zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes wykonawców w uzyskaniu zamówienia i narażało ich na poniesie szkody. Przy czym w zaistniałej sytuacji – odrzucenia wszystkich ofert na część 1, nie stanowiła przeszkody do wniesienia odwołań okoliczność, że to oferta konsorcjum: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. 2) „WTE Wassertechnik (Polska)" Sp. z o. o. była najkorzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny.

Przechodząc do ogólnych podstaw oceny czynności zamawiającego w świetle przedstawionych zarzutów wniesionych odwołań i argumentacji odwołujących, należało uwzględnić regulację art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 3 tej ustawy, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W tym przypadku, zamawiający nie poprzestał na opisie robót jedynie w dokumentacji projektowej, a uzupełnił ten opis wprost w SIWZ, zarówno w rozdziale II jak i w Załączniku nr 10 do SIWZ. Uszczegółowienie wymagań zamawiającego dotyczących maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia zawiera Załącznik nr 10 do SIWZ, podający minimalne granicznie wymagane parametry techniczno-użytkowe konieczne do wykazania równoważności z projektem zastosowanych w ofertach podstawowych maszyn, urządzeń i wyposażenia.

Zamawiający był w pełni uprawniony, aby uzupełnić opis przedmiotu zamówienia zawarty w przekazanej wykonawcom dokumentacji projektowej, poprzez wyspecyfikowane osobno wymagania w odniesieniu do parametrów techniczno-użytkowych maszyn, urządzeń oraz wyposażenia. Zamawiający wprost i w sposób jednoznaczny podał, że jest to opis minimalnych granicznych parametrów techniczno – użytkowych bezwzględnie wymaganych przez zamawiającego, a zatem podniesionych do rangi istotnych postanowień SIWZ, których

niespełnienie skutkowało odrzuceniem oferty. Powyższe postanowienia SIWZ należało odczytywać i stosować w ten sposób, że wykazanie spełnienia tych wymogów stanowi istotną treść oferty. Z powyższych względów, z zastrzeżeniem prostowania omyłek, nie mógł znajdować zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wykraczającym poza wyjaśnienia, przy podtrzymaniu zaoferowanych urządzeń – bez możliwości wprowadzania zarówno zmian, jak i jakichkolwiek uzupełnień.

W okolicznościach danego postępowania, poza odwołującym Ginzler Stahl-u., należało także wyłączyć możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dopuszczającego w przypadku ustalenia omyłki – prostowanie treści oferty, jednakże w sposób nieingerujący nadmiernie w jej istotną treść.

Odwołujący: konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk S.A. oraz EKO-MTK Sp. z o.o. nie wykazali, że ujawnione przez zamawiającego widoczne odstępstwa od wymaganych parametrów techniczno - użytkowych oferowanych maszyn i urządzeń oraz brak danych identyfikujących wyrób, mogą być wynikiem omyłek, a nie celowego działania - dla zapewnienia sobie możliwości zastosowania w trakcie realizacji inwestycji innych dostępnych rynkowo maszyn i urządzeń, bez konieczności przeprowadzania uciążliwych uzgodnień z inżynierem kontraktu i z projektantem, czy też uzyskania zgody zamawiającego na zmiany materiałowe.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych - art. 87 ust. 2 zobowiązują zamawiających do dokonywania poprawy ofert wykonawców, jednakże jest to procedura wyjątkowa, stosowana ściśle w granicach wyznaczonych norm. W okolicznościach, w których nie znajduje zastosowania, nie można czynić zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa nie nakłada także na zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwracania się na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, każdorazowo do wykonawcy, o ile tylko zamawiający stwierdzi niezgodność treści oferty z SIWZ o udzielenie wyjaśnień. Uruchamianie takiej procedury Izba uznaje za zbędne, gdy odwołujący stwierdzi jednoznaczne odstępstwa od wyznaczonych parametrów granicznych i warunków ustalonych w SIWZ, niepodlegające konwalidacji i niewymagające żadnych wyjaśnień.

Za bezprzedmiotowe Izba uznała powoływanie się przez wykonawców na ustalony ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Wobec żądania przez zamawiającego - jako spełnienia warunków granicznych równoważności dla 145 pozycji podstawowych dla przedmiotu zamówienia maszyn i urządzeń przebudowywanej oczyszczalni ścieków – potwierdzenia, że oferowane maszyny i urządzenia charakteryzują się opisanymi cechami - opisu tego nie można było pominąć, ani też podania nazwy urządzenia, typu, modelu, producenta - bez

względu na to, czy dane urządzenie zostało ujęte przez wykonawcę w ryczałtowej cenie ofertowej.

W myśl postanowień art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności zobowiązania wykonawcy (jego oświadczenia woli) z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Należy odróżnić treść oferty, zaoferowania przedmiotu zamówienia, a zarazem podjętego zobowiązania wykonawcy do wykonania zamówienia w sposób w pełni zgodny z SIWZ, od wymaganych dokumentów na potwierdzenie, że zobowiązanie wykonawcy jest realne i może się on podjąć z pozytywnym skutkiem realizacji zamówienia, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

Zamawiający nie musi poprzestawać na samym zobowiązaniu wykonawcy - zawartym w złożonej ofercie. Może także żądać dokumentów przedmiotowych w oparciu o art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzających, że oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane spełniają wymagania oznaczone w SIWZ. Posiadając takie dokumenty, zamawiający może zweryfikować zobowiązanie wykonawcy – wykonania przedmiotu zamówienia w wyznaczony sposób. Dokumenty przedmiotowe, w tym przypadku – żądane



karty katalogowe maszyn, urządzeń i wyposażenia lub DTR, nie tworzą ścisłej treści oferty, ale ją potwierdzają i wchodzi w skład dokumentacji oferty.

W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania, czy zmiany treści oferty statuowanego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dokumenty przedmiotowe mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uruchamianie procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest uzasadnione wówczas, gdy treść oferty (zobowiązania wykonawcy) jest odpowiednia do wymagań SIWZ, a brakuje jedynie jej potwierdzenia w odpowiednim dokumencie, najczęściej zewnętrznym - pochodzącym od producenta urządzenia. W innym bowiem przypadku, braku samego zaoferowania odpowiedniego świadczenia o charakterze istotnej treści oferty, oferta taka podlega odrzuceniu, zatem uzupełnianie dokumentów przedmiotowych byłoby bezcelowe, co potwierdza wprost brzmienie przywoływanego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego (...) dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego (...) dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z totalnej obrony ofert odwołujących wynika także argument rzekomej niejednoznaczności postanowień SIWZ lub też niespójności z dokumentacją techniczną, co miałyby usprawiedliwiać popełnione i przyznane odstępstwa, pominięcia, zaoferowania alternatywnych maszyn i urządzeń, posłużenia się określeniami ogólnymi, zaoferowania oprócz wymienionych z nazwy urządzeń jeszcze innymi równoważnych, lecz bliżej niesprecyzowanych. Izba nie dostrzega, ażeby postanowienie SIWZ o treści, że *„Opisy poszczególnych pozycji podane w Wykazie nie powinny być traktowane, jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Umowy na wykonanie Robót,”* mogły w jakikolwiek sposób wpływać na dopuszczalność odstępstw od zaoferowania maszyn, urządzeń i wyposażenia zgodnego z opisem Załącznika nr 10 do SIWZ.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ. Część argumentacji i zarzutów odwołań odnosiła się do postanowień SIWZ, zatem ich podnoszenie na etapie postępowania - po wyborze ofert - było spóźnione. Zdaniem Izby, postanowienia SIWZ zawarte w załączniku nr 10 można uznać za wyjątkowo klarowny sposób opisanie stawianych tam wymagań.

Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia za pomocą między innymi specyfikacji technicznych, zamawiający jest zobowiązany wskazać, że

dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Z obowiązku powyższego zamawiający się wywiązał, podając w kolumnie 2 Załącznika nr 10 wykaz najważniejszych parametrów technicznych i użytkowych, którymi obligatoryjne powinny się charakteryzować oferowane przez wykonawcę maszyny i urządzenia oraz wyposażenie przebudowywanej oczyszczalni ścieków. W kolumnie 5 Wykazu wykonawca zobowiązany był podać opis parametrów technicznych oferowanego urządzenia dokumentujących równoważność z wymaganymi w SIWZ. W kolumnie 6 zobowiązany był zamieścić dane: typ, model, producenta.

Każdy wykonawca był zatem zobligowany do jednoznacznego określenia i sprecyzowania w ofercie jakie konkretnie urządzenie oferuje, jakiego producenta, tak aby zamawiający mógł to urządzenie również zidentyfikować samodzielnie i sprawdzić, czy dotrzymuje ono wyznaczonych warunków równoważności, co wynikało z wyraźnych wymagań zamawiającego odnośnie sposobu wypełnienia Załącznika nr 10. Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom, której postanowienia są wiążące. Według Izby, treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Nie podlegającą uzupełnieniom treść oferty stanowiły: formularz ofertowy, cenowy i wypełniony Załącznik nr 10. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym ustalonym w przedmiotowym przetargu, zamawiający chciał bowiem wiedzieć - co konkretnie oferuje wykonawca za podaną cenę, a owe 145 elementów opisu przedmiotu zamówienia objętych Załącznikiem nr 10 - Wykazem maszyn i urządzeń - stanowi najważniejsze wyposażenie oczyszczalni ścieków, pozwalające przy spełnieniu wyznaczonych parametrów minimalnych na osiągnięcie projektowanych mocy przerobowych. Dlatego też konkretnie oferowane maszyny i urządzenia oraz ich parametry techniczno- użytkowe miały również wpływ na cenę oferty i powinny zostać sprecyzowane w sposób jednoznaczny. Nie czyni zadość takim wymaganiom oferowanie przez wykonawcę oznaczonego urządzenia, obok tego oferowanie innego oznaczonego urządzenia lub też ogólnie innego urządzenia – nazwanego „równoważnym” do zaoferowanego. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że wykonawca był uprawniony zaoferować tylko jedno urządzenie w każdym z wyspecyfikowanych elementów. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający nie dopuścił też żadnych ofert wariantowych w znaczeniu nadanym art. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt KIO 2170/13**

Izba podzieliła stanowisko odwołującego konsorcjum: Ginzler Stahl-u. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wobec tej oferty potrzymał tylko zarzut, że wskazane w pozycji

18 (nr karty katalogowej 10/12) ww. wykazu urządzenie nr 1- dmuchawa promieniowa z szafą sterowniczą i falownikiem - nie spełnia minimalnego granicznego parametru techniczno-użytkowego bezwzględnie wymaganego przez zamawiającego: wydatek nawiewu powietrza minimum 5500 Nm<sup>3</sup>/h, gdyż urządzenie zaoferowane przez wykonawcę posiada mniejszą wartość wydatku minimum - niż wymagana w Załączniku nr 10. Zaoferowano dmuchawę Aerzen, typ: Turbo Blower AT 150-10 S-G5. Przedstawiona karta katalogowa 10/12 potwierdza maksymalną wydajność m<sup>3</sup>/h – 4140.

Za znaczące dla przyjęcia okoliczności popełnienia omyłki przez odwołującego, Izba przyjęła wyjaśnienia, że zamawiający wymagał 2 rodzajów dmuchaw, które opisał w punktach 17 i 18 Załącznika 10 różniących się charakterystyką, w tym w odniesieniu do wydatku tłoczenia powietrza. W przypadku poz.17 miałyby być to minimum 4300m<sup>3</sup>/h, a w przypadku poz.18 miało być to minimum 5500m<sup>3</sup>/h.

Bezsporne pozostawało, że odwołujący zaoferował w poz. 18 urządzenie - typ Turbo Blower AT150-10 S-G5 1,05 producent Aerzen, a w poz.17 zaoferował identyczne urządzenie, tj. Turbo Blower AT150-1.G5 zamiast Turbo Blower AT200-1.0 S-G5.

Przy czym istotne było, że w samym opisie równoważności parametrów w stosunku do wymagań zamawiającego (kolumna 5 Załącznika 10) w poz.17 podał wydatek minimum 4300m<sup>3</sup>/h, a w poz.18 podał wydatek minimum 5500m<sup>3</sup>/h - czyli zróżnicował cechy techniczne oferowanego urządzenia.

Została załączona na str. 263 karta katalogowa 10/12 producenta Aerzen, z której wynika że w ofercie tego producenta znajduje się typ dmuchawy AT 200- 1.0 S-G5., charakteryzujący się maksymalną wydajnością 5 340m<sup>3</sup>/h, przy uwzględnieniu różnicy ciśnień – zapewnia to wydatek na wymaganym poziomie minimum 5500m<sup>3</sup>/h, co zamawiający potwierdził do protokołu rozprawy oświadczając, że gdyby odwołujący podał w poz.18 typ dmuchawy AT200 Aerezen - wówczas uznałby, że parametr techniczny wymaganej wydajności jest spełniony.

W ocenie Izby, z różnic pomiędzy podaniem wielkości wydatków w kolumnie nr 5 Załącznika 10 i zaoferowania tego samego urządzenia w kolumnie 6, zarówno w poz. 17 i 18 - powstała rozbieżności co do oferowanego urządzenia, która mogła wskazywać na popełnienie omyłki przez wykonawcę. Bez znaczenia przy tym pozostawała argumentacja zamawiającego, że odwołujący jedynie „przekopował” oznaczone przez zamawiającego cechy równoważności dla poz. 17 i 18, nie podając faktycznych parametrów oferowanego urządzenia. Wprawdzie zamawiający wymagał podania parametrów faktycznych, ale nie egzekwował tego wymogu od wszystkich wykonawców, uznając, że powtórzenie w kolumnie 5 Załącznika nr 10 opisu z kolumny 2 stanowi wystarczające wykazanie równoważności.

Konsorcjum EKO-MTK Sp. z o.o. w wielu pozycjach Załącznika nr 10 ograniczyło się do potwierdzenia, że oferowane urządzenie jest równoważne z SIWZ i dokumentacją projektową, co nie stanowiło dla zamawiającego podstawy do odrzucenia tej oferty.

Izba nie przychyliła się do argumentacji odwołującego, że popełniona przez niego omyłka była omyłką pisarską. Ażeby można było uznać omyłkę pisarską, musi ona dotyczyć przypadkowego przeoczenia w pisowni, pominięcia wyrazu, przestawienia i innych uchybień w tekście, widocznych bez szczególnych analiz i możliwych do samodzielnego poprawienia przez zamawiającego, czego nie można było powiedzieć o przyznanej przez odwołującego omyłce, której nie można było jednoznacznie przypisać cech omyłki pisarskiej.

Na aprobatę zasługiwała natomiast argumentacja odwołującego, że stwierdzona omyłka, przy założeniu spełnienia wszystkich łącznych przesłanek statuowanych przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mogłaby kwalifikować się do poprawienia w trybie opisanym w tym przepisie.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Niewątpliwie zaoferowanie w Załączniku nr 10 - maszyn i urządzeń oraz wyposażenia przebudowywanej oczyszczalni ścieków, charakteryzujących się minimalnymi granicznie wymaganymi parametrami techniczno-użytkowymi, potwierdzającymi równoważność opisu z dokumentacją techniczną - przynależy do istotnej treści oferty. Ustawodawca dopuścił w przywoływanym przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp prostowanie również omyłek o takim charakterze, pod warunkiem, że nie prowadzi to do istotnych odstępstw od pierwotnej treści oferty.

W wykazie według Załącznika nr 10, odwołujący w odniesieniu do parametrów techniczno-użytkowych dmuchawy „przekopował” parametry wyznaczone przez zamawiającego z kolumny 2, nie podał natomiast faktycznych parametrów techniczno-użytkowych oferowanego typu urządzenia Turbo Blower AT 200. Biorąc pod uwagę załączoną kartę 10/12 z samych tych dokumentów nie można było dokonać jednoznacznej ustalenia właściwego urządzenia i poprawy oferty - mimo ujawnionego odstępstwa, gdyż w karcie katalogowej zawarty jest cały szereg urządzeń spełniających podany warunek wydajności nawiewu powietrza.

Zamawiający winien był, zatem w pierwszej kolejności zastosować art. 87 ust. 1 Pzp - wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści oferty - skoro w karcie katalogowej zawarty jest cały typoszereg urządzeń spełniających podany warunek, a następnie rozważyć zastosowanie instytucji sprostowania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Postępowanie odwoławcze przed Izbą nie zastępuje czynności zamawiającego, które powinny być wykonane w trakcie procedury przetargowej. Izba na podstawie ustaleń dowodowych, w oparciu o dokumentację akt postępowania (SIWZ, ofertę odwołującego) oraz dowody załączone do odwołania uznała, że zaistniałym stanie faktycznym odrzucenie oferty odwołującego bez możliwości udzielenia wyjaśnień co do treści oferty i co do przedłożonych dokumentów oraz bez rozważenia możliwości poprawy oferty odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, było co najmniej przedwczesne.

Okoliczności podnoszone przez przystępujących, że urządzenie Turbo Blower AT200 nie posiada systemu awaryjnego pracy łożysk, zatem nawet, gdyby zamawiający uznawał, iż istnieją podstawy do sprostowania omyłki - jak postulował odwołujący i przyjęcia, że zaoferował on typ dmuchawy Turbo Blower AT200 - to i tak urządzenie takie nie spełniałoby wyznaczonych parametrów - nie mogły zostać rozpatrzone, jako że pozostawały poza zakresem zarzutów, które zostały postawione ofercie odwołującego i stały się powodem jej odrzucenia.

Zamawiający przy dokonywaniu ponownej oceny oferty odwołującego, rozważy wszelkie okoliczności dopuszczalności sprostowania oferty odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, także w aspekcie wpływu na poprawność procesów technologicznych, różnic wartościowych i spełnienia pozostałych parametrów technicznych przez urządzenie Turbo Blower AT200, które miało zostać podane w pozycji 18 załącznika nr 10.

Postępowanie dowodowe w sprawie wykazało zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty – rozbieżności pomiędzy opisem dmuchawy promieniowej z szafą sterowniczą i falownikiem określonym w pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez wykonawcę wraz z kartami katalogowymi maszyn, urządzeń i wyposażenia, a podaniem typu tegoż urządzenia,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez brak rozpatrzenia możliwości poprawienia przez zamawiającego omyłki w treści złożonej przez odwołującego oferty – typu dmuchawy promieniowej z szafą sterowniczą i falownikiem, tak aby odpowiadał on opisowi urządzenia zawartemu w pozycji 18 Załącznika Nr 10 do SIWZ.
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przedwczesne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ,

5) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez przedwczesne uznanie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji - unieważnienie przedmiotowego postępowania w części 1,

6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uchybienie zadom prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skutkiem naruszenia postanowień przepisów ustawy Pzp, wyżej wskazanych.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

### **W odniesieniu do sprawy sygn. akt: KIO 2179/13**

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że oferta złożona przez konsorcjum wykonawców: 1) EKO-MTK Sp. z o.o. 2) Sławomira G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sławomir G. Przedsiębiorstwo Budowlane „GLEMBUD” 3) Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „ŻALA” Sp. j. została zasadnie odrzucona - w części 1- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprawdzie zamawiający uwzględnił niektóre zarzuty odwołania, jednakże w pozostałym zakresie uznał, iż oferta odwołującego nadal pozostaje obciążona takimi nieprawidłowościami, które nie podlegają sanowaniu ani w drodze wyjaśnienia, ani w drodze uzupełnienia dokumentów, ani w drodze prostowania omyłek. W związku z czym - bez względu na uznanie części zarzutów - oferta odwołującego i tak podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, zatem czynności zamawiającego związane z odrzuceniem tej oferty są prawidłowe, a przyznanie niektórych zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego - pozostaje bez wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględnienie odwołania w całości, lub też w części jest czynnością dyspozytywną zamawiającego i nie podlega weryfikacji przez Izbę, z wyjątkiem wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do poz. 108, Instalacja pasteryzacji odwołujący ograniczył się do wyszczególnienia 4 elementów, nie podał w tej pozycji, iż oferuje również opisane w kolumnie 2 Załącznika 10 pozostałe niezbędne składniki instalacji pasteryzacji. Brak ma charakter nienaprawialny. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp zabrania uzupełnienia oferty po upływie wyznaczonego terminu złożenia ofert.

W poz. 116,117,119 i 120 odwołujący nie zaferował zamawiającemu żadnego urządzenia, nie podając ani nazwy, typu, czy oznaczeń handlowych, wskazał jedynie nazwę dostawcy „LIZARDS”. Obowiązkiem wykonawcy było podanie nazwy, typu, modelu urządzenia oraz jego producenta, aby zamawiający mógł jednoznacznie zidentyfikować oferowane urządzenie i sprawdzić przy pomocy załączonych do oferty katalogowych - czy posiada ono deklarowane parametry. Brak ma charakter nienaprawialny. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp zabrania uzupełnienia oferty po upływie wyznaczonego terminu złożenia ofert.

W poz. 118 odwołujący również wskazał tylko dostawcę LIZARDS. Dodatkowo zamawiający ustalił, iż z przedłożonej karty katalogowej 10.118 wynika, że urządzenie rębaka, dla którego kartę wydano nie spełnia granicznego wymogu minimalnego, aby maksymalna średnica podawanych gałęzi wynosiła 20 cm – podano 15 cm. Brak ma charakter nienaprawialny.

W poz. 128 oraz w pozycji 129 odwołujący wskazał po dwa urządzenia dla każdego z rodzajów pomp wirowych opisanych w kolumnie 2 Załącznika 10. Każdy wykonawca był uprawniony aby podać w ofercie tylko jedno konkretne urządzenie przyporządkowane do charakterystyki podanej przez zamawiającego, spełniające wyznaczone minimalne warunki równoważności. Na etapie realizacji umowy wykonawca wybrany będzie zobowiązany zastosować takie urządzenia jakie podał w Załączniku nr 10. Zmiany materiałowe w stosunku do urządzeń zaakceptowanych w ofercie zamawiający dopuścił we wzorze umowy wyłącznie za zgodą inżyniera kontraktu, projektanta i zamawiającego. Gdyby zamawiający przyjął ofertę odwołującego przewidującą alternatywne zastosowanie oznaczonych materiałów byłby zobowiązany respektować, iż bez jego zgody wykonawca może zastosować jedno z dwóch urządzeń podanych w ofercie. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Nieprawidłowość ma charakter nienaprawialny. Wykonawca w drodze wyjaśnień nie może wskazać jednego z dwóch urządzeń, gdyż stanowiłby to niedozwolone przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje w odniesieniu do treści oferty. Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, że zachodziła sprzeczność między dokumentacją techniczną a opisem Załącznika nr 10 i z tego względu podał dwa różne urządzenia, aby pozostawać zarówno w zgodzie z dokumentacją, jak i opisem Załącznika nr 10. Tego rodzaju argumentacja mogła być użyta w odwołaniu wobec postanowień SIWZ. W ocenie Izby, dyspozycje Załącznika nr 10 były jasne. Wykonawca zobowiązany był podać jednoznaczne dane dotyczące oferowanych wyrobów. Ewentualne ujawnione na etapie realizacji umowy niezgodności wewnętrzne dokumentacji ma obowiązek usuwać zamawiający, po uprzednim zgłoszeniu przez wykonawcę. Co do zasady nie jest rolą wykonawcy samodzielne poprawianie dokumentacji technicznej, w oparciu o którą zamawiający zamówił wykonanie

inwestycji. Brak ma charakter nienaprawialny, a ponadto wykluczone jest zaistnienie omyłki, gdyż odwołujący celowo podał dwa różne urządzenia.

W pozycjach od 138 do 144 odwołujący również podał tylko nazwę dostawcy urządzeń. Nie podał nazwy urządzenia jego typu, modelu i producenta. W kolumnie 5 podał jedynie, że bliżej nie sprecyzowane urządzenie jest równoważne z dokumentacją projektową i z SIWZ. Brak ma charakter nienaprawialny. Treść oferty można wyjaśnić wówczas jeżeli została ona w jakiś dostateczny sposób wyartykułowana, w przypadku odwołującego, który w szeregu pozycjach nawet nie oznaczył co oferuje zamawiającemu, zamawiający nie miał możliwości zastosowania poprawy tej oferty w drodze wyjaśnień, gdyż wówczas doszłoby do uzupełnienia oferty o treści w niej pierwotnie nie zawarte.

W poz. 136 oferowane urządzenie pompowni wody technologicznej, mimo potwierdzenia równoważności, nie dotrzymywało parametru minimalnej wysokości tłoczenia wody, co wynikało z przedłożonej karty katalogowej.

Izba nie stwierdziła, aby wyżej opisane braki w ofercie odwołującego mogły wynikać z omyłek, które przy tym kwalifikowałyby się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Niezgodności dotyczyły istotnej treści oferty. W SIWZ zamawiający podał, że niespełnienie parametrów minimalnych - granicznie wymaganych wykazania równoważności oferowanych urządzeń spowoduje odrzucenie oferty. Zamawiający wypełnił właściwie obowiązek wynikający z dyspozycji art. 31 ustawy Pzp, w sytuacji gdy opisując przedmiot zamówienia na roboty za pomocą dokumentacji oraz specyfikacji technicznej -projektanci w dokumentacji posługują się nazwami własnymi tj. urządzeniami konkretnych producentów, stąd też zamawiający był zobowiązany dopuścić wyroby równoważne, a wykonawca zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp, zobowiązany był wykazać że oferowane przez urządzenia spełniają minimalne oznaczone parametry równoważności.

Postępowanie dowodowe nie wykazało trafności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, poprzez

a) zaniechanie wyjaśnienia ewentualnych elementów niejasnych,  
b) zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty,



3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów (kart katalogowych) potwierdzających, iż oferowane urządzenia i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ, gdyż w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność treści, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełniania brakujących lub wadliwych dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom (art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp).

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów potwierdzających, iż oferowane urządzenia i roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ,

W konsekwencji nie doszło do naruszenia zasad ustanowionych w art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp dotyczących równego traktowania wykonawców, zapewnienia uczciwej konkurencji, obiektywnego i bezstronnego przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

#### **W odniesieniu do sprawy sygn. akt: KIO 2180/13**

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że oferta złożona przez konsorcjum wykonawców: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A., 2) „WTE Wassertechnik (Polska)” Sp. z o.o. została zasadnie odrzucona - w części 1-na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprawdzie zamawiający uwzględnił niektóre zarzuty odwołania, jednakże w pozostałym zakresie uznał, iż oferta odwołującego nadal pozostaje obciążona takimi nieprawidłowościami, które nie podlegają sanowaniu ani w drodze wyjaśnienia, ani w drodze uzupełnienia dokumentów, ani w drodze prostowania omyłek. W związku z czym - bez względu na uznanie części zarzutów - oferta odwołującego i tak podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, zatem czynności zamawiającego związane z odrzuceniem tej oferty są prawidłowe, a przyznanie niektórych zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego - pozostaje bez wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględnienie odwołania w całości, lub też w części jest czynnością dyspozytywną zamawiającego i nie podlega weryfikacji przez Izbę, z wyjątkiem wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp.

W pozycjach od 88 do 92 odwołujący zaoferował kogenerator Agenitor 408 BG (pozycja 86) producenta 2G Polska lub równoważny, jako urządzenie kompaktowe, spełniające w sposób zagregowany oznaczone funkcje. Okoliczność, że odwołujący zaoferował urządzenie kompaktowe, nie zwalniała go z oznaczenia typu, modelu i wskazania producenta poszczególnych najważniejszych elementów tegoż kogeneratorsa, skoro taki wymóg został wyraźnie postawiony w opisie sporządzenia Załącznika nr 10 - minimalnych parametrów techniczno użytkowych, bezwzględnie wymaganych przez zamawiającego. Opis elementów urządzenia zaoferowanego kogeneratorsa w karcie technicznej na stronach 217-219 oferty - nie potwierdza wprost, iż został spełniony wymóg odnośnie chłodnicy wentylatorowej i zbiornika magazynowego, wchodzących w skład samej instalacji kogeneracji. Jak wynika z danych technicznych str. 218 oferty – producentem urządzenia jest firma Leroy Somer. Dostawca – 2G Polska Sp. z o.o. w piśmie załączonym do odwołania potwierdził parametry kogeneratorsa z karty katalogowej na stronach 217-219 oferty. Zamawiający wymagał, aby odrębnie zostały określone nazwa, typ, model i producent urządzeń wymienionych w poz. 88-92, nawet gdy wchodziły one w skład urządzenia kompaktowego od jednego dostawcy. Brak ma charakter nieusuwalny, gdyż odwołujący nie może uzupełnić oferty przez podanie konkretnych urządzeń wchodzących w skład instalacji kogeneracji.

Pozycja 112 - odwołujący zaoferował urządzenie 2 - wentylator dachowy, które nie jest wentylatorem dachowym, ale wentylatorem kanałowym. W kolumnie 5 podał, że oferuje wentylator dachowy WD 250, natomiast w kolumnie 6 podał, że oferuje bliżej nieoznaczony wentylator WOK producent KONEKTOR, który jak wynika z karty katalogowej na str. 345 oferty stanowi rodzaj wentylatorów kanałowych. Z kolei do odwołania, odwołujący załączył kolejną kartę katalogową, z której wynika, że zaoferował wentylator WD producenta JUVENT, gdzie występują typy wentylatorów z oznaczeniem od WD-16 do WD-40. Oznacza to, że odwołujący nie był w stanie wykazać, iż zdolny był usunąć ujawnione przez zamawiającego rozbieżności w poz. 112 wykazu Załącznika nr 10, pomiędzy zadeklarowanymi cechami urządzenia - zgodnymi z opisem - a podanym typem urządzenia wraz z kartą katalogową - gdyby nawet został wezwany.

W poz. 128 odwołujący wskazał 2 różne urządzenia. Zamawiający wymagał skonkretyzowania i podania tylko jednego urządzenia (nazwy, typu, modelu, producenta), równoważnego do takiego jak wyznaczył w opisie Załącznika nr 10, przez podanie minimalnych parametrów techniczno-użytkowych. Powołując się na rzekomą lub rzeczywistą rozbieżność z dokumentacją techniczną odwołujący potwierdził, iż zamieścił celowo w danej pozycji dwa różne urządzenia, co wyklucza założenie, iż niezgodność była wynikiem omyłki. Niezgodność ma charakter nienaprawialny.

Taką samą ocenę Izba odnosi do pozycji 131, gdzie również odwołujący powoływał się na wewnętrzną sprzeczność dyspozycji zamawiającego, zawartych w dokumentacji projektowej z opisem zawartym w Załączniku nr 10 dla tej pozycji.

W odniesieniu do pozycji 129 odwołujący potwierdził, iż świadomie zaoferował kratę schodkową o wymiarach, mniejszych niż podane w Załączniku nr 10, gdyż samodzielnie ocenił, że krata o wymiarach szerokości 900 mm nie zmieści się w kanale, w którym ma zostać zainstalowana. Izba za wiarygodne przyjęła oświadczenia reprezentanta zamawiającego, że ze sprawdzenia wymiaru średnicy kanału wynika, iż wymiary te wynoszą 930 mm i zapotrzebowana krata 900 mm, może zostać zainstalowana. Odwołujący nie był uprawniony aby dokonywać jakichkolwiek zmian wobec treści Załącznika nr 10. Celowo podane inne rozmiary kraty – znacząco mniejsze, miałyby wpływ na zmianę technologii tej instalacji i możliwość niezakłóconego odbierania ścieków w zakładanej w projekcie wielkości. Sformułowanie zawarte w preambule do Załącznika nr 10 do SIWZ (Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia oferowanych przez Wykonawcę), iż opisy poszczególnych pozycji podane w Wykazie nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Umowy na wykonanie Robót oraz, że Wykaz winien być wypełniony w zgodzie z wymaganiami dokumentacji projektowej, nie zwalniały wykonawcy od podania w nim urządzeń o parametrach oznaczonych. Niezgodność z dokumentacją techniczną, gdyby taka wystąpiła w trakcie realizacji robót – podlegałaby zgłoszeniu przez wykonawcę inwestorowi, zobowiązanemu do usunięcia kolizji. Inni wykonawcy określili parametry kraty z pozycji 129 w sposób zgodny z opisem zamawiającego – i z powodu niezgodności z projektem – oferty te nie zostały odrzucone. Odstępstwo ma charakter nienaprawialny.

W oznaczonych ww. wykazu odwołujący zaoferował wprowadzić jedno konkretne urządzenie, lecz z adnotacją „lub równoważne”. Oznacza to, że zabezpieczył sobie możliwość zastosowania także innych urządzeń niż podał w ofercie. Zamawiający odstąpił jednakże od tego zarzutu, co czyniło jego rozpoznanie przez Izbę bezprzedmiotowym.

Oferta z uwzględnieniem Załącznika nr 10, winna zawierać wskazanie konkretnej nazwy, typu, modelu oraz producenta oferowanych urządzeń – identyfikujących oferowany wyrób. Jeżeli zamawiający przyjąłby taką ofertę, która by tych danych w sposób jednoznaczny nie podawała - nie mógłby w trakcie realizacji umowy sprzeciwić się zamianie wskazanej maszyny na inną, którą wybrany wykonawca uznawałby za równoważną. Nie można pomijać, iż z mocy art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy, jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z powyższego względu zamawiający nie mógłby mieć pewności, jakie urządzenia zostaną przez wykonawcę użyte podczas realizacji zamówienia; niezgodności takie mają charakter

nieusuwalny, gdyż wykonawca spośród kilku zaoferowanych opcji – nie może w drodze wyjaśnień - po złożeniu oferty, znając przy tym oferty konkurentów i ceny - wskazywać na dowolnie obrane urządzenie spośród tych, które wyspecyfikował w swojej ofercie – dla oznaczonej pozycji.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Mimo uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, oferta odwołującego konsorcjum Hydrobudowa S.A. w odniesieniu do pozostałych zarzutów, które legły u podstaw decyzji odwołującego o odrzuceniu złożonej oferty, nadal pozostawała niezgodna z treścią SIWZ, zatem podlegała odrzuceniu. Z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zdanie drugie, zamawiający był zwolniony z obowiązku wzywania odwołującego do uzupełniania dokumentów nawet w zakresie w jakim uwzględnił zarzuty odwołania. Stwierdzone niezgodności były na tyle oczywiste, że nie wymagały stosowania fakultatywnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – które mogłoby jedynie prowadzić do niedozwolonego dookreślenia treści oferty, a więc jej zmiany po upływie wyznaczonego terminu złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala.

Izba nie znalazła podstaw, do uznania zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów, że pominął on zastosowanie procedury sprostowania omyłki w ofercie odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na co wskazywał odwołujący, uznając braki w swojej ofercie jako nieistotne odstępstwo od treści SIWZ, gdyż miał zamiar zaoferować maszyny, urządzenia i wyposażenie o parametrach techniczno-użytkowych podanych w SIWZ. Sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może podlegać treść oferty, która została w dostateczny sposób wyartykułowana. W tym zaś przypadku – niezgodności polegały na braku podania oferowanego urządzenia, podania dwóch urządzeń, lub nieodpowiedniej wielkości skonkretyzowanego parametru oferowanego przedmiotu zamówienia. Opisane braki nie mogły być konwalidowane – jako sprostowanie omyłki niepowodującej zmian w treści oferty.

Dokumenty przedmiotowe - wprawdzie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - ale nie jest to wymóg bezwarunkowy, należało mieć bowiem na względzie, że zamawiający jest z tego obowiązku zwolniony, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Dowody przeprowadzone w niniejszej sprawie nie wykazały zasadności czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało by istotny wpływ na wynik postępowania - odrzucenie oferty odwołującego, w ocenie Izby znajdowało normatywne wsparcie. Przedłożona przez odwołującego opinia

techniczna, traktowana jako stanowisko strony, potwierdza że parametry urządzeń w ofercie odwołującego są właściwe, z czym jedynie częściowo można było się zgodzić. Ponadto Izba musiała uwzględnić wymagania SIWZ, co do oznaczonej treści oferty – jako koniecznego zobowiązania wykonawcy.

Nieodzownym jest aby zaoferowane świadczenie wykonawcy odpowiadało swoją treścią opisowi wszystkich cech techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, których oczekiwał zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia, i których to opis zawarty- został w treści SIWZ. Jeśli treść oferty będzie niezgodna z treścią SIWZ ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (wyrok z dnia 24 listopada 2010r., sygn. akt: KIO 2480/10). Zamawiający wykazał niezgodności treści ofert odwołującego z treścią SIWZ i ich nieusuwalny charakter, a więc - co konkretnie w ofercie było niezgodne i w jaki sposób z oznaczonymi postanowieniami SIWZ (wyrok KIO z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 285/12). Oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem zgodności z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 117/12).

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - ma wyłącznie na celu potwierdzenia przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.

Izba nie znalazła podstaw przypisania zamawiającemu naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty, wobec nie uwzględnienia zastrzeżenia wyrażonego w ww. przepisie, tj. nie uwzględnienia przez zamawiającego treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, iż wobec treści oraz

uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, oferta ta budziła wątpliwości zamawiającego; ewentualnie;

6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności z uwagi na brak możliwości interpretacji zapisów SIWZ na niekorzyść wykonawców ubiegających się o zamówienie w kontekście zobowiązania oferentów do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi oraz Załącznikiem nr 10, w tym w szczególności wobec zobowiązania do osiągnięcia wymaganych parametrów technologicznych oraz zapewnienia części zamiennych do zastosowanych maszyn, urządzeń oraz wyposażenia przez okres minimum 7 lat.

W konsekwencji nie znalazły również potwierdzenia zarzuty naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 6 i § 3 i 5 ust. 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:**

.....

