

WYROK
z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2021 r. przez odwołującego: **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKAN-PRO K. M. z siedzibą w Zambrowie** (Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Dobryczyce** (Wolności 8, 97-505 Dobryczyce),

przy udziale wykonawcy: **INWEMER Partner sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** (ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKAN-PRO K. M. z siedzibą w Zambrowie** (Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Dobryczyce** (Wolności 8, 97-505 Dobryczyce) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w piśmie z dnia 16 marca 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Dobryczyce w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Dobryczyce”, numer sprawy: 271.1.13.2020”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 77337541-2020 z dnia 29.12.2020 r. Wnoszący odwołanie wykonawca (Odwołujący) – K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO K. M. z Zambrowa zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych przepisów pozostających w związku z art. 7 ust. 1 Pzp w tym:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na jego bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ, ze względu na rzekome niespełnienie przez oferowane oczyszczalnie parametru minimalnego określonego w pozycji:
 - 1) nr 2 tabeli do ust. 2.2.3 PFU (str. 12) - tj. zaoferowania dla gospodarstw 6-osobowych typu oczyszczalni niespełniającego parametru minimalnej przepustowości dobowej na poziomie 1,3 m³/d (która to niezgodność została wskazana w pozycji nr 1 Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 1 1.03.2021 r.), podczas gdy w ramach złożonej oferty Odwołujący dla gospodarstw 6-osobowych przewiduje zastosowanie oczyszczalni M-BOŚ PLUS 12 spełniających ww. parametr minimalny, a ponadto w dokumentacji Postępowania Zamawiający nie przewidział obowiązku wskazywania przez wykonawcę, jakie typy oczyszczalni zostaną zastosowane w konkretnych gospodarstwach,
 - 2) nr 2 tabeli do ust. 2.2.3 PFU (str. 12) – tj. wykazania na podstawie złożonej w dniu 25.02.2021 r. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dalej również: „DTR”) minimalnej przepustowości dobowej oczyszczalni M-BOŚ PLUS 6, a jedynie maksymalną oraz uznania, że oczyszczalnia M-BOŚ PLUS 12 nie spełnia parametru minimalnej przepustowości (która to niezgodność została wskazana w pozycji nr 2 Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11.03.2021r.), podczas gdy w treści Zawiadomienia o odrzuceniu Zamawiający sam wskazał, że przez minimalną przepustowość dobową rozumie przepustowość nie mniejszą niż odpowiednio 0,75 m³/d (dla gospodarstw 1-5 użytkowników) oraz 1,3 m³/d (dla gospodarstw 1-5 użytkowników), w związku z czym zaoferowane przez Odwołującego oczyszczalnie M-BOŚ PLUS 6 oraz

M-BOŚ PLUS 12 spełniają ww. parametr minimalny (co wynika bezpośrednio z Dokumentacji Techniczno-Ruchowej oferowanych oczyszczalni, złożonej w dniu 25.02.2021r. na wezwanie Zamawiającego), a ponadto, w ramach określonego parametru minimalnego Zamawiający wymagał łącznie potwierdzenia, że przepustowość dobową będzie wynosiła nie mniej niż odpowiednio 0,75 m³/d (dla gospodarstw 1-5 użytkowników) oraz 1,3 m³/d (dla gospodarstw 1-5 użytkowników), bez określania zakresów minimalnych i maksymalnych przepustowości dobowej oczyszczalni,

- 3) nr 3 tabeli do ust. 2.2.3 PFU (str. 12) - tj. zaoferowania dla gospodarstw 6-osobowych typu oczyszczalni niespełniającego parametru minimalnej przepustowości godzinowej na poziomie 0,38 m³/h (która to niezgodność została wskazana w pozycji nr 3 Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 1 1.03.2021 r.), podczas gdy w ramach złożonej oferty Odwołujący dla gospodarstw 6-osobowych przewiduje zastosowanie oczyszczalni M-BOŚ PLUS 12 spełniających ww. parametr minimalny, a ponadto w dokumentacji Postępowania Zamawiający nie przewidział obowiązku wskazywania przez wykonawców, jakie typy oczyszczalni zostaną zastosowane w konkretnych gospodarstwach,
- 4) nr 2 i nr 3 tabeli do ust. 2.2.3 PFU (str. 12), podczas gdy rzekome niespełnienie ww. parametrów zostało ustalone w oparciu o treść dokumentów złożonych w dniu 25.02.2021 r., do żądania których Zamawiający nie był uprawniony na podstawie postanowień SIWZ, 5. art. 87 ust 1 ustawy Pzp (zarzut ewentualny) - zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie typów oczyszczalni stosowanych do poszczególnych gospodarstw domowych (w szczególności gospodarstwa 6-osobowych) oraz w zakresie ustalenia rzeczywistej wartości przepustowości dobowej i przepustowości godzinowej oferowanych przez Odwołującego oczyszczalni, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do wezwania o takie wyjaśnienia przed odrzuceniem oferty Odwołującego (względnie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp), oraz innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- (1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z postanowieniami SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, (2) dokonanie ponownego zbadania i oceny oferty Odwołującego w Postępowaniu i uznanie, że ww. oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ, (3) ewentualne dokonanie wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, (4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnego badania i oceny ofert.

Wykonawca wskazał, że (...) ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w SIWZ wymaganiami, prawidłowe dokonanie badania i oceny oferty Odwołującego przez Zamawiającego powinno skutkować uznaniem ww. oferty za odpowiadającą postanowieniom SIWZ oraz wyborem oferty Odwołującego jak najkorzystniejszej w Postępowaniu. Odwołujący jest uczestnikiem Postępowania i jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów oraz (wobec braku złożenia odwołania przez wykonawcę Bio Hydro System s.c. K. S. i M. S., od czynności odrzucenia jego oferty z Postępowania) została sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik Postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w Postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami PZP, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

Zamawiający w dniu 22.02.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 02.03.2021 r. dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamówienia publicznego tj. wypełnionego Załącznika nr 1 do powyższego pisma (Arkusza Oceny Ofert) wraz z przedstawieniem dokumentów zawartych w pkt 1-8 ww. załącznika (m.in. DTR). Jednocześnie w treści SIWZ nie zostało przewidziane, aby Zamawiający miał złożyć ww. dokumenty i oświadczenia przedmiotowe na którymkolwiek etapie Postępowania. Pomimo przedłożenia dokumentów zgodnie z wezwaniem, Zamawiający w dniu 11.03.2021 r. przekazał Odwołującemu Zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty z Postępowania ze względu na niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ. Zamawiający uzasadnił ww. czynność w następujący sposób: „Wykonawca na podstawie załączonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów z dnia 22.02.2021 r, nie potwierdza wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przyjętej technologii oczyszczania ścieków oraz parametrami technicznymi zawartymi w Programie funkcjonalno-użytkowym i Arkuszu Oceny Ofert potwierdzającego zgodność oferowanego produktu z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący, stwierdził, że (...) podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny i dokonania odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania, wskazując jak poniżej”.

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - punkty 1-3 odwołania

Wskazał, że Zamawiający błędnie zinterpretował treść dokumentów z dnia 25.02.2021 r., w szczególności pozycji nr 2 i nr 3 tabeli do Załącznika nr 1 do Wezwania z dnia 22.02.2021 r. - Arkusza Oceny Ofert (str. 3; dalej również: „AOO”), co ostatecznie doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania. Tymczasem, ze względu na wymagane przez Zamawiającego parametry przepustowości dobowej oraz godzinowej dla gospodarstw 6-osobowych Odwołujący zaoferował oczyszczalnię typu M-B0Ś PLUS 12 posiadającą przepustowość na poziomie 1,8 m³/d oraz 0,4 m³/h, co czyni zadość minimalnym wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Zamawiający w oparciu o wzorcową oczyszczalnię, w ust. 2.2.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (zwanego dalej: „PFU”) określił podstawowe wymagania (parametry) techniczne dotyczące projektowanych przydomowych oczyszczalni ścieków:

Podstawowe wymagania (parametry) Lp .	Parametr	Wymagania
1	Technologia oczyszczania ścieków	Niskoobciążony osad czynny z zanurzonym złożem biologicznym,
2.	Minimalna przepustowość dobową	0,75 m ³ /d - do obsługi 1 - 5 osób typ I b) 1,30 m ³ /d - do obsługi 6 - 10 osób typ II
3.	Minimalna przepustowość godzinowa	a) 0,28 m ³ /h do obsługi 1-5 osób typ I b) 0,38 m ³ /h do obsługi 6-9 osób typ II

Tymczasem Odwołujący w tabeli do rozdziału 3 Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (str. 4; dalej zwanej: „DTR”) potwierdził zaoferowanie w ramach przedmiotowego zamówienia dwóch typów oczyszczalni:

PARAMETRY OCZYSZCZALNI M.B0Ś PLUS

NAZWA	Wydajność dobową/godzinową	WYMIARY	ILO osób	TYP DMUCHAWY / MOC
M-B0Ś PLUS 6	Do 0,9 m ³ /d 0,3 m ³ /h	Φ 1,36, wys. 2,30	do 6*	Membranowa 230 V XP - 80 0,057 kW
M-B0Ś PLUS 12	0,9-1,8 m ³ /d 0,4 m ³ /h	Φ 1,76, wys. 2,10	7-12*	Membranowa 230 V XP - 80 0,057 kW

* przyjęto przy 150 l dobowego zrzutu na jednego mieszkańca.

W ramach jego oferty Odwołujący zaoferował dwa typy oczyszczalni:

- typ I - M-B0Ś PLUS 6,

- typ 2 - M-BOŚ PLUS 12.

Odwołujący podkreślił, że z treści z dokumentów złożonych przez Odwołującego dnia 25.02.2021 r., w tym Załącznika nr 1 do Wezwania z dnia 22.02.2021 r. (AOO), wynika, jakie konkretne typy zaoferowanych oczyszczalni Odwołujący będzie montował w gospodarstwa o konkretnej ilości osób. W konsekwencji w Załączniku nr 1 do Wezwania z dnia 22.02.2021 r. Odwołujący wskazał, że dla gospodarstwa 6-osobowych będzie montował oczyszczalnie M-BOŚ PLUS 12. Także podkreślił, że każdy producent zgodnie z potrzebami rynku projektuje i produkuje oczyszczalnie o różnych parametrach (w tym dotyczących przepustowości dobowej i godzinowej), z przeznaczeniem dla różnej ilości użytkowników. W okolicznościach przedmiotowej sprawy PFU zostało opracowane w oparciu o oczyszczalnie wzorcowe innego niż Odwołujący producenta, który posiada typy oczyszczalni o przepustowości odpowiedniej dla 1-5 użytkowników oraz 5-10 użytkowników. Tymczasem Odwołujący projektuje i produkuje typy oczyszczalni przeznaczone dla 1-6 użytkowników oraz 7-12 użytkowników. Odwołujący wskazał, że dla 6-osobowych gospodarstwa zaoferował w ramach swojej oferty typ oczyszczalni dla 7-12 użytkowników (M-BOŚ PLUS 12), o przepustowości czyniącej zadość wymaganiom Zamawiającego. Podał, że pozostałe parametry minimalne nie ograniczały możliwości zastosowania większej oczyszczalni dla gospodarstwa posiadającego mniejszą liczbę użytkowników. Tymczasem Zamawiający z nieuzasadnionych przyczyn błędnie uznał, że w ramach AOO Odwołujący zaoferował dla gospodarstwa 6-osobowych oczyszczalnie swojego typu 1 tj. M-BOŚ PLUS 6. Zamawiający błędnie utożsamia typy oczyszczalni wskazane przez Odwołującego z ilością użytkowników oczyszczalni w zakresie jednego gospodarstwa, podczas gdy Odwołujący dla gospodarstwa 1-5 użytkowników przyporządkował swój typ 1 oczyszczalni (tj. M-BOŚ PLUS 6), natomiast dla gospodarstwa 6-10 użytkowników przyporządkował swój typ 2 oczyszczalni (tj. M-BOŚ PLUS 12). Z uwagi na powyższe Zamawiający doszedł do błędnego wniosku wyrażonego w ostatniej kolumnie pozycji nr 1 i pozycji nr 3 Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 1 1.03.2021 r., że *„Dla gospodarstw zamieszkiwanych przez 6 osób Wykonawca powinien zaoferować typ II oczyszczalni. Oferta niezgodna w zakresie minimalnej przepustowości dobowej oczyszczalni projektowanej dla 6 osób”*. Jak już wskazywał Odwołujący takiego wniosku nie można było wyinterpretować z pozycji nr 2 i nr 3 tabeli do AOO. Wręcz przeciwnie - z tego ostatniego dokumentu wynika, że Odwołujący dla gospodarstwa 6-osobowych zaoferował oczyszczalnie M-BOŚ PLUS 12, odpowiadające parametrom technicznym Odwołującego. W konsekwencji, w okolicznościach sprawy nie wystąpiła podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej rzekomą niezgodność SIWZ. Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający w dokumentacji Postępowania (w tym w PFU) określił minimalne wymagania (parametry) dotyczące oferowanych oczyszczalni, Odwołujący przedłożył dokumenty (m.in. DTR) potwierdzające, że oferowane przez niego

oczyszczalnie M-BOŚ PLUS spełniają minimalne parametry określone przez Zamawiającego w PFU, w związku z czym potwierdził, że jego oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania zaznaczył, że również w zakresie podstawy odrzucenia w pozycji nr 2 tabeli doszło do bezpodstawnej nadinterpretacji postanowień PFU przez Zamawiającego, które miały na celu niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z Postępowania. Zamawiający w pozycji nr 2 i nr 3 tabeli do ust. 2.2.3 PFU określił parametry minimalne dotyczące odpowiednio minimalnej przepustowości dobowej oraz minimalnej przepustowości godzinowej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający opisując parametr posłużył skrótem myślowym, nie oddający rzeczywistego i praktycznego znaczenia tych parametrów. Wskazał, że: *„Przez minimalną przepustowość dobową lub godzinową w okolicznościach Postępowania, należy rozumieć w rzeczywistości przepustowość maksymalną, nie mniejszą niż określona w PFU.*

Odwołujący wskazał, że maksymalną przepustowość dobową i godzinową konkretnego typu oczyszczalni określa się przez pomnożenie ilości litrów dobowego zrzutu przyjętej na jednego mieszkańca (użytkownika) pomnożone przez ilość użytkowników oczyszczalni w ramach jednego gospodarstwa. Odwołujący przyjął, że dobową ilość litrów dobowego zrzutu przyjęta na jednego użytkownika jego oczyszczalni wynosi 150 litrów na dobę, co wynika z rozdziału 3 DTR, str. 4 (*„*przyjęto przy 150l dobowego zrzutu na jednego mieszkańca”*). 1m³/dobę stanowi równowartość 1000 litrów, w związku z czym, w przypadku oczyszczalni zaoferowanej przez Odwołującego na jednego użytkownika oczyszczalni przypada dobowy zrzut o wartości 0,115 m³/d. Mając na uwadze, że maksymalną przepustowość dobową i godzinową stanowi iloczyn ilości m³/d przypadających na jednego użytkownika pomnożona przez maksymalną ilość użytkowników oczyszczalni, Odwołujący w ramach swojej oferty zaoferował oczyszczalnie M-BOŚ PLUS 6 o rzeczywistej dobowej przepustowości maksymalnej, nie mniejszej niż 0,9 m³/d, a więc 900 litrów/dobę (150 litrów x 6 użytkowników 900 litrów), oraz M-BOŚ PLUS 12 0 o rzeczywistej przepustowości maksymalnej, nie mniejszej niż 1,8 a więc 1800 litrów/dobę (150 litrów x 12 użytkowników 1800 litrów). Zamawiający wymagał, aby zaoferowane oczyszczalnie posiadały rzeczywistą dobową przepustowość maksymalną (co Zamawiający w skrócie nazwał minimalną przepustowością), nie mniejszą 0,75 m³/d (dla gospodarstw 1-5 użytkowników) oraz nie mniejszą niż 1,30 m³/d (dla gospodarstw 6-10 użytkowników).

Z powyższego wynika, że w dobową i godzinową przepustowość oczyszczalni oferowanych przez Odwołującego (wskazana w DTR) ustalona została w sposób analogiczny, jak przepustowość oczyszczalni wzorcowej, na podstawie której określono minimalne parametry oczyszczalni w PFU (150 litrów x 5 użytkowników 750 litrów/dobę 0,75 m³/d).

Z uwagi na powyższe nie sposób – zdaniem wykonawcy - zgodzić się z twierdzeniem, aby zaoferowane przez Odwołującego oczyszczalnie były niezgodne z postanowieniem SIWZ w

zakresie określonym w pozycji nr 2 tabeli do Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 1 1.03.2021 r. Zakres przepustowości określony w DTR określa pełen zakres przepustowości w zależności od ilości użytkowników mogących korzystać z oczyszczalni danego typu (np. jeżeli oczyszczalnia dedykowana jest dla 1-5 użytkowników, a dobowy zrzut przypadający na jednego użytkownika wynosi 150 litrów, to rzeczywista dobową przepustowość będzie kształtowała się w zakresie 150l/d - 750l/d co stanowi równoważność 0,15m³/d - 0,75m³/d). Zamawiający nie określił w powyższy sposób zakresu przepustowości wymaganego zgodnie z PFU, ani nie zobowiązał wykonawców do wykazania spełnienia tego parametrów poprzez określenia zakresów przepustowości dla konkretnych typów oferowanych oczyszczalni, ale wymagał aby oferowane oczyszczalnie posiadały rzeczywistą dobową i godzinową przepustowość maksymalną nie mniejszą niż oczyszczalnie wzorcowe (co wynika z PFU) - który to parametr zostało określony przez Zamawiającego jako minimalna przepustowość dobową. W przeciwnym wypadku oznaczałoby to, że również oczyszczalnie wzorcowe, na podstawie których sporządzono PFU, nie spełniają minimalnych parametrów określonych w samym PFU. W związku z powyższym Odwołujący potwierdził zaoferowanie rozwiązań zgodnych z postanowienia SIWZ, przez co spełnił wymogi PFU dotyczące oferowanych urządzeń, a w konsekwencji jego ofertę należy uznać za zgodną z postanowieniami SIWZ, w tym PFU. Dalej podał, że Odwołujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego wymagane przez niego dokumenty, potwierdzające spełnienie przez zaoferowane oczyszczalnie wszystkich wymogów wynikających z postanowień SIWZ. Ponadto, Zamawiający mając dodatkowe wątpliwości w określonym zakresie, powinien wezwać Zamawiającego o wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący podkreślił, że prawidłowa i niebudząca wątpliwości ocena ofert w Postępowaniu powinna odbywać się w sposób kompleksowy z uwzględnieniem wszystkich informacji zawartych w ofercie i dokumentach oraz oświadczeniach składanych na wezwanie. W ocenie Odwołującego jego oferta złożona w Postępowaniu uczyniła zadość wszystkim formalnym i materialnym wymogom Zamawiającego określonym w SIWZ oraz w wyjaśnieniach treści SIWZ. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem Zamawiający przy ocenie ofert związany jest treścią SIWZ i wyjaśnień SIWZ, odrzucenie oferty dopuszczalne jest zaś tylko w sytuacji stwierdzenia jej oczywistej i niepodważalnej niezgodności z ww. wymogami.

Wykonawca wskazał, że *„Zgodnie z art. 7 ust. 1. ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie ulega wątpliwości, iż zasada ta obowiązuje Zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza także, by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert były jednakowe dla wszystkich wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający*

naruszył tę zasadę, ponieważ w wyniku wadliwego przeprowadzenia przez niego czynności oceny oferty Odwołującego uznano, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że oferta Odwołującego nie jest niezgodna z postanowienia SIWZ". Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m. in. z wyrok KIO: 2589/18; 53/19. Reasumując stwierdził, że Zamawiający wbrew powyższym wytycznym dokonał oceny przesłanych na wezwanie dokumentów w sposób nieobiektywny oraz wybiórczy mający na celu odrzucenie oferty Odwołującego z Postępowania. W związku z powyższym Zamawiający dopuścił się naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach tej sprawy doszło do bezpodstawnego, bezzasadnego i niezgodnego z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią, ze względu na rzekome niepotwierdzenie spełnienia przez oferowane oczyszczalnie parametrów określonych w pozycji nr 2 i nr 3 tabeli do ust. 2.2.3 PFU, podczas gdy niespełnienie ww. parametrów zostało ustalone w oparciu o treść dokumentów, do żądania których Zamawiający nie był uprawniony na podstawie postanowień SIWZ. Zamawiający wezwaniem z dnia 22.02.2021 r. zobowiązał Odwołującego do przesłania dokumentów w postaci wypełnionego Załącznika nr 1 do w. wezwania oraz dokumentów przedmiotowych wymienionych w treści powyższego Załącznika nr 1 (m.in. DTR, DWU itd.). Na podstawie przedstawionych w odpowiedzi dokumentów Zamawiający uznał, że oferowane przez Odwołującego oczyszczalnie nie spełniają parametrów minimalnych określonych w pozycji nr 2 i nr 3 tabeli do ust. 2.2.3 PFU. Odwołujący podkreślił, że w Zamawiający w treści SIWZ nie przewidział możliwości przedstawienia ww. dokumentów przedmiotowych na potwierdzenie zgodności oferowanych oczyszczalni z postanowieniami SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający na etapie oceny ofert nie mógł żądać złożenia tych dokumentów, a tym bardziej ustalić na ich podstawie, że oferowane oczyszczalnie nie spełniają parametrów minimalnych ustalonych przez Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Wykonawcy na podstawie dokumentów, których złożenia nie mógł wymagać stosownie do postanowień SIWZ. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, w okolicznościach sprawy za niedopuszczalne uznać należało odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie informacji wynikających z dokumentów, na podstawie których nie mogło dojść do oceny spełnienia przez oferowane oczyszczalnie parametrów minimalnych określonych w PFU. W konsekwencji Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

3. Naruszenie art. 87 ust, 1 ustawy Pzp (względnie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp).

Zdaniem wykonawcy, w okolicznościach sprawy mogło dojść również do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja Zamawiającego z Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11.03.2021 r. wskazuje, że podstawy stwierdzenia przez Zamawiającego braku spełniania przez zaoferowane oczyszczalnie parametrów określonych w pozycji nr 2 i nr 3 tabeli do ust. 2.2.3 PFU nie wynikały wprost z przedłożonych w dniu 25.02.2021 r. dokumentów, ale zostały w oparciu o treść ww. dokumentów wywnioskowane przez Zamawiającego. W związku z powyższym nie sposób uznać, że Zamawiający był uprawniony do bezpośredniego stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ i powinien poprzedzić taką czynność wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powinien wyjaśnić wątpliwości dotyczące typów oczyszczalni stosowanych do poszczególnych gospodarstw domowych (w szczególności gospodarstwa 6osobowych) oraz w zakresie ustalenia rzeczywistej wartości przepustowości dobowej i przepustowości godzinowej oferowanych przez Odwołującego oczyszczalni. Powyższe było tym bardziej uzasadnione, skoro Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, podczas gdy w ramach złożonej oferty Odwołujący zaoferował oczyszczalnie spełniające minimalne parametry PFU. Zamawiający bowiem nie tylko może, ale i powinien, ustalić, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy, a oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem Zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na temat konieczności wyjaśnienia wszelkich wątpliwości zachodzących w postępowaniu wskazał na wyroki KIO: 1926/17, 2383/17, 53/19). podkreślił, że wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste "narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Ponadto, Zamawiający powinien, a wręcz ma obowiązek skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści oferty w przypadku gdy jego zdaniem zachodzi podejrzenie niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ, co może skutkować odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z pominięciem czynności wyjaśnienia treści oferty, czym prawdopodobnie dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze fakt, że odrzucenie nastąpiło na podstawie treści dokumentów, których złożenia Zamawiający zażądał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że z uwagi na zaniechanie wezwania o wyjaśnienia w powyższym zakresie względnie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że co prawda do zaniechania wezwania o wyjaśnienia doszło w nawiązaniu do informacji stanowiących szeroko rozumianą ofertę, niemniej jednak wezwanie zostało sformułowane na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy

Pzp, w związku z powyższym wezwaniem o złożenie wyjaśnień mogło również nastąpić na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12 maja 2021r.) wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

Z analizy dokumentacji załączonej przez Wykonawcę oraz złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawca przewidział dla gospodarstw domowych 6-osobowych budowę przydomowych oczyszczalni Typu I. Powyższe oznacza, iż zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymogów stawianych przez Zamawiającego. Nie budzi bowiem wątpliwości fakt, że minimalne parametry przydomowych oczyszczalni dla gospodarstw domowych 6-osobowych zostały określone przez Zamawiającego dla przepustowości dobowej na poziomie: 1,30m³/d, zaś dla przepustowości godzinowej na poziomie 0,38 m³/h. Tymczasem ze złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wprost wynika, że dla gospodarstw domowych 6-osobowych zastosowane zostaną przydomowe oczyszczalnie Typu I — M-BOŚ PLUS 6, których minimalna przepustowość dobową wynosi 0,9m³/d, zaś minimalna przepustowość godzinowa wynosi 0,28 m³/h. Podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę jednoznacznie potwierdziły, iż zaoferowany typ I przydomowej oczyszczalni ścieków dla gospodarstw 6-osobowych nie spełnia wymogów minimalnych określonych przez Zamawiającego. Stwierdził, że nie może zgodzić się z zarzutami, z nieuzasadnionej przyczyny błędnie uznał, że Odwołujący zaoferował dla gospodarstw 6-osobowych oczyszczalnię Typu I. W świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia w piśmie z dnia 25 lutego 2021 roku, nie można w żadnym razie uznać, iż po stronie Zamawiającego mamy do czynienia z jakimkolwiek błędnym rozumieniem treści oświadczenia Wykonawcy. Jego zdanie, wykonawca podejmuje na etapie odwołania próbę konwalidowania złożonej oferty, próbując wykazywać, iż dla 6-osobowych gospodarstw domowych będzie stosował przydomowe oczyszczalnie Typu II. Modyfikacja w przedmiotowym zakresie jest niedopuszczalna. Ponieważ oświadczenie Wykonawcy oraz załączone dokumenty w swej treści były jednoznaczne, nie zachodziła więc po stronie Zamawiającego konieczność zastosowania wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, iż w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy nie budzi wątpliwości Zamawiającego, to nie ma on obowiązku wystosowania do wykonawcy wezwania, o którym mowa w tym przepisie.

Wykonawca w odwołaniu zarzuca, iż Zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentów, które zostały wskazane w wezwaniu z dnia 22 lutego 2021 roku. Zamawiający podkreślił, że w sytuacji gdy Wykonawca był przekonany o niesłuszności czynności

Zamawiającego winien był go o powyższym poinformować, jednocześnie odmawiając złożenia żądanych dokumentów. Tymczasem Wykonawca bez żadnych zastrzeżeń złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia i dopiero, gdy ocena ofert potwierdziła niespełnianie przez ofertę Wykonawcy wymogów stawianych w SIWZ, Wykonawca próbuje zdyskredytować wagę złożonych przez siebie oświadczeń.

Dalej podał, że niezrozumiałym jest dokonywana przez Odwołującego w odwołaniu próba wykładni zapisów SIWZ. Odwołujący wskazuje, iż „przez minimalną przepustowość dobową lub godzinową w okolicznościach postępowania, należy rozumieć w rzeczywistości przepustowość maksymalną, nie mniejszą niż określona w PFU”. Dokonywanie powyższej interpretacji przez Wykonawcę jest niczym nieuprawnione. Postawienie przez Zamawiającego wymogu w zakresie minimalnych parametrów oznacza, iż nie mogą być one mniejsze, na co Zamawiający wskazał również odrzucając ofertę”.

W podsumowaniu stwierdził, że przedstawione stanowisko potwierdza zasadność podejmowanych przez Zamawiającego czynności i prawidłowość dokonania odrzucenia oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca INWEMER Partner sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim wskazując w szczególności:

(...)

W ocenie Przystępującego zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 16 marca 2021 r. nie zasługują na uwzględnienie. Stosownie do pkt 3.5.1 SIWZ: „W ramach przedmiotu zamówienia planuje się realizację:

- 25 przydomowych oczyszczalni o minimalnej przepustowości 0,75 m³/d — do obsługi 1 - 5 osób - Typ I
- 5 przydomowych oczyszczalni o minimalnej przepustowości 1,30 m³/d — do obsługi 6-10 osób - Typ II

Natomiast, jak słusznie zauważył Zamawiającym przedstawiona przez Odwołującego oferta nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji przetargowej, co oznacza niezgodność oferty z treścią SIWZ. Powyższe uzasadniało odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Mianowicie Zamawiający wymagał by minimalna przepustowość oczyszczalni dla 6 osób wynosiła 1,30 m³/d, natomiast wykonawca EMKAN —PRO K. M., zaoferował dla 6 osób oczyszczalnie o przepływie do 0,9 m³/d (DTR str. 4.). Ponadto Odwołujący zaoferował dla 6 osób oczyszczalnie o przepustowości od 0,9 do 1,8 m³/d., przy wymaganej minimalnej przepustowości 1,3 m³/d (DTR str. 4). Ostatecznie Zamawiający wymagał by minimalna przepustowość godzinowa wynosiła:

Dla 1-5 osób - 0,28 m³/h - typ I

Dla 6— 10 osób - 0,38 m³/h —typ II.

Złożona oferta jest niezgodna w zakresie minimalnej przepustowości godzinowej oczyszczalni projektowanej dla 6 osób (DTR str. 4) bowiem przepustowość godzinowa dla 6 osób to 0,3 m³/d, a nie jak oczekiwał Zamawiający 0,38 m³/h.

Dodatkowo oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ również z innej przyczyny, nie wskazanej w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 11.03.2021r. Zamawiający w PFU wymagał: *„Projektowana oczyszczalnia ścieków składa się ze zbiornika w kształcie stożka, wykonanego z włókna szklanego i żywicy poliestrowej, stanowiącej obudowę zewnętrzną”*. (tak str. 9 PFU). Oferowana przez Odwołującego oczyszczalnia, zgodnie z zapisami zawartymi w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej wykonana jest z PE *„Wszelkie procesy i operacje zachodzą w jednym zbiorniku monolitycznym wykonanym z PE”*. (DTR strona 6 akapit drugi). Z powyższego wynika, że oferowana oczyszczalnia nie spełnia warunków zawartych w dokumentacji przetargowej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 16 marca 2021 r. Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Tak jak wskazał Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 11 marca 2021 r. oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jej treść bowiem nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca na podstawie załączonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów z dnia 22.02.2021 r. nie potwierdził wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przyjętej technologii oczyszczania ścieków oraz parametrami technicznymi zawartymi w Programie funkcjonalno-użytkowym i

Arkusza Oceny Ofert. Zamawiający ustalił prawidłowo niezgodność parametrów oferowanych z wymogami PFU - jak w poniższej tabeli:

Parametr	Wymagania Zamawiającego wg PFU	Parametry oferowane przez Wykonawcę	UWAGI
Minimalna przepustowość dobową	0,75 m ³ /d - dla 1 -5 osób typ I 1,30 m ³ /d - dla 6- 10 osób typ II tj. wymagana minimalna przepustowość dla 6 osób to 1,30 m ³ /d	0,9 m ³ /d - dla I - 6 osób - typ I 1,80 m ³ /d - dla 7 - 12 osób - typ II tj. oferowana przepustowość dla 6 osób - to 0,9 m ³ /d	Dla gospodarstw zamieszkiwanych przez 6 osób Wykonawca powinien zaoferować typ II oczyszczalni. Oferta niezgodna w zakresie minimalnej przepustowości dobowej oczyszczalni projektowanej dla 6 osób.
Minimalna przepustowość dobową	0,75 m ³ /d - dla 1-5 osób typ I 1,30 m ³ /d - dla 6- 10 osób — typ II minimalna tj. nie mniejsza niż,	Zgodnie z zapisami DTR, str.4: typ 1 - DO 0,9 m ³ /d typ 11-0,9- 1,8 m ³ /d	Oferta niezgodna w zakresie minimalnej przepustowości dobowej. Dla typu I oczyszczalni, DTR nie wskazuje minimalnej przepustowości, a jedynie maksymalną. Dla typu II oczyszczalni DTR wskazuje przepustowość niezgodną z wymaganiami Zamawiającego.
Minimalna przepustowość godzinowa	0,28 m ³ /h dla 1-5 osób typ I 0,38 m ³ /h dla 6-10 osób typ II tj., wymagana minimalna przepustowość dla 6 osób to 0,38 m ³ /h	0,3 m ³ /h dla 1-6 osób - typ I 0,4 m ³ /h dla 7-12 osób - typ II łożę oferowana przepustowość dla 6 osób to 0,3 m ³ /h	Oferta niezgodna w zakresie minimalnej przepustowości godzinowej oczyszczalni projektowanej dla 6 osób.

Z powyższego wynika, że przedstawiona oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w dokumentacji, co oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (które nie podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp) i uzasadniło odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Według Arkusza oceny (...) wykonawca przewidział dla gospodarstw domowych 6-osobowych budowę przydomowych oczyszczalni Typu I, co nie spełnia wymagań PFU. Minimalne parametry przydomowych oczyszczalni dla gospodarstw domowych 6-osobowych zostały określone przez Zamawiającego dla przepustowości dobowej na poziomie: 1,30m³/d, zaś dla przepustowości godzinowej na poziomie 0,38 m³/h. Ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wynika, że dla gospodarstw domowych 6-osobowych zastosowane zostaną przydomowe oczyszczalnie Typu I — M-BOŚ PLUS 6, których minimalna przepustowość dobową wynosi 0,9m³/d, zaś minimalna przepustowość godzinowa wynosi 0,28 m³/h. Tym samym wskazane w tabeli dane potwierdzają, że zaoferowany przez Odwołującego Typ I przydomowej oczyszczalni ścieków dla gospodarstw 6-osobowych nie spełnia wymogów minimalnych. W świetle zatem oświadczenia złożonego

przez wykonawcę w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia w piśmie z dnia 25 lutego 2021 r. nie można zgodzić się, że po stronie Zamawiającego mamy do czynienia z błędnym rozumieniem treści oświadczenia wykonawcy. Niewątpliwie wykonawca na etapie odwołania podjął próbę konwalidowania złożonej oferty, próbując wykazywać, że dla 6-osobowych gospodarstw domowych będzie stosował przydomowe oczyszczalnie Typu II. Modyfikacja w przedmiotowym zakresie jest niedopuszczalna. Izba stwierdza także, że oświadczenia Wykonawcy oraz załączone dokumenty w swej treści były jednoznaczne i nie zachodziła po stronie Zamawiającego – jak podnosił - konieczność zastosowania wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy nie budzi wątpliwości Zamawiającego, to nie ma on obowiązku wystosowania do wykonawcy wezwania, o którym mowa w tym przepisie.

Wykonawca w odwołaniu zarzuca, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentów, które zostały wskazane w wezwaniu z dnia 22 lutego 2021 roku. Odnośnie tego stanowiska Izba stwierdza, że Zamawiający prawidłowo zauważył, że w sytuacji gdy wykonawca był przekonany o niesłuszności wezwania miał prawo o powyższym poinformować zamawiającego, jednocześnie odmawiając złożenia żądanych dokumentów. Wykonawca bez zastrzeżeń złożył wymagane dokumenty i wyjaśnienia. Natomiast w sytuacji, gdy ocena ofert potwierdziła niespełnianie przez ofertę wykonawcy wymagań SIWZ, wykonawca podejmuje próbę zdyskredytowania wagi złożonych przez niego oświadczeń i ich konwalidację.

Tym samym wobec powyższych ustaleń zarzuty podnoszone w odwołaniu należało uznać za niezasadne.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła art. 575 nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....