

WYROK

z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawcę **Z..... D....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z..... D....., 87-600 Lipno, Górna 20a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Boćki, 17-111 Boćki, ul. Plac Armii Krajowej 3**

przy udziale wykonawcy **A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Technika” A..... B....., 10-165 Olsztyn, ul. Artyleryjska 12,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Boćki, 17-111 Boćki, ul. Plac Armii Krajowej 3 i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Z..... D....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z..... D....., 87-600 Lipno, Górna 20a tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza od **Gminy Boćki, 17-111 Boćki, ul. Plac Armii Krajowej 3** na rzecz wykonawcy **Z..... D....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z..... D....., 87-600 Lipno, Górna 20a** kwotę **13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Boćki”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Boćki (dalej *zamawiający*) wykonawca Z..... D....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z..... D..... (dalej *odwołujący*) zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) (dalej *ustawa Pzp*):

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, iż opisy techniczne oferowanych urządzeń nie spełniają wszystkich cech równoważności, jakie określił zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej *SIWZ*), tj.:
 - w zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków opisanych w pkt c) SIWZ (str. 2) urządzenia oferowane nie spełniają wymogu minimalnej pojemności reaktora tj. 3,5 m³, a jedynie pojemność 3 000 litrów oraz minimalnej pojemności części biologicznej, tj. 1,35 m³ a jedynie 0,75 m³,
 - w zakresie przydomowych oczyszczalni opisanych w pkt b) SIWZ (str.2) nie spełniony został parametr minimalnej objętości złoża biologicznego w reaktorze, tj. 1,2 m³ a jedynie 0,75 m³ oraz wymóg podziału reaktora na komory,
 - w zakresie oczyszczalni opisanych w pkt a) SIWZ (str. 2) niespełniony został warunek badania przepustowości hydraulicznej dla osadnika dwukomorowego OS-P03-3000 i osadnika jednokomorowego OS-P03-3000 w zakresie wymogów wynikających z normy PN-EN 12566-1:2004/A1:2006 dla osadników gnilnych;
2. art. 87 ust. 1, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;
3. art. 26 ust. 3 i 4, poprzez jego niezastosowanie i brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia cech równoważności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania i dopuszczenia do badania i oceny,
3. powtórzenia czynności wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów przez precyzyjne sformułowanie, iż chodzi o dokumenty, z których wynikałoby spełnienie

przez oferowane urządzenia konkretnych cech równoważności,

4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie do wymogu minimalnej pojemności reaktora, tj. 3,5 m³ odwołujący oświadczył, że już na etapie składania oferty wykazał równoważność proponowanych przez siebie urządzeń w załączonym do oferty Opisie Technicznym w części dotyczącej oczyszczalni jednozbiornikowej (str. 7):

„1 strefa - osadnik gnilny - pojemność 2150 litrów”

„2 strefa - bioreaktor - pojemność 1350 litrów...”, co - w ocenie odwołującego oznacza, że łączna pojemność reaktora to 3500 litrów, a więc tyle, ile wymagał zamawiający (str. 4 SIWZ).

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 30 kwietnia 2013 roku o odrzuceniu jego oferty zamawiający powołał się na cennik producenta, w którym widnieje przekrój oczyszczalni EUROMATIC-ST 6 w oparciu o zbiornik 3000 litrów, jednak odwołujący do przetargu zaproponował oczyszczalnie ścieków EUROMATIC-ST 6 zbudowane w oparciu o zbiornik 3500 litrów (informacja ta była zamieszczona w Opisie Technicznym). Podniósł, że zamawiający powołał się na cennik, który nie był częścią jego oferty i opisuje inną oczyszczalnię, zaś rysunek zamieszczony w cenniku jest jedynie rysunkiem poglądowym.

W odniesieniu do wymogu minimalnej objętości złoża biologicznego odwołujący ocenił, że zamawiający dwuznacznie podał ww. przyczynę odrzucenia oferty - zamawiający podał, że nie został spełniony parametr minimalnej objętości złoża biologicznego, a następnie, że wg wymagań zamawiającego minimalna pojemność części biologicznej winna wynosić 1,35 m³. Odwołujący wskazał, że pojemność części biologicznej jest to wielkość zbiornika, w którym zachodzą procesy tlenowe, zaś objętość złoża biologicznego jest to złożo biologiczne, które stanowi zawartość jednej z komór zbiornika w którym zachodzą procesy tlenowe. Zdaniem odwołującego zamawiający napisał o dwóch różnych parametrach. Odwołujący podał, że zamawiający w dokumentacji przetargowej napisał: „... 15 szt. oczyszczalni pracujących w technologii osadnika fermentacyjnego i zanurzonego złoża biologicznego z napowietrzaniem mechanicznym (1 zbiornik 2-komorowy) oraz odprowadzeniem ścieku oczyszczonego do gruntu poprzez rozsączacz tunelowy. Oczyszczalnia ta składa się z jednego zbiornika o pojemności 3500 litrów podzielonego wewnątrz przegrodą na dwie części technologiczne: osadnik wstępny

o pojemności 2150 l oraz część biologiczną o pojemności 1350 l.....". Odwołujący oświadczył, że w przedmiotowym przetargu zaoferował oczyszczalnię jednozbiornikową EUROMAT1C-ST 6 o przepustowości $0,9\text{m}^3/\text{d}$ zbudowaną w oparciu o zbiornik 3500 litrów. Podał, że na etapie składania oferty wykazał równoważność ww. urządzeń w opisie w części dotyczącej oczyszczalni jednozbiornikowej, który został załączony do oferty: „...1 strefa - osadnik gnilny - pojemność 2150 litrów, 2 strefa - bioreaktor - pojemność 1350 litrów...” Podniósł, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia powołał się na cennik, który nie jest częścią oferty, a zawarte w nim informacje nie są niewiarygodne, ponieważ nie ma tam informacji dotyczących pojemności części biologicznej, a umieszczony w cenniku rysunek, na który powołuje się zamawiający jest rysunkiem poglądowym.

W odniesieniu do minimalnej objętości złoża biologicznego w reaktorze odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (str. 4) oraz odpowiedzią na pytanie 5 udzieloną przez zamawiającego, zgodnie z którą minimalna objętość czynna złoża biologicznego wynosi odpowiednio dla oczyszczalni jednozbiornikowej o przepustowości $0,9\text{ m}^3/\text{d} = \text{min. } 1\text{ m}^3$, zaś dla hybrydowej o przepustowości od $0,9\text{m}^3 - 18\text{m}^3/\text{d} = 1,2\text{m}^3$, w przedmiotowym przetargu zaoferował oczyszczalnię o ww. parametrach dotyczących minimalnej objętości złoża, tj. EUROMATIC - ST 6 w wersji jednozbiornikowej, gdzie minimalna objętość czynna złoża biologicznego wynosi 1 m^3 oraz EUROMATIC - ST 6 o przepustowości $0,9\text{ m}^3/\text{d}$ i EUROMATIC - ST 10 o przepustowości $1,5\text{ m}^3/\text{d}$, gdzie minimalna objętość czynna złoża biologicznego wynosi $1,2\text{m}^3$. Wskazał, że informacje te podał w Opisie Technicznym (str. 4 i 5), który załączył do oferty. Podniósł, że jeśli zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości winien wezwać odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, tymczasem wezwał odwołującego jedynie do wskazania typu oferowanego urządzenia. Ponownie wskazał, że zamawiający odrzucając jego ofertę powołał się na przekrój oczyszczalni EUROMATIC-ST z cennika, który nie jest częścią oferty, a ponadto nie ma tam informacji o objętości złoża biologicznego. Zdaniem odwołującego oznacza to, że zamawiający powołuje się na urządzenia, które nie były przez niego oferowane w przedmiotowym przetargu.

W odniesieniu do niewykazania podziału reaktora na komory oświadczył, że zaoferował oczyszczalnię dwuzbiornikową EUROMATIC-ST 6 oraz EUROMATIC+ST 10 zbudowane z osadnika jednokomorowego oraz bioreaktora dwukomorowego (komora złoża biologicznego + komora osadu czynnego). Oceniał, że już na etapie składania ofert wykazał równoważność w Opisie Technicznym (str.5). Podniósł ponownie, że jeśli zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości, to winien wezwać odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, tymczasem wezwał odwołującego jedynie do wskazania typu oferowanego

urządzenia.

Podkreślił, iż żaden cennik nie był częścią jego oferty, a nadto - zgodnie z treści art. 71 kodeksy cywilnego - cennik nie stanowi oferty. Dodał, że producent oferowanych urządzeń posiada w swojej ofercie ponad 20 typów urządzeń, które mogą być rozbudowywane, stąd w cenniku znajduje się jeden, przykładowy i poglądowy rysunek bez podanych parametrów technicznych.

W odniesieniu do warunku badania przepustowości hydraulicznej dla osadnika dwukomorowego OS-P03-3000 i osadnika jednokomorowego OS-P03-3000 w zakresie wymogów wynikających z normy PN-EN 12566-1:2004/A1:2006 dla osadników gnilnych odwołujący wskazał, że norma PN-EN 12566-1:2004/A1:2006 wymaga, aby przepustowość hydrauliczna badana była w oparciu o najmniejszą wielkość (str. 8), w związku z czym zgodnie z wymaganiem tej normy w zakresie badania przepustowości hydraulicznej przebadano najmniejszą wielkość, tj. osadnik OS-P02-2000.

Wskazał następujące wymagania normy (str. 8):

Wymagania	Modele do badania	
	Każdy model z rodziny	Model reprezentatywny dla rodziny
1. • Wymiary główne	X	
• Wloty, wyloty i połączenia	X	
• Możliwość dostępu	X	
2. Wodoszczelność	X	
3. Objętość	X	
4. Wytrzymałość konstrukcji		X (1)
5. Przepustowość hydrauliczna		X (2)

W celu przeprowadzenia oceny wyroby można grupować w rodziny.

UWAGA 1 Zazwyczaj do badania wybiera się największą wielkość.

UWAGA 2 Zazwyczaj do badania wybiera się najmniejszą wielkość”.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonanie przedmiotowego badania osadników zostało wykazane na podstawie załączonego do oferty Protokołu badania nr ewidencyjny 274/70/IO/BT/AO/B sporządzonego przez Jednostkę Notyfikowaną: TUV SUD Czech s.r.o. nr 1017.

W odniesieniu do zrzutu niewłaściwego zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że pismem z dnia 18 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał go, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do sprecyzowania typu wyrobu

budowlanego, który poza oznaczeniem literowym będzie zawierać również oznaczenie cyfrowe, ponieważ przedstawiony opis techniczny tego nie precyzuje.

Wyjaśnił, że w piśmie z dnia 22 kwietnia 2013 roku odpowiedział, iż zaoferował oczyszczalnie w wersji jednozbiornikowej typoszereg EUROMATIC typ EUROMATIC-ST 6 oraz EUROMATIC typ EUROMATIC-ST 10. Wskazał, że zamawiający dysponując powyższymi informacjami badał równoważność zaoferowanych oczyszczalni w oparciu o bliżej nieokreślony cennik producenta EURO PLAST zawierający rysunek reaktora" (str. 4 i 5 zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Odwołujący po raz kolejny podkreślił, że żaden cennik producenta nie stanowił elementu jego oferty. Podniósł, że jeśli zamawiający miał wątpliwości w zakresie spełniania przez oferowane oczyszczalnie cech równoważności, to winien, na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, w ramach wyjaśnień poprosić o złożenie dokumentów potwierdzających równoważność oferowanych oczyszczalni.

Powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2009 r. o sygn. akt KIO 436/09, zgodnie z którym „na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. żądając złożenia wyjaśnień, Zamawiający nie może dopuścić do jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty, natomiast może żądać złożenia, w ramach wyjaśnień. dokumentów będących w granicach możliwości wykonawcy i potwierdzających równoważność oferowanych materiałów”.

Wskazał też, że ewentualnie zamawiający winien zwrócić się o wyjaśnienia precyzując, iż prosi o wyjaśnienia kwestii związanych z konkretnymi cechami równoważności, co do których spełniania przez oferowane urządzenia nie był pewny. Podniósł, że zamawiający poprosił jedynie o wskazanie typu proponowanych oczyszczalni, aby następnie ocenić spełnianie kryteriów równoważności w oparciu o dokumenty nie stanowiące oferty odwołującego i dodatkowo odwołujące się do zupełnie innych oczyszczalni niż oferowane.

Wskazał wreszcie, że zamawiający mógł również zwrócić się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów w celu potwierdzenia, iż oferowane przez niego przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają kryteria równoważności stawiane przez SIWZ.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy z dnia 6 maja 2013 r. (w tym załączonej do odwołania normy PN-EN 12566-1:2004/A1), odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 20 maja 2013 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 9 *Zestawienie ofert* Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną, tj. 2 142 200,00 zł (ceny pozostałych 6 wykonawców, którzy złożyli oferty: 2 399 999,00 zł, 2 555 448,00 zł (cena ofertowa przystępującego uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą), 2 791 973,31 zł, 3 214 236,00 zł, 3 242 956,50 zł, 4 175 850,00 zł), co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (część XI pkt 2 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – druk ZP-PN,
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal *SIWZ*),
3. oferty odwołującego,
4. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2013 r.,
5. odpowiedzi odwołującego z dnia 22 kwietnia 2013 r. na wezwanie, o którym mowa w pkt 4,
6. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30 kwietnia 2013 r.,
7. *Opinii dotyczącej oceny spełnienia przez oferowane urządzenia wymaganych przez zamawiającego kryteriów równoważności określonych w specyfikacji przetargowej do*

przetargu publicznego w Gminie Boćki z dnia 2 maja 2013 r., złożonej na posiedzeniu przez odwołującego.

Zarzuty:

1. bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego w zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków opisanych w części I lit. c SIWZ z tego powodu, że urządzenia oferowane przez odwołującego nie spełniają wymogu minimalnej pojemności reaktora.
2. bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego w zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków opisanych w części I lit. b SIWZ z tego powodu, że nie został spełniony parametr minimalnej objętości złoża biologicznego w reaktorze oraz wymóg podziału reaktora na komory.
3. bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego w zakresie oczyszczalni opisanych w części I lit. a SIWZ z tego powodu, że nie został spełniony warunek badania przepustowości hydraulicznej dla osadnika dwukomorowego OS-PO3-3000 i osadnika jednokomorowego OS-PO3-3000 w zakresie wymogów wynikających z normy PN-EN 12566-1:2004/A1 dla osadników gnilnych.
4. niewłaściwego zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zwraca uwagę, że rolą Izby, w ślad za uprawnieniem wykonawcy wynikającym z przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, jest ocena zgodności czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp, ewentualnie ocena zaniechań czynności, do których podjęcia zamawiający jest na podstawie tejże ustawy zobowiązany.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie o sygn. akt KIO 1079/13 odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia oferty odwołującego, której zamawiający przypisał uzasadnienie prawne i faktyczne w konkretnym brzmieniu. Tym samym Izba w ramach rozpoznania tej sprawy ocenić miała prawidłowość odrzucenia oferty odwołującego wyłącznie w świetle treści zawiadomienia. Skład orzekający Izby poczynił powyższą uwagę wstępną ze względu na treść odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, w której doszukać się można próby rozszerzenia podstaw odrzucenia oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił, że odpowiadając na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 18 kwietnia 2013 roku do sprecyzowania typu wyrobu budowlanego, który poza oznaczeniem literowym będzie zawierać również oznaczenie cyfrowe, odwołujący, w piśmie z dnia 22 kwietnia 2013 roku podał, że zaoferował oczyszczalnię w wersji jednozbiornikowej typoszereg EUROMATIC typ EUROMATTC-ST 6 oraz EUROMATIC typ EUROMATIC-ST 10.

Na podstawie zawiadomienia zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30 kwietnia 2013 r. skład orzekający Izby ustalił także, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podał, że:

1. odwołujący zaoferował urządzenia równoważne w stosunku do urządzeń, jakie zawierała dokumentacja projektowa,
2. załączone do oferty odwołującego opisy techniczne urządzeń równoważnych nie spełniają wszystkich cech równoważności,
3. odwołujący zaoferował urządzenie EUROMATIC typ EUROMATIC-ST 6, co zamawiający ustalił na podstawie odpowiedzi odwołującego z dnia 22 kwietnia 2013 r. udzielonej na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2013 r.,
4. na podstawie cennika producenta urządzeń EURO-PLAST zamawiający ustalił, że zaoferowana przez odwołującego oczyszczalnia to oczyszczalnia, w której pojemność reaktora wynosi 3000 litrów, podczas gdy ustanowiony przez zamawiającego wymóg to 3,5 m³,
5. na podstawie cennika producenta urządzeń EURO-PLAST zamawiający stwierdził, że objętość złoża biologicznego wynosi około 0,75 m³, podczas gdy ustanowiony przez zamawiającego wymóg to 1,35 m³,

Z opisanego powyżej zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w wyniku porównania parametrów oczyszczalni odczytanych przez siebie z cennika producenta oczyszczalni (parametrów, które zamawiający samodzielnie przyporządkował zaoferowanym przez odwołującego urządzeniom) z parametrami/wymogami wskazanymi w postanowieniach części I SIWZ. Tymczasem przesłanką uzasadniającą odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest wyłącznie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co oznacza niedopuszczalność zastępowania danych/parametrów oferty danymi/parametrami uzyskanymi przez zamawiającego z innych źródeł. Podkreślić należy, że zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w ogóle nie wskazał, jakie parametry odczytał z treści oferty odwołującego, a jedynie że opisy techniczne załączone do oferty odwołującego „nie spełniają wszystkich cech równoważności”. Skład orzekający Izby nie kwestionuje prawa zamawiającego do weryfikacji prawdziwości oświadczeń odwołującego

w ofercie, w tym z wykorzystaniem dokumentów przekazanych mu przez przystępującego na etapie badania i oceny ofert, jednak za niedopuszczalne uznaje pozbawienie odwołującego możliwości złożenia wyjaśnień co do treści jego oferty w sytuacji, gdy konsekwencją tego zaniechania może być przekreślające szansę na uzyskanie przez wykonawcę zamówienia odrzucenie złożonej przez niego oferty. Ocena zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ może być i w tym przypadku powinna być uzupełniona o wyjaśnienia wykonawcy, nad którym „wisi” zagrożenie odrzucenia oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. W przedmiotowym stanie faktycznym oznacza to, że zamawiający korzystając z informacji (informacji kwestionujących zgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ) innego wykonawcy, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (z informacji konkurenta), powinien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści jego oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający skorzystał z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jedynie w odniesieniu do sprecyzowania typu wyrobu budowlanego, co w okolicznościach sprawy skład orzekający Izby uznaje za niewystarczające.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że przywołane przez zamawiającego powody odrzucenia oferty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, a weryfikacja treści oferty odwołującego winna być przez zamawiającego dokonana z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez wyjaśnienie w tym trybie wszelkich wątpliwości zamawiającego, w tym tych, których źródłem jest cennik producenta EURO-PLAST, tj. producenta oferowanych przez odwołującego oczyszczalni. Żądając wyjaśnień od odwołującego zamawiający winien sprecyzować, które cechy równoważności budzą jego wątpliwości i dlaczego.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że nie został spełniony warunek badania przepustowości hydraulicznej dla osadnika dwukomorowego OS-PO3-3000 i osadnika jednokomorowego OS-PO3-3000 w zakresie wymogów wynikających z normy PN-EN 12566-1:2004/A1 dla osadników gnilnych zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że nie został spełniony warunek badania przepustowości hydraulicznej dla osadnika dwukomorowego OS-PO3-3000 i osadnika jednokomorowego OS-PO3-3000 zamawiający wskazał, że zgodnie z normą PN-EN 12566-1:2004/A1 badanie powinno być dokonane dla

każdego typu wyrobu. Na rozprawie zamawiający przyznał, że jeśli chodzi o przepustowość hydrauliczną, to powinien być przebadany jeden model z rodziny.

Wobec powyższego stanowiska zamawiającego, wynikającej z ww. normy możliwości wyboru do badania, w przypadku wymagania przepustowości hydraulicznej, modelu reprezentatywnego z rodziny o najmniejszej wielkości, a także braku podstaw do kwestionowania zaliczenia do tej samej rodziny osadników jednokomorowych i dwukomorowych (tak osadników OS-PO3-3000, jak i OS-PO2-2000) skład orzekający Izby uznał, że odwołujący uczynił zadość wymaganiom SIWZ, poddając ocenie osadnik OS-PO2-2000 i przedstawiając wyniki tego badania jako odnoszące się również do osadników OS-PO3-3000.

Zarzuty:

1. zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia cech równoważności na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
2. zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp
nie zasługują na uwzględnienie.

Na podstawie części I SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* – str. 3, skład orzekający Izby ustalił, że:

1. zamawiający dopuścił materiały i urządzenia równoważne, tj. takie które posiadają parametry jakościowo-techniczne nie gorsze od wskazanych w SIWZ, STWiOR i projekcie budowlanym; w przypadku zaoferowania przez wykonawcę takich materiałów i urządzeń zamawiający zobligował wykonawcę do załączenia do oferty dokumentów potwierdzających parametry urządzeń równoważnych oraz wyliczeń dotyczących parametrów oczyszczonych ścieków potwierdzających osiągnięcie nie gorszych poziomów wymaganych i określonych przez zamawiającego w projekcie,
2. w przypadku gdy wykonawca powoła się na system jakościowy równoważny obowiązkiem wykonawcy było wskazanie dowodu równoważności, który należało dołączyć do oferty,
3. zamawiający podał, co będzie brał pod uwagę oceniając rozwiązania równoważne (rodzaj materiału, z którego wykonane są zbiorniki, rodzaj technologii, parametry zbiorników, stopień redukcji zanieczyszczeń w ściekach oczyszczonych).

Z powyższych ustaleń wynika, że zamawiający nie sprecyzował, jakie dokumenty powinni złożyć wykonawcy składający ofertę równoważną. Innymi słowy, zamawiający pozostawił w tym zakresie wykonawcom dowolność.

Abstrahując nawet od oceny charakteru dokumentów, jakie wedle własnego wyboru złożyli wykonawcy w celu potwierdzenia równoważności cech zaoferowanych urządzeń, materiałów czy „systemu jakościowego” (tj. czy są to dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, czy też stanowią treść oferty), skład orzekający Izby uznał, w wyniku konfrontacji powyższych postanowień SIWZ z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym mowa o oświadczeniach i dokumentach wymaganych przez zamawiającego, że zamawiający nie był w stanie w wezwaniu wskazać żadnych konkretnych dokumentów, ponieważ ich nie sprecyzował, nie przesądził w postanowieniach SIWZ. Z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wywodzi się konieczność dochowania przez zamawiającego precyzji i jednoznaczności tego wezwania, powiązana z dopuszczalnością jedynie jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełniania dokumentu. W swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała na to, że wezwanie nie czyniące zadość wymogowi precyzyjności nie wywołuje skutku.

Tym samym uznać należy, że zamawiający nie mógł wezwać odwołującego do uzupełnień w zakresie dokumentów potwierdzających równoważność oferty, a w konsekwencji że nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z tych samych względów uznać także należy, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ wezwanie do złożenia wyjaśnień może odnosić się wyłącznie do dokumentów uprzednio sprecyzowanych przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ.

W wyniku uznania zasadności zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i ponowienie czynności badania i oceny oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Pozytywny wynik powtórnego badania i oceny oferty odwołującego będzie oznaczać konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, ponieważ koniecznym będzie także ponowienie badania i oceny pozostałych niepodlegających odrzuceniu ofert. Negatywny wynik tej oceny będzie natomiast oznaczał utrzymanie pierwotnego wyboru.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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: