

WYROK

z dnia 27 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r. przez PRO-MET H. K..... i Wspólnicy Spółka jawna w Koźminie Wielkopolskim, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Poraj w Poraju,

przy udziale K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Remontowo-Budowlany KAR-BUD K..... P.....” w Częstochowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Poraj w Poraju unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez PRO-MET H. K..... i Wspólnicy Spółka jawna w Koźminie Wielkopolskim i dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę oczyszczalni ścieków dla miejscowości Zarki Letnisko i Masłońskie oraz kolektora odprowadzającego ścieki oczyszczone do rzeki Warty z uwzględnieniem wyżej wymienionej oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Gminie Poraj w Poraju i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PRO-MET H. K..... i Wspólnicy Spółka jawna w Koźminie Wielkopolskim tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Gminy Poraj w Poraju na rzecz PRO-MET H. K..... i Wspólnicy Spółka jawna w Koźminie Wielkopolskim kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Częstochowie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Poraj w Poraju, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę oczyszczalni ścieków dla miejscowości Zarki Letnisko i Masłońskie oraz kolektora odprowadzającego ścieki oczyszczone do rzeki Warty. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 28.09.2012 r. pod nr 370422.

W dniu 04.12.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu oferty złożonej przez PRO-MET H. K..... i Wspólnicy Spółka jawna w Koźminie Wielkopolskim (zwanej dalej „Pro-Met”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 10.12.2012. r. Pro-Met wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego;
2. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;
3. z ostrożności procesowej - art. 30 ust. 5 ustawy poprzez uniemożliwienie odwołującemu wykazania równoważności zaoferowanych urządzeń;
4. z ostrożności procesowej - art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanych parametrów urządzeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W odwołaniu wskazano m.in.:

„[...]”

1. W dniu 4 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający wskazał, że PRO-MET zaoferował wykonanie reaktora biologicznego jako obiektu budowlano-kubaturowego na placu budowy, w sytuacji gdy dokumentacja techniczna zakłada zastosowanie gotowego urządzenia typu AHS 480/264 produkcji ZUT „AGH” Poznań lub równoważnego. Dodatkowo Zamawiający uznał przedstawioną przez Odwołującego specyfikację techniczną wykonania reaktora biologicznego za nie równoważną, gdyż nie przewiduje ona badania radiologicznego spawów jako formy ich kontroli. Na podparcie swojej decyzji Zamawiający przedstawił wywód w zakresie wykazywania przez wykonawcę równoważności zaoferowanych urządzeń.

2. Decyzja Zamawiającego jest wadliwa, ponieważ reaktor biologiczny zawsze jest obiektem budowlano-kubaturowym, powstałym w wyniku robót budowlanych. Prawo budowlane w art. 3 pkt 3, zawierającym definicję budowli, wskazuje jednoznacznie, że oczyszczalnia ścieków jest budowlą [...]. Zresztą, sam Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako roboty budowlane oraz opisał go w sposób wymagany przez ustawę PZP dla robót budowlanych. Gdyby reaktor biologiczny był gotowym urządzeniem a do wykonania zamówienia wystarczyłaby jego dostawa i zainstalowanie, to niniejsze postępowanie byłoby zakwalifikowane jako dostawa, a nie roboty budowlane (art. 6 ust. 2 ustawy Pzp). Wobec tego nie jest możliwe zastosowanie gotowego urządzenia. Zawsze reaktor biologiczny musi być zbudowany na placu budowy, z wykorzystaniem komponentów.

3. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do SIWZ. W żadnym z tych dokumentów nie wskazał jednak, że reaktor biologiczny ma być gotowym urządzeniem. Zatem argumentacja Zamawiającego,

uzasadniająca odrzucenie oferty PRO- MET, nie ma żadnego pokrycia w treści tych dokumentów. Świadczy o tym chociażby fakt, że Zamawiający uzasadniając swoją decyzję w zakresie pierwszego z zarzutów nie odwołał się do treści tych dokumentów.

4. Tymczasem, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1071/11 z natury przetargu nieograniczonego wynika, że wszystkie wymagania, które ma spełniać oferta, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, ustalone w SIWZ przez siebie warunki, egzekwuje dokładnie w sposób, w jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularza oferty i załączników stanowiących jego integralną część, które łącznie określają treść zaoferowanego świadczenia i nie mogą ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od jakichkolwiek ustalonych w SIWZ wymagań. Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić (Sygn. akt: KIO 2007/12 WYROK z dnia 5 października 2012 roku).

5. Należy także podnieść, że SIWZ winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy należy czytać w sposób dosłowny, pozbawiony pola do domysłów i dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1533/12).

6. Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby odpowiadał on jego wymaganiom. Jednakże decyzja Zamawiającego świadczy o kreowaniu nowych wymagań na

etapie oceny ofert, niemożliwych zresztą do spełnienia przez żadnego z wykonawców, co stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp. Nie jest możliwe dostarczenie gotowego reaktora. Reaktor musi być zbudowany, tzn. musi powstać w wyniku robót budowlanych. Efekt w postaci gotowego reaktora uzyskuje się w wyniku procesu jego budowy, prowadzonego w miejscu lokalizacji inwestycji. Nie ma możliwości, aby reaktor był dostarczony jako gotowe urządzenie i jedynie zainstalowany.

7. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie żądał od wykonawców, aby załączyli do oferty jakiegokolwiek dokument przedmiotowy potwierdzający, że roboty budowlane odpowiadają jego wymaganiom. Oczywiście takiego dokumentu mógł żądać (pod warunkiem, że znalazłoby to odzwierciedlenie w treści SIWZ) na podstawie § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”. Wobec tego Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta PRO-MET jest sprzeczna z treścią SIWZ. Zresztą Zamawiający nie wskazał na treść oferty czy dokumentów w jej skład wchodzących, która świadczyłaby o jej niezgodności z SIWZ.

8. Pismem z dn. 8 listopada 2012r. Zamawiający wezwał PRO-MET do dostarczenia szczegółowej charakterystyki technicznej zaproponowanych urządzeń wraz z opisem. Dokument taki nie był wymagany w postępowaniu, mimo tego Odwołujący dokument taki złożył, ponieważ treść jego oferty jest zgodna z SIWZ. Do złożenia takiego dokumentu zostali wezwani także wszyscy pozostali wykonawcy. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że przedstawiona charakterystyka techniczna nie przewiduje badania radiologicznego spawów jako formy ich kontroli. Tymczasem jak zostało to wyraźnie zapisane w wezwaniu, uzupełniany dokument odnosić się miał do charakterystyki technicznej zaproponowanych urządzeń. Kontrola radiologiczna spawów nie jest parametrem technicznym urządzeń, który powinien być dochowany, lecz czynnością którą należy wykonać w toku prowadzonych robót budowlanych. Stanowi ona potwierdzenie (lub nie), że roboty, a konkretnie połączenie elementów reaktora zostało wykonane należycie, zgodnie z zasadami

sztuki. Jest to element zobowiązania umownego pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą - zobowiązanie do przeprowadzenia kontroli wykonanych spawów. Odwołujący akceptując treść SIWZ i składając ofertę, zobowiązał się do wykonania także i tej czynności.

9. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika wniosek, że oprócz wskazanych spawów Zamawiający nie ma zastrzeżeń, co do równoważności urządzeń zaproponowanych przez PRO-MET.

10. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że jeżeli Zamawiający zdecydował się na decyzję o tak daleko idących skutkach, jak odrzucenie oferty Odwołującego, to powinien wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający nie wymagał jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, które potwierdzałyby równoważność. Natomiast w przypadku przedstawionej w ramach wyjaśnień charakterystyki technicznej nie skonkretyzował swoich wymagań, aby możliwe było powzięcie wiedzy, że Zamawiający oczekuje potwierdzenia nie tylko parametrów technicznych, ale także wykonania niektórych innych czynności - badania radiologicznego spawów. Co istotne, w uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający rozwija argumentację w zakresie wykazywania równoważności. Wynika z tego, że w ocenie Zamawiającego PRO-MET nie zastosował urządzeń równoważnych w stosunku do wskazanych. W takiej sytuacji wezwanie do wyjaśnień jest jedyną możliwością dla wykonawcy, aby bronić swojej oferty w razie, gdy zamawiający poweźmie w tym zakresie wątpliwości. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 436/09, Izba zważyła: [...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Według pkt 3 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja techniczna, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót i przedmiary.

W Dokumentacji technicznej – branża budowlana, w pkt 2.2. „Wymagania dotyczące materiałów i urządzeń”, w tiret 21 (str. 100) wskazano: „reaktor AHS 480/264 produkcji AGH Poznań (zbiorniki komór niedotlenionych, tlenowych, stabilizacji osadu, cztery osadniki wtórne) lub równoważny”.

W ww. dokumentacji, w rozdz. „Reaktor” (str. 106) wskazano:

„Dla konfiguracji reaktora biologicznego wraz z osadnikami wtórnymi zastosowano typowe zbiorniki stalowe produkcji ZUT AGH Poznań. Projekt dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych spełniających następujące założenia:

- wymiary zgodne z wytycznymi projektu branży technologicznej,
- materiał: stal St3SX,
- minimalna grubość ściany: reaktor 8 mm, osadnik 6 mm,
- minimalna grubość dna 10 mm,
- powierzchnia zbiorników oczyszczona do stopnia czystości min St 2 Vz wg PN-ISO 8501-1; powierzchnia sucha pozbawiona soli, tłuszczu i kurzu,
- powierzchnia stalowa zabezpieczona (zagruntowana) farbą epoksydową do czasowej ochrony (EPIWELD lub równoważna):
 - a) grubość pojedynczej powłoki 20 p.m,
 - b) grubość pojedynczej warstwy 60 jam,
 - c) liczba warstw 1,
- zabezpieczenie antykorozyjne farbą EPICOAL 92 lub równoważną:
 - a) farba epoksydowo-bitumiczna, tiksotropowa, dwuskładnikowa. Powłoka odporna na działanie rozcieńczonych kwasów i alkaliów, ścieków komunalnych oraz agresywnych czynników atmosferycznych,
 - b) powierzchnia stalowa uprzednio zagruntowana do czasowej ochrony sucha i pozbawiona zanieczyszczeń. Miejsca przekorodowań , uszkodzeń mechanicznych i termicznych oraz miejsca obniżonej przyczepności powłoki do podłoża winny być oczyszczone do stopnia czystości min St 3 wg PN-ISO a powłoka farby podkładowej zszorstkowana mechanicznie,
 - c) grubość pojedynczej powłoki 150 um,
 - d) grubość pojedynczej warstwy 260 \xm,
 - e) liczba warstw 3,

Po zmontowaniu zbiorników na terenie oczyszczalni należy poddać spoiny badaniom radiologicznym”

W pkt 3 ppkt 4 SIWZ wskazano, iż w przypadku wskazania materiałów lub urządzeń konkretnych producentów, zamawiający „*dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie materiałów równoważnych o parametrach technicznych nie gorszych niż określone w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót*”.

W piśmie z dnia 10.10.2012 r. stanowiącym wyjaśnienie treści SIWZ, w odpowiedzi na pytania wykonawców nr 5, 11, 22 – 25, zamawiający wskazał, iż „*dopuszcza rozwiązania równoważne, spełniające parametry techniczne określone w dokumentacji technicznej, przedmiarach i STWiOR zastosowanych urządzeń. W ofercie należy udowodnić równoważność zastosowanych urządzeń. W przypadku stwierdzenia, że zastosowane rozwiązania nie są równoważne Zamawiający odrzuci ofertę i uzna ją za nieważną.*”

Wymagania sformułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określające treść oferty i zakres informacji w jej ramach wymagany, zawarto w pkt 7 „Zawartość oferty – oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania”, gdzie w pkt 7.1 wskazano: *wypełniony formularz ofertowy (wg załączonego wzoru – zał. nr 1).*

W ww. wzorze formularza ofertowego oprócz wymogów co do oznaczenia wykonawcy, wymagano podania informacji i zaciągnięcia zobowiązań w następującym zakresie:

„[...]”

I. Nawiązując do ogłoszonego przetargu w trybie- przetarg nieograniczony na: Budowa oczyszczalni ścieków dla miejscowości Żarki Letnisko i Masłońskie oraz kolektora odprowadzającego ścieki oczyszczone do rzeki Warty.

Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za :

cena brutto (słownie:.....)

cena netto: podatek VAT

1. Oświadczamy, że podana cena zawiera wszystkie koszty prac i materiałów koniecznych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia wg opisu podanego w SIWZ
2. Przyjmujemy termin realizacji zamówienia - do 30.06.2014 r.
3. Okres gwarancji i rękojmi - zgodnie z umową.
4. Oświadczamy, że zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty
5. Warunki płatności - - zgodnie z umową
6. Oświadczamy, że zakres prac przewidzianych do wykonania jest zgodny z zakresem objętym w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
7. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznajemy się za związanych określonymi w niej zasadami postępowania, przyjęliśmy zawarte w niej warunki i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do właściwego przygotowania oferty.
8. Akceptujemy warunki określone w projekcie umowy
9. Oświadczamy, że uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
10. W przypadku wybrania naszej oferty firma zobowiązuje się do:
 - zawarcia umowy w terminie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego,[...]"

Postanowienia pkt 14 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” do merytorycznej zawartości oferty się nie odnosiły.

Natomiast w pkt 19 SIWZ „Informacje o formalnościach jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” wskazano, iż „*Wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany będzie do:*

1. *dostarczenia zamawiającemu kosztorysu ofertowego (szczegółowego) opracowanego na podstawie dokumentacji załączonej do SIWZ.”*

Pismem z dnia 08.11.2012 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Pro-Met do dostarczenia szczegółowej charakterystyki technicznej zaproponowanych urządzeń wraz z opisem, wskazując urządzenia, których jego pismo dotyczy (m.in. reaktora biologicznego).

Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie czy ww. urządzenia wycenione przez wykonawcę są zgodne z SIWZ, a także wskazał, że przedkładane dokumenty „powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 09.11.2012 r. Pro-Met przedstawiła zamawiającemu charakterystykę i dokumenty dotyczące urządzeń, które zamierza dostarczyć i zamontować (zbudować) w ramach wykonywania niniejszego zamówienia, a także atesty, procedury i standardy, które stosuje. Oświadczone m.in., iż reaktor biologiczny jako obiekt budowlano-kubaturowy zostanie wykonany na placu budowy zgodnie ze specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową (karta 1054 dokumentacji przekazanej przez zamawiającego) oraz opisano reaktor biologiczny (karta 957 i n.). W dokumencie „Charakterystyka budowli”, w pkt 6 „Oględziny zewnętrzne połączeń spawnych”, ppkt 6.3. podano „Badania radiograficzne lub ultradźwiękowe dla zbiornika nie są wymagane”.

W piśmie z dnia 04.12.2012 r. stanowiącym informację o odrzuceniu oferty odwołującego podano:

„[...]”

Treść oferty musi być zgodna z treścią specyfikacji, a zatem musi odpowiadać wszystkim zawartym w niej wymogom merytorycznym, m.in. zawierać wszystkie, prawidłowe pod względem treści dokumenty, dokumentować fakt spełniania merytorycznych warunków zawartych w specyfikacji, czy też odnosić się do zawartego w specyfikacji przedmiotu zamówienia.

Przyczyną odrzucenia oferty Wykonawcy P.P.U. „PRO-MET „, H. K..... i wspólnicy Sp. J. z postępowania jest to, że:

Oferta złożona przez P.P.U. „PRO-MET „ H. K..... i wspólnicy Sp. J. zakłada wykonanie reaktora biologicznego jako obiektu budowlanego - kubaturowego na palcu budowy. Jest to niezgodne z dokumentacją techniczną, która zakładała zastosowanie gotowego urządzenia typ AHS 480/264 produkcji ZUT „AGH" Poznań lub równoważnego. Dodatkowo przedstawioną w trybie późniejszym specyfikację techniczną wykonania reaktora biologicznego należy uznać za nie równoważną, gdyż nie przewiduje ona badania radiologicznego spawów jako formy ich kontroli. Jest to niezgodne z zapisami specyfikacji technicznej, która w rozdziale STS-01.02 w pkt 2.2. strona 106 mówi wyraźnie: „ Po zmontowaniu zbiorników na terenie oczyszczalni należy poddać spoiny badaniom radiologicznym." Z uwagi zatem na powyższe zgodnie z art. 89 p.z.p oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego PRO - MET H.Kobusiński i wspólnicy sp. j. podlega odrzuceniu.

Zamawiający wskazał w SIWZ, iż dopuszcza rozwiązanie równoważne spełniające parametry techniczne określone w dokumentacji technicznej, przedmiarach i STWiOR zastosowanych urządzeń (co jest wymogiem w świetle art. 30 ust. 4 ustawy pzp). W każdym przypadku, kiedy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Należy jednak podkreślić, że to na wykonawcy -powołującym się na rozwiązania równoważne - ciąży wykazanie dowodu, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane zgodne są z wymaganiami zamawiającego. Udowodnienie jednak niezbędne jest już na etapie składania ofert.

Jednocześnie jeżeli wobec oferentów zastosowano już na etapie składania ofert wymóg udowodnienia równoważności zastosowanych rozwiązań (taki zapis jest w SIWZ) to nie spełnienie tego wymogu (nie udowodnienie, że zastosowane rozwiązanie, instalacja, urządzenie jest równoważne z preferowanym przez zamawiającego) powoduje odrzucenie oferty danego oferenta. [...]"

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis

art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz 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 tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego

zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

Następnie, wskazać można na przyjmowane na rynku zamówień publicznych w dokumentach przetargowych, generalnie dwa odmienne sposoby konstruowania ofert (przy stosowaniu całego spektrum wariantów mieszanych i pośrednich).

W jednym wypadku zamawiający wymagają jedynie podania ceny oraz zaciągnięcia ogólnego zobowiązania do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ (czy to przez sam fakt złożenia oferty na wykonanie zamówienia w odpowiedzi na konkretne warunki przetargowe, czy przez złożenie odrębnej deklaracji w tym zakresie). W innym, żądane jest, podanie w ofercie, co konkretnie w ramach realizacji danego zamówienia zostanie wykonane, dostarczone, w jaki sposób, w jakim okresie... *etc.* (np. przez wskazanie w ofercie konkretnych urządzeń, opisanie sposobu wykonania zamówienia, załączenie do oferty kosztorysów lub tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp... *etc.*).

W pierwszym z ww. wariantów na treść oferty, tzn. na zakres wynikającego z niej zobowiązania wykonawcy, składa się jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Wykonawca nie wskazuje w ofercie i nie zobowiązuje się do konkretnego świadczenia, ale pozostawiona mu zostaje pełna swoboda realizacji zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Do czasu realizacji zamówienia, a często nawet w jego trakcie (w zależności od kształtu umowy w sprawie zamówienia), może dowolnie zmieniać przedmiot swojego świadczenia, poruszając się przy tym w ramach wymagań SIWZ, nie zmieniając przez to treści oferty i zaciągniętego w niej zobowiązania. Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z SIWZ, nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z art. 82 Pzp zamawiającemu.

Taki kształt ofert przewidywany jest np. często w przetargach na długotrwałe dostawy prostego sprzętu informatycznego, gdzie ze względu na szybki postęp na rynku wyrobów tego typu, zasadne i racjonalne jest niezwiązywanie się przez złożenie oferty określeniem konkretnych, będących przedmiotem dostawy urządzeń, ale zapewnienie pełnej elastyczności realizowanych sukcesywnie dostaw.

Inną zaletą przyjęcia takiego kształtu składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia ofert, jest znikome ryzyko ich odrzucenia ze względu na błędy wykonawców związane z ich przygotowaniem – w takim przypadku bardzo rzadko treść oferty, ze względu na jej prostotę i niewielki zakres podawanych tam informacji, jest niezgodna z SIWZ. Wadą powyższego może być natomiast przenoszenie ewentualnego sporu, co do zgodności przedmiotu ewentualnego świadczenia z SIWZ – który jako nieopisany w ofercie, nie może zostać zweryfikowany w trakcie oceny ofert – na etap realizacji zamówienia, kiedy to przyjęty przez wykonawcę sposób wykonania zamówienia okaże się niezgodny z SIWZ, a więc i z jego zobowiązaniem ofertowym, a umowa w sprawie zamówienia zostanie wykonana nienależycie.

Natomiast w drugim z opisanych przypadków, wykonawca już od chwili złożenia i otwarcia oferty, w której opisał i sprecyzował swoje świadczenie, będzie zobowiązany do wykonania zamówienia zgodnie ze swoją ofertą, a jej treść, również w zakresie zawartego w niej opisu świadczenia, będzie podlegała ocenie pod względem zgodności z SIWZ w trakcie badania i oceny ofert, ze wszelkimi tego konsekwencjami.

Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu, zarówno co do zakresu zobowiązania (przedmiotu zamówienia), jak i sposobu jego wyrażenia i potwierdzenia w ofercie.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim

oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe należy przede wszystkim wskazać na znaczenie powoływanych postanowień przedmiotowej SIWZ (szczególnie treści wzoru formularza ofertowego) odnoszących się do sposobu opisu zobowiązania, które wykonawcy składając ofertę w ramach niniejszego postępowania zaciągali i do potwierdzenia jego zgodności (zgodności przedmiotu oferty) z wymaganiami zamawiającego.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż zamawiający w swoim dokumencie przetargowym przyjął pierwszy z opisywanych wyżej wariantów konstruowania oferty – nie wymagał w ofercie dokładnego opisu i dookreślenia, co jest jej przedmiotem, ale wymagane, ofertowe zobowiązanie wykonawcy ukształtował li tylko przez odniesienie do swojej SIWZ. Wykonawcy w ofercie zobowiązywali się więc tylko do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nic więcej w treści oferty nie musiało się znaleźć.

Jak słusznie wskazał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, *treść oferty musi być zgodna z treścią specyfikacji, a zatem musi odpowiadać wszystkim zawartym w niej wymogom merytorycznym, m.in. zawierać wszystkie, prawidłowe pod względem treści dokumenty, dokumentować fakt spełniania merytorycznych warunków zawartych w specyfikacji, czy też odnosić się do zawartego w specyfikacji przedmiotu zamówienia.* Zamawiający nie podał niestety żadnych tego typu wad oferty. Nie wskazał w jakim punkcie i zakresie treść oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, jakich dokumentów potwierdzających spełnianie

merytorycznych warunków specyfikacji w niej brakuje lub w jaki sposób i w jakim zakresie nie odnosi się ona do opisu przedmiotu zamówienia.

W treści oferty brak jest jakichkolwiek wskazań odnośnie wykonania reaktora biologicznego jako obiektu budowlanego - kubaturowego na palcu budowy ani zastrzeżenia, iż badania radiologiczne spawów nie zostaną wykonane. Nie ma w niej również żadnych informacji na temat równoważności oferowanych urządzeń, czy też w ogóle informacji o tym jakie urządzenia są oferowane.

Wskazane i opisane przez zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty w istocie nie odnoszą się do niezgodności treści złożonej oferty, ale usiłują wykazać niezgodność pisma odwołującego z dnia 09.11.2012 r. z treścią SIWZ.

Jak już wyżej wskazano, nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Pismem z dnia 08.11.2012 r. zamawiający w istocie nie zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty, która pozostawała jasna i zakresowo zamknięta i dookreślona, a także zgodna z SIWZ, ale poprosił wykonawcę o przedstawienie jego ewentualnych planów związanych z realizacją zamówienia. Przez przedstawienie tego typu wyjaśnień wykonawca nie mógł natomiast zmienić treści swojego zobowiązania wyrażonego w ofercie, które pozostaje w mocy i ciągle obliguje go do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż w ofercie odwołującego nie występują żadne ze wskazanych przez zamawiającego w informacji z dnia 04.12.2012 r., niezgodności z treścią SIWZ, które zakwestionowano w odwołaniu.

Izba oceniła dowody przedkładane przez strony, a następnie stwierdziła, że nie mają one znaczenia dla zapadłego rozstrzygnięcia – Izba nie orzekła o okolicznościach podnoszonych przez strony, które nie odnoszą się do treści złożonej oferty i tym samym do jej zgodności bądź niezgodności z treścią SIWZ. W szczególności Izba nie orzekła o zgodności nieformalnych planów wykonawcy, grzecznościowo przedstawionych zamawiającemu, co do sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia – z wymaganiami zamawiającego (a zwłaszcza z interpretacjami zamawiającego, co do wymaganego w SIWZ zakresie równoważności urządzeń innych niż wskazane w projekcie, a także sposobu potwierdzania takiej równoważności – w ofercie brak jakichkolwiek informacji o oferowaniu urządzeń równoważnych i dowodzenia takiej równoważności). Przy tym kształcie wymaganego zobowiązania ofertowego, ewentualne spory w tym zakresie, rozstrzygnięte zostaną

dopiero na etapie kontraktowania lub realizacji przedmiotowego zamówienia, o ile strony swoje stanowiska podtrzymają i zechcą je egzekwować.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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: