

WYROK

z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie **26 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **5 czerwca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. AK N. sp. z o.o. z siedzibą w P.(sygn. akt KIO 1131/17)

B. I. W. S.A. z siedzibą w W.(sygn. akt KIO 1146/17)

w postępowaniu pn. *Projektowanie i budowę hermetycznej kompostowni w Zakładzie Utylizacyjnym w G., roboty budowlano-montażowe* (nr postępowania (...))

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Utylizacyjny sp. z o.o. z siedzibą w G.**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. I. W. S.A. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1131/17)

B. AK N. sp. z o.o. z siedzibą w P.(sygn. akt KIO 1146/17)

C. A. sp. z o.o. z siedzibą w W., E. S.A. z siedzibą w W. – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1131/17 i KIO 1146/17)

D. E. A. G. z siedzibą w M., F. B. „E.” G. F., N. B. – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1131/17 i KIO 1146/17)

E. K. B. D. sp. z o.o. z siedzibą w G. (sygn. akt KIO 1146/17)

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1131/17 obciąża odwołującego A. N. sp. z o.o. z siedzibą w P. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego A. N. sp. z o.o. z siedzibą w P. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **odwołującego A. N. sp. z o.o. z siedzibą w P.** na rzecz **zamawiającego Zakładu Utylizacyjnego sp. z o.o. z siedzibą w G.** kwotę **3597 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 1146/17** obciąża **odwołującego Instal W. S.A. z siedzibą w W.** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego I. W. S.A. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **odwołującego I. W. S.A. z siedzibą w W.** na rzecz **zamawiającego Zakładu Utylizacyjnego sp. z o.o. z siedzibą w G.** kwotę **3597 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

{Uzasadnienie zostało sporządzone bez ujawniania informacji, które mogą stanowić

tajemnicę przedsiębiorstwa każdego z Odwołujących w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli spełniających przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 53, poz. 1503 ze zm.).}

{KIO 1131/17, KIO 1146/17}

Zamawiający – Zakład Utylizacyjny sp. z o.o. z siedzibą w G. – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Projektowanie i budowę hermetycznej kompostowni w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku, roboty budowlano-montażowe* (nr postępowania (...)).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_042-077444 z 1 marca 2017 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.zut.com.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 maja 2017 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną i faksem wykonawców uczestniczących w postępowaniu o odrzuceniu niektórych ofert, w tym złożonych przez A. N. sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz I.W. S.A. z siedzibą w W., a także o unieważnieniu postępowania w związku z tym, że cena pozostałych ofert przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

{KIO 1131/17}

5 czerwca 2017 r. Odwołujący A. N. sp. z o.o. z siedzibą w P. {dalej również: „A. N.”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania, a także od zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 4 – przez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i prawnych odmowę ujawnienia informacji, które Wykonawcy C. P. S.A. z siedzibą w K. {dalej również: „C. P.”}, I. W. S.A. z siedzibą w W. {dalej również: „I.W.”}, Korporacja Budowlana D. sp. z o.o. z siedzibą w G. {dalej również: „D.”} zastrzegli jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy pzp środków ochrony prawnej.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, mimo iż brak było przesłanek do zastosowania wskazanego przepisu, a wszelkie wątpliwości co do treści oferty Odwołującego Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 pzp.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym odtajnienia informacji zastrzeżonych przez:
 - (a) C. P.
 - JEDZ, Część IV, Tabela B „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” i Tabela C „Zdolność techniczna i zawodowa”;
 - Wykaz cen według załącznika nr 2;
 - Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych według załącznika nr 4 wraz z załącznikami do koncepcji;
 - Zobowiązanie innych podmiotów do uczestniczenia w realizacji zamówienia według załącznika nr 5;
 - Gwarancja technologiczna według załącznika nr 6;
 - Informacja o terminie wykonania zamówienia.

(b) I. W.:

- JEDZ, Informacja o osobach i Informacja o realizacjach podmiotu trzeciego,
- dokumenty podmiotu trzeciego, informacja o podmiocie trzecim w pkt 12.6 formularza oferty,
- Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych,
- Wykaz cen,

(c) D.:

- Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych.

4. Dokonania wyboru oferty naj korzystniejszej, ewentualnie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty lub uzupełnienia dokumentów w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{Odstąpiono od prezentacji uzasadnienia zarzutu z uwagi na jego częściowe uwzględnienie przez Zamawiającego i wycofanie w pozostałym zakresie przez Odwołującego.}

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynika, że zawarta w ofercie A.N. Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych została uznana za niespełniającą warunków minimalnych określonych w SIWZ w następujących aspektach {systematyka wg zawiadomienia o odrzuceniu i uzasadnienia odwołania}:

- I. System pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór*
- II. System napowietrzania materiału wewnątrz komór*
- III. Wyposażenie i przyjęty sposób oczyszczania odcieków*
- IV. Wykaz urządzeń*

{ad I.}

Odwołujący zrelacjonował, że odnośnie systemu pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór Zamawiający zarzucił mu, że: (a) zaoferował punktowe mierniki wilgotności, chociaż Zamawiający wymagał w SIWZ (str. 56 PFU), aby pomiar wilgotności odbywał się w całej objętości złoża i na tej zasadzie Zamawiający nie dopuścił punkowego pomiaru wilgotności, czy pomiaru wilgotności powietrza odprowadzanego z komory kompostowania. Nadto zdaniem Zamawiającego (b) Odwołujący nie określił w ofercie szczegółowego rozwiązania pomiaru wilgotności, a (c) proponowane rozwiązanie według

wiedzy Zamawiającego nie nadaje się do stosowania w procesie kompostowania.

{ad (a)}

Odwołujący podał, że zaoferował m.in. czujniki wilgotności - sondy {w odwołaniu podano dokładne oznaczenie } (pkt 2.4 Koncepcji, Tabela nr 3 lp. 4, str. 27 Koncepcji).

Odwołujący stwierdził, że sondy te są objętościowe, mierzą wilgotność za pomocą stałej dielektrycznej (co wyraźnie odróżnia je od czujników punktowych) i umożliwiają uzyskanie uśrednionego wyniku pomiaru, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ (str. 56 PFU), doprecyzowanymi odpowiedziami na pytania wykonawców nr (...). W szczególności w odpowiedzi na pyt. nr 70, *na czym ma polegać pomiar wilgotności w całej objętości złoża*, Zamawiający wskazał, że „*pomiar wilgotności miernikami mikrofalowymi lub za pomocą pomiaru stałej dielektrycznej w całej objętości przetwarzanego biologicznie złoża*”. To zapewniają właśnie sondy zaoferowane przez Odwołującego.

Odwołujący dodał, że w Koncepcji wprost wskazał, że sondy mierzą objętościowo wilgotność materiału, zaś zasada działania sond oparta jest o pomiar współczynnika fali stojącej sygnału w badanym materiale.

{ad. (b)}

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ nie określił wymagania, aby do oferty załączyć *szczegółowe rozwiązania pomiaru wilgotności*, ani nie określił stopnia szczegółowości opisów przyjętych w Koncepcji rozwiązań.

Odwołujący stwierdził, że jego Koncepcja w zakresie systemu pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór jest zgodna z wymaganiami ze str. 56 PFU, gdzie w odniesieniu do tego systemu wskazano jedynie w pkt 2 lit. d, że Koncepcja ma zawierać *przyjęty system pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór uwzględniający wymagania PFU*. Zdaniem Odwołującego pozwala Zamawiającemu na ocenę możliwości spełnienia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ miernikom wilgotności.

Odwołujący wskazał, że w pkt 2.4 Koncepcji – Zał. nr 4 do oferty (str. 7) opisał przyjęty system pomiaru wilgotności, podał w Tabeli nr 3 lp. 4 (str. 27 Koncepcji) model miernika wilgotności (Odwołujący zaznaczył, że tylko do tego parametru referuje Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty), co odpowiada wymaganiom SIWZ (str. 57 IDW).

{ad (c)}

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nawet nie podejmuje próby wykazania, że proponowane przez Odwołującego rozwiązanie nie nadaje się do stosowania w procesie kompostowania. Natomiast Odwołujący podał w Tabeli nr 3 lp. 4 (str. 27 Koncepcji) miejsca, gdzie zastosowano miernik wilgotności {typu wskazanego w

odwołaniu przez podanie dokładnego oznaczenie } (poz. 5, 7, 11, 12, 12).

Odwołujący dodał, że Zamawiający nie podjął jakichkolwiek starań, aby ową kwestię wyjaśnić z Odwołującym.

{ad II.}

Odwołujący zrelacjonował, że odnośnie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że (a) nie wskazał miejsca, gdzie zastosował oferowane rozwiązanie (obejmujące m.in. uzyskanie spadku ciśnienia do wartości 0,99%), (b) nie przedstawił protokołu z badań potwierdzających uzyskanie deklarowanego przez Odwołującego spadku ciśnienia powietrza.

{ad (a)}

Odwołujący zaznaczył, że nie zostały zakwestionowane: zgodność z SIWZ opisu przyjętego systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór, a także dołączenie do Koncepcji (Zał. nr 4 do oferty) stosownych obliczeń wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z Zał. 4 do IDW – Wzór koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych.

Odwołujący stwierdził, że podał również w Koncepcji – Tabela 3, lp. 9, str. 9, gdzie zastosował zaproponowane rozwiązanie. Zdaniem Odwołującego treść jego oferty umożliwiała zatem Zamawiającemu weryfikację proponowanego rozwiązania, w szczególności na stwierdzenie, że nie ma ono charakteru prototypowego.

Odwołujący dodał, że Zamawiający nie podjął jakichkolwiek starań, aby ową kwestię wyjaśnić z Odwołującym.

{ad (b)}

Odwołujący podniósł, że z SIWZ nie wynika, aby do Koncepcji wykonawcy mieli załączyć protokół z badań potwierdzających uzyskanie deklarowanego przez siebie spadku ciśnienia powietrza.

Odwołujący zrelacjonował, że zawartość Koncepcji składanej przez wykonawców wraz z ofertą i podlegającej ocenie przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert określa Zał. 4 do IDW – Wzór koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych (str. 55-59 IDW – cz. I SIWZ). Zarówno w tym dokumencie, jak i w PFU jakiegokolwiek wzmianki o przedmiotowym protokole.

Zdaniem Odwołującego nie sposób również przyjąć, że żądanie przedłożenia przedmiotowego protokołu wynika z odpowiedzi na pyt. 209. Dla dokonania wykładni oświadczenia Zamawiającego zawartego w odpowiedzi nr 209 podstawowe znaczenie ma bowiem zadane przez wykonawcę pytanie nr 209, w którym wykonawca dopytuje się, czy zastosowanie zaoferowanego systemu napowietrzania można potwierdzić protokołem z

badania. Innymi słowy, wykonawca pyta, czy Zamawiający dopuszcza taki właśnie sposób potwierdzenia parametrów oferowanego rozwiązania. Z pytania nr 209 wprost zatem wynika, że SIWZ protokołu z badań w ogóle nie dopuszczał, a jedynie stosowne, szczegółowe obliczenia. Tym samym, biorąc pod uwagę zasady wykładni oświadczeń woli (w szczególności zasadę, iż najistotniejszy jest punkt widzenia adresata oświadczenia woli), oraz zasadę, że wszelkie niejasności SIWZ nie mogą być poczytane na niekorzyść wykonawcy, nie sposób wyciągać wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji z powodu niezłożenia wraz z ofertą protokołu badań potwierdzającego osiągnięcie oferowanego spadku ciśnienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł również, że protokół z badań potwierdzających uzyskanie deklarowanego przez niego spadku ciśnienia powietrza nie stanowi treści oferty, lecz jest dokumentem składanym na potwierdzenie, że oferowany system napowietrzania materiału wewnątrz komór spełnia wymagania określonego przez Zamawiającego i jako taki podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Gdyby więc nawet przyjąć, że ów protokół należało złożyć wraz z ofertą, w analizowanej sprawie uchybienie po stronie Odwołującego ma charakter wyłącznie formalny, a w konsekwencji, w jego ocenie, nie zachodzą podstawy do stwierdzenia, że treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku Zamawiający winien wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, czego zaniechał.

{ad III. i IV.}

{Odstąpiono od prezentacji uzasadnienia zarzutów z uwagi na ich uwzględnienie przez Zamawiającego.}

{KIO 1146/17}

5 czerwca 2017 r. Odwołujący I. W. S.A. z siedzibą w W. wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 92 ust: 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 – polegające na niepoinformowaniu Odwołującego o powodach odrzucenia pozostałych ofert, które zostały odrzucone, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości postępowania i zasady jawności

postępowania.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 1 – polegające na zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, ew. art. 87 ust. 2 pkt 3, polegające na zaniechaniu poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.
4. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – polegające na nieuprawnionym unieważnieniu postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownej oceny ofert.
4. Poinformowania Odwołującego o ocenie pozostałych ofert zgodnie z art. 92 ust. 1 pzp, wraz z podaniem uzasadnienia odrzucenia ofert pozostałych wykonawców w sposób nienaruszający tajemnicy przedsiębiorstwa tych wykonawców.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{Odstąpiono od prezentacji uzasadnienia zarzutu z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego.}

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Na wstępie Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe roboty budowlane są zamówieniem typu „zaprojektuj i wybuduj”, czyli jego przedmiotem jest najpierw zaprojektowanie, a następnie, według tego projektu, wybudowanie kompostowni. Opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU).

Odwołujący zrelacjonował, że w załączniku nr 4 do IDW – „Wzór koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych” Zamawiający podał wymaganą zawartość koncepcji, odnosząc się do tego, jakie zagadnienia powinna ona opisywać np. opis zagospodarowania terenu. W ocenie Odwołującego zostało to opisane dość ogólnie. Odwołujący podał również, że według wzoru koncepcja powinna także zawierać wykaz urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia, mocy zainstalowanej. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie określił, których urządzeń to dotyczy, a dobór urządzeń w większości przypadków następuje na etapie projektowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że z pkt 26 ust. 4 IDW „Zasady oceny kryterium

„Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych” wynika, że Zamawiający będzie odrzucał ofertę wówczas, gdy nie będzie ona spełniała wymienionego w danym podkryterium wymagania minimalnego {w odwołaniu zacytowano opis oceny poszczególnych podkryteriów, z uwzględnieniem wyjaśnień SIWZ z 30.03.2017 r.}.

Odwołujący podniósł, że powodem odrzucenia jego oferty nie było niespełnienie wymagań minimalnych, o których mowa w pkt 26 ust. 4 IDW.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że zawarta w ofercie I. W. Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych została uznana za niespełniającą warunków minimalnych określonych w SIWZ w następujących aspektach {systematyka wg zawiadomienia o odrzuceniu}:

- I. *System pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór*
- II. *System napowietrzania materiału wewnątrz komór*
- III. *Sposób zapewnienia pewności wentylacji wszystkich obiektów oraz utrzymania w halach temperatury powietrza powyżej min. +5 °C w okresie zimowym*
- IV. *Wyposażenie i przyjęty sposób oczyszczania odcieków*
- V. *Wykaz urządzeń*

{ad I.}

Odwołujący zrelacjonował, że odnośnie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór Zamawiający zarzucił, że *w koncepcji nie określono (a) typu i producenta miernika wilgotności oraz (b) szczegółowego rozwiązania pomiaru wilgotności.*

{ad (a)}

Odwołujący zrelacjonował także, że dla podkryterium systemu pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór uwzględniającego wymagania PFU Zamawiający w wyjaśnieniach z 30.03.2017 r. dookreślił, że: *uzna, że oferta przewyższa wymagania minimalne jeżeli: pomiar wilgotności w całej objętości złoża będzie realizować miernikami mikrofalowymi lub za pomocą pomiaru stałej dielektrycznej oraz będzie umożliwiał:*

- *pomiar wilgotności materiału wsadowego prowadzony na etapie przygotowania wsadu*
- *pomiar poziomej wilgotności w dowolnym, wybranym przez operatora miejscu w masie lub dla określonych punktów.*

Odwołujący zaznaczył, że takie właśnie rozwiązanie, przewyższające wymagania minimalne, opisał na str. 64 oferty (w Koncepcji). Zamawiający nie stwierdził, że oferowane rozwiązanie, jeśli chodzi o miernik poziomej wilgotności, nie spełnia wymagań minimalnych.

W tych okolicznościach zdaniem Odwołującego nie było podstaw do odrzucenia jego

oferty z powodu miernika, który stanowi część składową wyposażenia, jakim jest system automatyki i sterowania, wyspecyfikowaną na str. 73-76 oraz 83 oferty. Do określenia dokładnego typu oraz producenta miernika wilgotności niezbędne jest posiadanie kompletnej dokumentacji wykonawczej technologicznej oraz dokumentacji AKPiA, których przygotowanie na etapie oferty nie było wymagane. Jest to element wykonania zamówienia podczas etapu projektowania. W związku z powyższym na etapie oferty Wykonawca potwierdził dostawę miernika wilgotności zgodnie z wymaganiami, pozostawiając dobór dokładnych parametrów, typu oraz producenta na etap realizacji. Właściwe dobranie na tym etapie miernika jest niemożliwe lub w przypadku doboru obarczone błędem, gdyż na nie jest znana dokładność przesyłana danych (do ustalenia z Zamawiającym) oraz dane techniczne urządzenia umożliwiające włączenie urządzeń do istniejącego systemu zbierania danych i wizualizacji, co do których brak szczegółowych wymagań w PFU {w odwołaniu zacytowano pkt. 3.6.2 ze str. 32-33}

{ad (b)}

Odwołujący zrelacjonował, że w załączniku nr 1 do koncepcji przedstawił listę referencyjną wraz z danymi zamawiających, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne, co udowadnia brak prototypowości proponowanych rozwiązań.

Odwołujący podniósł, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości, czy wykaz dotyczy miernika wilgotności, powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia, ewentualnie uzupełnienie tego dokumentu przedmiotowego.

{ad II.}

Odwołujący zrelacjonował, że odnośnie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że (a) nie wskazał, gdzie zastosowano oferowane rozwiązanie w zakresie systemu napowietrzania wewnątrz komór, co nie pozwala mu ocenić, czy oferowane rozwiązanie jest prototypowe. (b) Drugi zarzut dotyczy tego, że nie przedstawiono protokołu z badań potwierdzających uzyskanie deklarowanego spadku ciśnienia do wartości 0,99%.

{ad (a)}

Odwołujący zrelacjonował, że system napowietrzania składa się z wentylatorów napowietrzających, orurowania, kształtek, przepustnic, kanałów napowietrzających. Na str. 51-52 koncepcji (str. 93-94 oferty) podano typ i producenta wentylatorów napowietrzających, posadzki napowietrzającej oraz układu redystrybucji powietrza świeżego i poprocesowego. Z kolei w załączniku nr 1 do koncepcji przedstawiono listę referencyjną wraz z danymi zamawiających, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne, co udowadnia

brak prototypowości proponowanych rozwiązań.

Odwołujący podniósł, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości, czy wykaz dotyczy miernika wilgotności, powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia, ewentualnie uzupełnienie tego dokumentu przedmiotowego.

{ad (b)}

Odwołujący zrelacjonował, że jeden z wykonawców zadał następujące pytanie do SIWZ: *Czy zastosowanie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór gwarantujące maksymalnie 2,5% spadek ciśnienia powietrza na wylocie z systemu napowietrzania (...) można potwierdzić protokołem z badań potwierdzających osiągnięcie maksymalnego 2,5% spadku ciśnienia?.* W odpowiedzi na pytanie nr 209 Zamawiający wskazał, że *Protokół z badań potwierdzających osiągnięcie maksymalnego 2,5% spadku ciśnienia w zastosowanym systemie napowietrzania materiału nie jest jedynym wymaganym dokumentem*, a wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w Koncepcji szczegółowych obliczeń spadku ciśnienia oraz szczegółowych rysunków rusztów napowietrzających.

Zdaniem Odwołującego powyższy wymóg go nie dotyczy, gdyż zaoferował spadek ciśnienia na poziomie poniżej {w odwołaniu podano dokładny wskaźnik %}, co wykazał przedstawiając na stronie 18 koncepcji (str. 60 oferty) szczegółowe obliczenia, natomiast nie załączał protokołu. W Załączniku nr 4 do !DW - Wzór koncepcji na str. 57 IDW Zamawiający żądał przedstawienia obliczeń, schematów, rysunków i mając na uwadze zapisy tego załącznika Odwołujący interpretował odpowiedź na pytanie nr 209.

{ad III.}

{Odstąpiono od prezentacji uzasadnienia zarzutu z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego.}

{ad IV.}

Odwołujący zrelacjonował, że odnośnie wyposażenia i przyjętego sposobu oczyszczania odcieków Zamawiający zarzucił, że w pkt 7.3 Koncepcji nie przedstawił rozwiązania gospodarowania osadami (odpadami) pochodzącymi z płuczek wodnych i chemicznych.

Odwołujący podał, że w pkt 7.3 Koncepcji chodziło o rozwiązanie z zastosowaniem skrubera jako I stopnia oczyszczania powietrza. Zamawiający dopuścił zastosowanie skrubera jako rozwiązania równoważnego, pod dodatkowymi warunkami: zastosowania recyrkulacji odcieku ze skrubera oraz szczegółowego przedstawienia przez wykonawcę sposobu (opisu urządzeń) oczyszczania odcieku ze skrubera z zanieczyszczeń

mechanicznych wraz z określeniem gwarantowanych ilości i jakości odcieku po oczyszczaniu oraz opisu odbioru wydzielonego z odcieku pyłu (łatwy i odbiór i wywóz).

Odwołujący podniósł, że powyższe wymagania nie dotyczą jego oferty, gdyż zgodnie z Koncepcją rozwiązań techniczno-technologicznych (str. 62 oferty) I stopniem oczyszczania powietrza jest odpylanie, a zatem nie zaoferował skrubera jako I stopnia oczyszczania.

{ad V.}

{Odstąpiono od prezentacji uzasadnienia zarzutu z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego.}

{KIO 1131/17, KIO 1146/17}

Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony następujących wykonawców:

- A. I. W. S.A. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1131/17)
- B. A. N.sp. z o.o. z siedzibą w P. (sygn. akt KIO 1146/17)
- C. A. sp. z o.o. z siedzibą w W., E. S.A. z siedzibą w W. – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1131/17 i KIO 1146/17)
- D. E. A. G. z siedzibą w M., F. B., „E.” G. F., N. B. – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1131/17 i KIO 1146/17)
- F. K.B. D. sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 1146)

Ponieważ nie stwierdzono, aby którekolwiek z powyższych zgłoszeń nie zostało dokonane w odpowiedniej formie lub bez zachowania 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania, czego wymaga art. 185 ust. 2 pzp, a ponadto co do żadnego z przystąpień nie zgłoszono opozycji – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności i dopuściła powyższych Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym zgonie ze zgłoszeniem.

{KIO 1131/17}

26 czerwca 2017 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie A. N. w następującym zakresie:

1. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jest w zakresie żądania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez:

(a) C. P.

- JEDZ, Część IV, Tabela B „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” i Tabela C „Zdolność techniczna i zawodowa”;
- Wykaz cen według załącznika nr 2;
- Zobowiązanie innych podmiotów do uczestniczenia w realizacji zamówienia według załącznika nr 5;
- Gwarancja technologiczna według załącznika nr 6;
- Informacja o terminie wykonania zamówienia.

(b) I.W.:

- JEDZ, Informacja o osobach i Informacja o realizacjach podmiotu trzeciego,
- dokumenty podmiotu trzeciego, informacja o podmiocie trzecim w pkt 12.6 formularza oferty,
- Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych,
- Wykaz cen.

2. Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ:

III. Wyposażenie i przyjęty sposób oczyszczania odcieków

IV. Wykaz urządzeń

W pozostałym zakresie Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący I. W. zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów z jego oferty.

Odwołujący A. N. wycofał zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie nieuznanym przez Zamawiającego oraz w zakresie, w którym został zgłoszony sprzeciw.

{KIO 1146/17}

26 czerwca 2017 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie I.W. w następującym zakresie:

1. Zarzut naruszenia art./ 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp, to jest w zakresie żądania poinformowania Odwołującego o ocenie pozostałych ofert zgodnie z art. 92 ust. 1 pzp. wraz z podaniem uzasadnienia odrzucenia ofert pozostałych wykonawców w sposób nienaruszający tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ:

III. Sposób zapewnienia pewności wentylacji wszystkich obiektów oraz utrzymania w halach temperatury powietrza powyżej min. +5°C w okresie zimowym

V. Wykaz urządzeń

W pozostałym zakresie Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

{KIO 1131/17, KIO 1146/17}

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczono – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego lub cofnięte przez Odwołujących. W zakresie tych zarzutów Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron obu spraw oraz Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożyli oferty. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą odrzucenia ich własnych ofert, naraża to Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{zarzuty odwołań, które Izba uznała za niezasadne}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla obydwu spraw:

Z pkt 15.3 ppkt 1 lit. d Części I s.i.w.z. – Instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW” lub „i.d.w.”} wynika, że kompletna oferta musi zawierać koncepcję rozwiązań technicznych i technologicznych o zawartości zgodnej z załącznikiem nr 4 do i.d.w.

Załącznik 4 – Wzór koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych określa wymaganą od wykonawców zawartość koncepcji.

Po pierwsze, określono aspekty tematyczne, które należy w niej ująć, w tym:

- rozwiązania technologiczne kompostowania (stabilizacji tlenowej) ze szczególnym uwzględnieniem m.in. przyjętego systemu pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór uwzględniającego wymagania PFU {pkt 2 lit. d};
- rozwiązania i wyposażenie zintegrowanego systemu wentylacji komór dynamicznego kompostowania i wentylacji hal przygotowania i obróbki ze szczególnym uwzględnieniem m.in. przyjętego systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór gwarantującego maksymalnie 2,5% spadek ciśnienia powietrza na wylocie z systemu napowietrzania pomiędzy początkiem a końcem komory {pkt 3 lit. c};
- rozwiązania i wyposażenie systemu gospodarki odciekami dla projektowanych obiektów ze szczególnym uwzględnieniem m.in. wyposażenia i przyjętego sposobu oczyszczania odcieków przed ich zawracaniem do procesu {pkt 5 lit. c}.

Po drugie, wskazano, że koncepcja powinna także zawierać m.in.:

- opisy przyjętych rozwiązań technicznych, technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych;
- wykaz urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia oraz mocy zainstalowanej.

Po trzecie, nakazano zawrzeć w koncepcji kalkulację kosztów operacyjnych dla instalacji kompostowania o przepustowości 40.000 mg/rok zgodnie z zamieszczoną w załączniku tabelą.

Po czwarte, zastrzeżono, że:

- wykonawca winien przedstawić wszystkie oferowane typy maszyn, urządzeń czy wyposażenia, rozwiązania technologiczne i techniczne (konstrukcyjne) w sposób pozwalający na jednoznaczną ocenę możliwości spełnienia wszystkich postawionych wymagań;

- wykonawca wskaże (dane zamawiających), gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ i PFU, a dotyczące technologii instalacji do stabilizacji tlenowej;
- Zamawiający wyklucza możliwość zastosowania maszyn, urządzeń, wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i technicznych (konstrukcyjnych) mających charakter prototypowy.

W Części III SIWZ – Programie funkcjonalno-użytkowym (PFU) odnośnie systemu pomiaru wilgotności materiału wewnątrz komór określono w szczególności wymaganie, aby pomiar wilgotności odbywał się w całej objętości złoża. Nie dopuszczono natomiast m.in. punktowego pomiaru wilgotności jako wrażliwego na nierównomierność rozkładu wilgotności złoża bioreaktora i mogącego powodować nieprawidłowe działanie systemu korekcji wilgotności {*Napowietrzanie*, drugi akapit na str. 56 PFU}.

W Części III SIWZ – Programie funkcjonalno-użytkowym (PFU) w pkt 4.5.7. dotyczącym instalacji oczyszczania powietrza poprocesowego z biofiltrem wyrażono oczekiwanie realizacji instalacji jako systemu wentylacji mechanicznej ze skierowaniem powietrza na trzystopniowy proces jego oczyszczania: I. stopień na filtrze – usuwanie pyłów, II. stopień na płuczce – usuwanie amoniaku i przygotowanie powietrza do oczyszczania na drugim stopniu oczyszczania; III. stopień – na biofiltrze.

Jednocześnie wskazano dla I stopnia oczyszczania odpylacz powietrza, określając, że w celu oczyszczania powietrza z pyłów należy zamontować filtr (przed centralami wentylacyjnymi) w wykonaniu przeciwwybuchowym z blachy stalowej nierdzewnej gatunku 1.4301. Ma on doczyścić powietrze z pyłów do wartości wymaganych w założeniach technologicznych. Przy czym należy zastosować worki odporne na działanie czynników chemicznych mogących się pojawić w wyniku rozpuszczenia gazów w wodzie, np. wody amoniakalnej. Odbiór pyłu z urządzenia musi następować do pojemników umożliwiających łatwy ich odbiór (wywóz).

Przed upływem terminu składania ofert pojawiły się pytania wykonawców o:

- dopuszczenie możliwości zastosowania skrubera zamiast opisanego w PFU filtra workowego jako odpylacza powietrza – I stopień oczyszczania (pyt. nr 96),
- innych niż filtr workowy nie mniej skutecznych metod odpylania powietrza w ramach I stopnia oczyszczania (pyt. nr 206);
- dopuszczenie zmiany zaproponowanego odpylacza workowego na odśrodkowy odpylacz z tworzywa sztucznego, który gwarantuje usuwanie 99% pyłów równych i większych niż 40

mikronów (pyt. nr 227).

W ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. Zamawiający udzielił na te pytania identycznej odpowiedzi, w szczególności wskazując, że zgodnie z minimalnymi wymaganiami PFU I stopień oczyszczania powietrza ma za zadanie usuwanie pyłów zawartych w powietrzu odciągającym z projektowanych obiektów kompostowni. Zgodnie z PFU wykonawca ma zastosować (zamontować) jako I stopień oczyszczania takie urządzenia, które zagwarantują wysoki stopień oczyszczania powietrza z pyłów np. filtr, odpylacz (cyklon), multicyklon (separator) itp.

Jednocześnie Zamawiający wyraził wątpliwości związane z dopuszczeniem zastosowania skrubera (natryskowego) jako I stopnia oczyszczania powietrza, gdyż w odcieku usuwanym w sposób ciągły lub okresowo będzie zawarta znaczna ilość pyłów. Natomiast istniejąca podczyszczalnia odcieków (obiekt nr 701), oparta na technologii odwróconej osmozy, nie jest przystosowana do oczyszczania ścieków zanieczyszczonych mechanicznie lecz tylko chemicznie. Stąd zrzut odcieków ze skrubera z dużą zawartością pyłów na podczyszczalnię zablokuje (unieruchomi) jej pracę i uszkodzi filtry i membrany półprzepuszczalne.

Zamawiający w podsumowaniu dopuścił zastosowanie skrubera jako I stopień oczyszczania powietrza, pod warunkiem przedstawienia przez wykonawcę w koncepcji rozwiązań techniczno-technologicznych szczegółowego sposobu (opisu urządzeń) oczyszczania odcieku ze skrubera z zanieczyszczeń mechanicznych wraz z określeniem gwarantowanej jakości odcieku po oczyszczeniu oraz opisu odbioru wydzielonego z odcieku pyłu (łatwy odbiór i wywóz).

Odnośnie treści koncepcji w ofercie A. N. w zakresie systemu pomiaru wilgotności materiału wewnątrz komór Izba ustaliła, że:

- opis sprowadza się do jednego zdania, z którego nie wynika ani zadeklarowanie, że za pomocą sond zostanie zapewniony pomiar wilgotności w całej objętości złoża, ani sposób realizacji tego wymagania przy pomocy tych sond, których producenta i typ podano w pkt 4 tabeli nr 3 {str. 42 i 62 oferty};
- do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie był w stanie przedstawić szczegółowego opisu rozwiązania pomiaru wilgotności w całej objętości złoża, a jedynie hipotetyczne potwierdzenie, że układ zbudowany z takich sond mógłby umożliwiać wyznaczenie wilgotności objętościowej badanego ośrodka w całej jego objętości {pismo p.t. „Opinia” z 23 czerwca 2017 r. – złożone na rozprawie przez Odwołującego};
- ani producent, ani zamawiający (na którego powołała się A. N.) nie twierdzą, ani nie

potwierdzają, że ten typ sondy służy lub może posłużyć do pomiaru wilgotności w całej objętości złoża {oświadczenie producenta z 23 czerwca 2017 r., oświadczenie jednego z zamawiających wskazanych jako eksploatujący zaoferowane rozwiązanie datowane na 22 czerwca 2017 r. – złożone na rozprawie przez Odwołującego A. N.};

– według dokumentacji producenta wskazanego typu sondy jest ona przeznaczona do pomiarów wilgotności objętościowej gleby {Instrukcja obsługi z lutego 2014 r., ulotka produktowa – złożone na rozprawie przez Zamawiającego};

– producent dopuszcza zastosowanie tego typu sondy w kompoście jedynie na odpowiedzialność użytkownika {wskazane powyżej oświadczenie producenta z 23 czerwca 2017 r.}.

Odnośnie treści Koncepcji w ofercie I. W. w zakresie systemu pomiaru wilgotności materiału wewnątrz komór Izba ustaliła, że:

– opis sprowadza się do zadeklarowania realizacji systemu wykorzystującego stałą dielektryczną, chyba że na etapie realizacji inwestor zdecyduje się na pomiar za pomocą mierników mikrofalowych oraz zaznaczeniu pod kątem kryterium oceny ofert z pkt 1 c i.d.w., że pomiar ten będzie możliwy nie tylko w całej masie kompostowanego w komorach materiału, ale będzie również umożliwiał pomiar wilgotności dla materiału wsadowego przed jego załadunkiem {str. 54 oferty};

– ani w tym opisie, ani w innym miejscu nie wskazano producenta i typu miernika wilgotności, który miałyby powyższe umożliwić {okoliczność bezsporna}

– do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie przedstawił szczegółowego opisu rozwiązania pomiaru wilgotności w całej objętości złoża, twierdząc, że jest to możliwe dopiero na etapie realizacji inwestycji;

Odnośnie treści Koncepcji w ofercie I. W. w zakresie systemu oczyszczania powietrza Izba ustaliła, że:

– odpylanie na I. stopniu układu opiera się na zastosowaniu odpylacza mokrego (czyli skrubera) {pkt 6.1. – str. 62 oferty; okoliczność bezsporna na rozprawie};

– nie określono gwarantowanej ilości i jakości odcieku po oczyszczeniu {okoliczność bezsporna}, nie przedstawiono szczegółowego sposobu (opisu urządzeń) oczyszczania odcieku z odpylacza mokrego z zanieczyszczeń mechanicznych oraz opisu odbioru wydzielonego z odcieku pyłu zapewniającego jego łatwy odbiór i wywóz {pkt 7.3. Wyposażenie i przyjęty sposób oczyszczania odcieków przed ich zawracaniem do procesu – str. 72 oferty}.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołania podlegają oddaleniu, gdyż w stosunku do każdej z ofert zaistniała co najmniej jedna z podstaw faktycznych wypełniająca przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla

oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Reasumując, przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej podstawy prawnej mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż jest sporządzona odmiennie niż wymagały tego postanowienia s.i.w.z. Oczywiście nie chodzi tu o postanowienia dotyczące kwestii czysto porządkowych, takich jak numeracja stron, układ graficzny, użycie formularzy przygotowanych przez zamawiającego itp. Od takich postanowień należy jednak odróżnić postanowienia s.i.w.z. o charakterze przede wszystkim formalnym, które jednak mają również decydujące znaczenie dla ukształtowania materialnej treści oferty. Zamawiający ma prawo zażądać bowiem przygotowania określonego zakresu informacji w takim układzie i zakresie, który uznaje za konieczny dla zweryfikowania merytorycznej zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Jest to szczególnie uzasadnione przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia {tak w uzasadnieniu wyroku z 8 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO, 812/12, KIO 822/12)}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty

z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obligeje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak

w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W tej sprawie, jak Izba powyżej ustaliła, Zamawiający w s.i.w.z. wyraził jednoznacznie oczekiwanie, aby poszczególne aspekty techniczne koncepcji w odniesieniu do oferowanych typów maszyn, urządzeń czy wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i konstrukcyjnych, zostały określone na tyle szczegółowo, aby miał możliwość dokonania jednoznacznej oceny, czy zapewniają możliwość spełnienia wszystkich wymagań wynikających z PFU. W odniesieniu do systemu pomiaru wilgotności materiału obie odrzucone oferty nie zawierały zażądanego sprecyzowania oferowanego rozwiązania pomiaru wilgotności, który umożliwiałby Zamawiającemu zweryfikowanie, czy zapewnia on wymagany pomiar wilgotności w całej objętości złoża znajdującego się wewnątrz komór kompostowania. Różnica pomiędzy Odwołującymi była taka, że A. N., nie deklarując nawet, że oferuje rozwiązanie zapewniające pomiar wilgotności w całej objętości złoża, wskazała typ sondy, który umożliwił Zamawiającemu dodatkowo negatywną weryfikację pod tym względem, z uwagi na jej przeznaczenie i dotychczasowe zastosowania u innych zamawiających. N. I. Kraków odmówił sprecyzowania nawet w tym zakresie treści oferty, poprzestając na deklaracjach, że oferuje rozwiązanie przekraczające wymagania minimalne. W oczywisty sposób uniemożliwiło to Zamawiającemu jakąkolwiek weryfikację spełnienia powyższego wymagania.

Analogicznie I. W. zaniechał sprecyzowania oferty w wymaganym zakresie w odniesieniu do oczyszczenia odcieku ze skrubera z zanieczyszczeń mechanicznych, choć na rozprawie nie zaprzeczał już, że zaoferował odpylanie oparte na odpylaczu mokrym. Jako spóźnione i wykraczające poza zarzut sformułowany w odwołaniu należało ocenić podjętą na

rozprawie próbę wskazania, gdzie w koncepcji sprecyzowano takie rozwiązanie. Jednocześnie Odwołujący nie zaprzeczał, że nie uczynił zadość wymaganiu, aby określić gwarantowaną ilość i jakość odcieku po oczyszczeniu.

Jak to wynika już z powyżej wyrażonego stanowiska, Izba nie podziela oceny Odwołującego I. W. jakoby wymagania Zamawiającego co do merytorycznej zawartości koncepcji realizacji zamówienia miały formalny charakter. Odwołujący przy tym błędnie utożsamia merytoryczny zakres oferty wyłącznie z tymi parametrami, które podlegały ocenie w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Z kolei wskazanie przy opisie sposobu oceny w tych kryteriach, że niespełnienie wymagań minimalnych skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie oznacza, że przepis ten nie znajduje zastosowania w przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia innych niż odnoszące się bezpośrednio do parametrów podlegających punktowaniu.

Podkreślić należy, że rozstrzygnięcie o ewentualnej możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp wykracza poza zakres kognicji Izby w tych sprawach, gdyż żadne z rozpatrywanych odwołań nie zawiera takiego zarzutu (w szczególności wskazanie na wstępie odwołania I. W. tego przepisu, bez powołania jakichkolwiek okoliczności wskazujących na czym miałyby polegać jego naruszenie przez Zamawiającego, nie stanowi takiego zarzutu). Natomiast w tej sprawie Odwołujący bezpodstawnie kwestionowali obowiązek sprecyzowania treści oferty w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w specyfikacji, której w tym zakresie w odpowiednim czasie nie zakwestionowali, a zatem stała się ona wiążąca zarówno dla Zamawiającego, jak i Odwołujących.

{zarzuty odwołań, które Izba uznała za zasadne}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla obydwu spraw:

W załączniku 4 – Wzorce koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych określającym wymaganą od wykonawców zawartość koncepcji, w szczególności wskazano, że Koncepcja powinna także zawierać obliczenia bilansowe przepływu masowego i objętościowego (pkt 1.) oraz rysunki (rzuty i przekroje) proponowanych rozwiązań technologicznych i konstrukcyjnych (pkt 5.) {str. 57 i.d.w.}.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na pytanie nr 209 mogły zostać odczytane, po pierwsze – jako wprowadzające wymóg złożenia protokołu z badań

wyłącznie w przypadku osiągnięcia maksymalnie dopuszczanego 2,5% spadku ciśnienia, po drugie – jako dopuszczenie tego dokumentu jako jednego ze sposobów potwierdzenia przez wykonawcę osiągnięcia deklarowanego poziomu spadku ciśnienia. Na taką ocenę ma również wpływ okoliczność, że wprowadzenie nowego sposobu potwierdzenia spełniania jednego z kluczowych wymagań powinno zostać wyraźnie wyodrębnione jako zmiana specyfikacji, a nie jako jedna z wielu odpowiedzi w ramach wyjaśnień treści s.i.w.z.

Niezależnie od powyższego Izba podziela stanowisko Odwołujących (szeroko uargumentowane w odwołaniu A. N.), że taki dokument ma charakter potwierdzenia informacji już zawartej w treści Koncepcji, a zatem typem dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp.

Powyższe ustalenie jest również adekwatne dla żądania wskazania danych zamawiających, u których zastosowano wskazane w Koncepcji rozwiązania technologiczne dotyczące technologii instalacji do stabilizacji tlenowej, co miało służyć potwierdzeniu nieprototypowego charakteru tych rozwiązań {str. 59 i.d.w.}.

Oдноśnie zawartości oferty A. N. Izba ustaliła, że odnośnie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór w Tabeli nr 3 3, lp. 9 {str. 63 oferty} wskazano dwa miejsca uprzedniego zastosowania oferowanego rozwiązania.

Oдноśnie zawartości oferty I. Warszawa Izba ustaliła, że odnośnie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór załączona do Koncepcji lista referencyjna wybranych instalacji nie zawiera informacji odnośnie systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór w tych instalacjach {str. 98-99 oferty}.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że do Koncepcji AK N. nie załączono wykazu zrealizowanych instalacji w odniesieniu do systemu napowietrzania. Na rozprawie Zamawiający nie był nawet w stanie rzeczowo odnieść się do zarzutu odwołania w tym zakresie.

Zamawiający nie ma podstaw, aby egzekwować od Odwołujących, z których żaden nie zadeklarował maksymalnie dopuszczanego spadku ciśnienia na wylocie z systemu napowietrzania, złożenia protokołu z badań potwierdzających osiągnięcie takiego wyniku. W tym przypadku znajduje zastosowanie wypracowana w orzecznictwie reguła, że niejasności i nieścisłości specyfikacji nie mogą działać na niekorzyść wykonawców, którzy

działają w zaufaniu do postanowień, które im jednoznacznie zakomunikowano. Zamawiający nie dochował obowiązku jednoznacznego i wyraźnego wskazania wykonawcom, że zmienia zakres dokumentów żądanych na potwierdzenie zadeklarowanego spadku ciśnienia.

Ponadto z uwagi na ustalony powyżej charakter wykazu instalacji, w których zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne, wykaz załączony przez I. W. podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp o brakujące informacje.

Powyższe naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp. nie miały jednak wpływu na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, gdyż oferty Odwołujących i tak podlegały odrzuceniu, a postępowanie unieważnieniu.

W konsekwencji należy uznać, że nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp, zwłaszcza że odwołania nie zawierają żadnych odrębnych okoliczności w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w każdej ze spraw orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Ponadto stosownie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego w każdej ze spraw poniesione przez niego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: