

WYROK

z dnia 5 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r.

przez wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARWOWSKI-LIPA” sp. j. z siedzibą w Gołdapi**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości Frączkowo* (nr postępowania ZGKiM.162.8.2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Barciany – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Barcianach**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” S.A. z siedzibą w Suwałkach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty „Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego KARWOWSKI-LIPA” sp. j. z siedzibą w Gołdapi, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Barciany – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Barcianach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARWOWSKI-LIPA” sp. j.**

z siedzibą w Gołdapi tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminę Barciany – Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Barcianach** na rzecz **odwołującego: Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego KARWOWSKI-LIPA” sp. j. z siedzibą w Gołdapi** kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Barciany – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Barcianach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości Frączkowo* (nr postępowania ZGKiM.162.8.2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 kwietnia 2013 r. pod nr 120896-2013, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.barciany.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.393.343,53 zł, co stanowi równowartość 595.418,33 euro

15 maja 2013 r. Zamawiający wysłał listem Odwołującemu: „Przedsiębiorstwu Budownictwa Ogólnego KARWOWSKI-LIPA” sp. j. z siedzibą w Gołdapi – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

22 maja 2013 r. (pismem z 21 maja 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie rozpatrzenia równoważności proponowanych rozwiązań pod względem technicznym oraz niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 7 ust. 1 – przez dokonanie oceny oferty Odwołującego bez zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego „PRESS” S.A. Suwałki.
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych

i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający swoją decyzję uzasadnił tym, że nie uznaje zaproponowanego przez odwołującego rozwiązania równoważnego ponieważ:

1. *technologia znacząco odbiega od uzgodnionej i zawartych w decyzjach i postanowieniach*
2. *technologia znacząco odbiega od zaprojektowanej oczyszczalni ścieków co wpływa na zmianę zagospodarowania działki powodując istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego*
3. *brak znaku CE lub B na wyrobach budowlanych*
4. *Oferent proponuje osadnik wstępny V-30m³, na podstawie decyzji środowiskowej osadnik wstępny V-42m³.*

Zdaniem Odwołującego podane podstawy odrzucenia oferty są niezasadne z następujących powodów:

ad 1.

W decyzji o ustaleniu lokalizacji celu publicznego, której treść Zamawiający zamieścił w uzasadnieniu odrzucenia oferty, istnieje zapis, że oczyszczalnia składa się m. in. ze złoża biologicznego typu „BIOCLERE” B415, a więc konkretnej, wybranej firmy. Oferta Odwołującego nie przewiduje budowy złoża biologicznego typu „BIOCLERE” B415, gdyż jest ofertą równoważną, opartą o urządzenia innej firmy, tj. TRAUDENIS.

ad 2.

Technologia rozwiązania równoważnego wpływa na zagospodarowanie działki w ten sposób, że zmniejsza ilość i wielkość przewidzianych do wbudowania zbiorników, co wpłynie na korzystniejsze zagospodarowanie działki pod względem funkcjonalnym i architektonicznym. W złożonej ofercie Odwołujący zobowiązał się do wykonania zmiany projektu zagospodarowania działki (w przypadku takiej konieczności) w ramach oferowanej ceny ryczałtowej zadania.

ad 3.

Wyroby budowlane przeznaczone do wbudowania w ramach rozwiązania równoważnego oraz pozostałe materiały posiadają znaki CE lub B. Wymóg ten jest w budownictwie wymogiem oczywistym, a Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie wymagał przedłożenia takich dokumentów.

ad 4.

Osadnik wstępny V-30m³ jest elementem urządzenia jakim jest biologiczna oczyszczalnia ścieków zaproponowanym jako rozwiązanie równoważne w technologii oczyszczania ścieków (certyfikat urządzenia w załączeniu). Gabaryty urządzenia równoważnego, spełniającego założone w projekcie warunki osiągnięcia efektu oczyszczania ścieków, są różne w stosunku do projektowanej oczyszczalni ścieków, ale nie mogą one

decydować o braku równoważności.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający w treści SIWZ przewidział, że do rozpatrzenia równoważności może powołać biegłego. Natomiast z treści otrzymanego uzasadnienia nie wynika, że decyzja o odrzuceniu oferty została podjęta na podstawie opinii biegłego. W ocenie Odwołującego uzasadnienie nie wskazuje na przeszkody techniczne proponowanego rozwiązania równoważnego, które uniemożliwiałyby uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego. Takimi przeszkodami mogłyby być w tym konkretnym przypadku: brak założonego efektu oczyszczania ścieków, wyższe koszty eksploatacji, w tym zużycia energii elektrycznej czy zatrudnienia. Tymczasem w ofercie Odwołujący wykazał, że koszty eksploatacji będą niższe w stosunku do rozwiązania projektowego, a efekt oczyszczania ścieków będzie wyższy. W opinii Odwołującego brak w uzasadnieniu odrzucenia oferty uwag dotyczących efektu i kosztów eksploatacji wskazuje na to, że te elementy zostały przez Zamawiającego zaakceptowane. Stąd Odwołujący wnioskuje, że powodem odrzucenia jego oferty jest tylko i wyłącznie zastosowanie urządzeń ciągu technologicznego innego producenta, niż przewiduje to dokumentacja projektowa.

Odwołujący zarzucił, że wskazanie przez Zamawiającego technologii „BIOCLERE” oraz żądanie wykonania oczyszczalni w oparciu o nią przeczy istocie równoważności, a wręcz ją wyklucza. Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZPO 984/09) dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta. Wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga Zamawiający, ale że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

Odwołujący wskazał, że proponowane przez niego rozwiązanie równoważne dotyczy głównych linii technologicznych oczyszczalni ścieków, co uszczegółowił w następujący sposób.

1. Część wstępna oczyszczalni ścieków pozostaje bez zmian, podobnie część dotycząca utylizacji osadów ściekowych.
2. Zasadniczym ciągiem oczyszczalni ścieków są reaktory biologiczne gdzie zachodzą procesy denitryfikacji, nityfikacji, usuwania związków biogenych. Zamienne, równoważne, proponowane urządzenia zapewniają lepszy efekt ekologiczny, posiadają na potwierdzenie raporty z badań efektu oczyszczania ścieków dla całego szeregu produkowanych reaktorów, świadczące o wysokiej jakości pracy urządzeń.
3. Technologia osadu czynnego jest podstawową technologią oczyszczania ścieków

i zastosowano ją w rozwiązaniu projektowanym i równoważnym. Rozwiązanie ciągu technologicznego decyduje o jakości ścieków oczyszczonych. Równoważne rozwiązanie gwarantuje osiągnięcie nie gorszych, a lepszych efektów ze względu na bardziej zaawansowaną technologię.

4. Rozwiązanie techniczne wkomponowuje się w projekt całego obiektu, nie stanowi zakłócenia koncepcji technologicznej i architektonicznej, co nie powoduje konieczności zmiany pozwolenia na budowę.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że jego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, gdyż zaofferowane urządzenie jest urządzeniem równoważnym do wymaganego przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w postępowaniu przetargowym wykazał, że zaofferowane urządzenie ma charakter równoważny. Co więcej w oświadczeniu zawartym w ofercie zadeklarował, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami SIWZ. Brak zatem, podstaw do domniemania, że oferowane przez Odwołującego urządzenia nie będą spełniać wymogów Zamawiającego.

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

29 maja 2013 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z 25 marca 2013 r., zawierające zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” S.A. z siedzibą w Suwałkach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba ustaliła, że kopia odwołania została wysłana przez Zamawiającego wyłącznie listem 23 maja 2013 r., a doręczona – zgodnie ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru – 27 maja 2013 r.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano w tym zakresie również żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z niższą ceną niż Przystępujący, a cena jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego, naraża Odwołującego na szkodę polegającą na niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. z uwzględnieniem załączników, oferty Odwołującego, opinii powołanego przez Zamawiającego biegłego, a także z protokołu postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby żadna z czterech wymienionych w zawiadomieniu z 15 maja 2013 r. podstaw odrzucenia oferty Odwołującego nie może być uznana za prawidłowe uzasadnienie faktyczne zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio

– zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnie oferowanych rozwiązań czy parametrów – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. W przypadku robót budowlanych opis przedmiotu zamówienia ma charakter najbardziej sformalizowany, gdyż w art. 31 ustawa pzp w szczególny sposób reguluje, że ma być on dokonany za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (albo za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego – dotyczy zaprojektowania i wykonania robót), przy czym w rozporządzeniu wykonawczym określono szczegółowy zakres i formę tych dokumentów. Z wydanego w tej sprawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.) wynika jednoznacznie, że przedmiar robót stanowi drugi (pierwszym jest projekt budowlany) podstawowy element dokumentacji projektowej, przy czym w paragrafach od 6 do 10 określono sposób sporządzenia przedmiaru. Zamawiający zawsze ma obowiązek opisać roboty budowlane w ten sposób, natomiast od jego decyzji zależy zakres i forma prezentacji treści oferty składanej przez wykonawcę, w szczególności czy wymaga przedstawienia kosztorysu ofertowego, czyli wycenionego przedmiaru robót, i na jakim poziomie szczegółowości. Oczywiście wprowadzenie kosztorysowego wynagrodzenia spowoduje konieczność zażądania złożenia kosztorysu ofertowego wyceniającego elementy rozliczeniowe, gdyż bez tego nie będzie można dokonać rozliczenia faktycznie wykonanych robót. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy jest przede wszystkim ułatwieniem dla wykonawcy przy wyliczeniu ceny za jaką zobowiązuje się podjąć realizacji opisanych przez zamawiającego w dokumentacji projektowej robót budowlanych.

W odwołaniu adekwatnie przytoczono cztery podane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający podsumował je stwierdzeniem, że oferta Odwołującego *w sposób istotny odbiega od kryteriów ogłoszonych przez Zamawiającego oraz znacząco różni się instalacją technologiczną opisaną z opisaną w decyzjach,*

postanowieniu, projekcie budowlanym oraz treści SIWZ. Proponowane rozwiązania można określić jako rozwiązanie alternatywne a nie równoważne. Izba ustaliła, że poza tym we wstępnej części uzasadnienia Zamawiający skupił się na opisanu decyzji administracyjnych, które zostały wydane w związku z realizowaną inwestycją: po pierwsze – postanowienia z 2 lutego 2013 r., stwierdzającego brak obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięcia; po drugie – decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia; po trzecie – decyzji z 19 kwietnia 2012 r. o ustaleniu lokalizacji pożytku publicznego nr 4/2012; po czwarte – pozwolenia na budowę z 19 lipca 2012 r. nr WA.6740.5.8.2012, zatwierdzające projekt budowlany opracowany przez Przedsiębiorstwo Projektowo-Usługowe EROPOL z Olsztyna. Zamawiający przywołał fragmenty uzasadnień trzech pierwszych decyzji, w których wskazano elementy, z których będzie się składać projektowana oczyszczalnia, takie jak: pompowania wstępna, studnia rozprężająco-rozdzielcza, studzienka betonowa, trzykomorowy osadnik wstępny V=42m³, złożo biologiczne typu „BIOCLARE” B415, zasuwa klinowa, komora sedymentacyjno-pomiarowa, studzienka zbiorcza osadu, stacja odwadniania osadu czy magazyn osadu odwodnionego. Z kolei powyższe uzasadnienie stanowi wyciąg z treści pisemnego stanowiska biegłego, którego powołał Zamawiający dla oceny złożonych w postępowaniu ofert z wymogami zawartymi w SIWZ, projektem technicznym, decyzjami, postanowieniami.

Izba ustalił ponadto, że w pkt 1.4) rozdziału II SIWZ Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia Zamawiający określił, że (...) Rozwiązaniem równoważnym będzie rozwiązanie technologiczne w oparciu o niskoobciążone złożo zraszane. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia oraz warunki przyłączenia energii elektrycznej (moc przyłączeniowa 20 kW).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 pzp Izba nie orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie zarzuty odwołania podlegające rozpoznaniu dotyczyły wyłącznie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, czyli braku zgodności treści złożonej oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Z kolei ponieważ odwołanie dotyczyło odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, oczywistym jest, że w takim przypadku zarzuty odwołania obiektywnie nie mogły wykroczyć poza czynność Zamawiającego w zakresie wyznaczonym przez podane uzasadnienie prawne i faktyczne. Z tego względu w rozpatrywanej sprawie poza granicami sporu podlegającego kognicji Izby znajdują się inne – niż podane Odwołującemu w piśmie z 15 maja 2013 r. – powody

uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego. Tymczasem w toku rozprawy okazało się, że niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. miałyby przejawiać się w tym, że oferowane rozwiązanie technologiczne nie jest oparte o niskoobciążone złoże zraszane (czemu zresztą Odwołujący nie zaprzeczał). Zamawiający nie był jednak w stanie wskazać na rozprawie, w którym miejscu uzasadnienia przekazanego Odwołującemu zostało to wprost wyrażone jako przyczyna odrzucenia jego oferty. W ocenie Izby z treści uzasadnienia nie wynika nawet pośrednio, że stwierdzona przez Zamawiającego rozbieżność dotyczy niewystępowania w oferowanym rozwiązaniu technologicznym niskoobciążonego złoża zraszanego, które zostało podane jako jedyny konkretny punkt odniesienia przy ocenie równoważności rozwiązań oferowanych w stosunku do projektowanych. W szczególności wskazana przez Zamawiającego mniejsza o 10 m³ objętość dotyczy osadnika wstępnego, który – zgodnie ze *Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót na budowę oczyszczalni ścieków w m. Frączkowo gm. Barciany, powiat kętrzyński z 27 czerwca 2012 r.* – stanowi inny element technologiczny (opisany w pkt 2.7.1) niż złoże biologiczne zraszane (opisane w pkt 2.7.2). Przede wszystkim zarówno ta jedyna w jakiś sposób skonkretyzowana niezgodność, jak i pierwsze dwie, podane ogólnikowo jako znaczące – nie zostały odniesione do konkretnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia, lecz do treści uzasadnień decyzji administracyjnych uzyskanych czy nawet wydanych przez Zamawiającego. Tymczasem odbieganie treści oferty od treści uzasadnień decyzji administracyjnych towarzyszących procesowi inwestycyjnemu nie mieści się w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Z kolei Zamawiający nie był w stanie podważyć, a nawet odnieść się twierdzeń Odwołującego, że mniejsza objętość osadnika wtórnego nie przekreśla równoważności oferowanego rozwiązania, gdyż gwarantuje osiągnięcie nie gorszych efektów niż rozwiązanie opisane w dokumentacji projektowej. W szczególności Zamawiający nie podał z czego wynika, że taki osadnik – będący częścią ciągu technologicznego oczyszczalni – przesądza o nierównoważności całego oferowanego rozwiązania w stosunku do opisanego w s.i.w.z. Nie wiadomo również na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził *brak znaku CE lub B na wyrobach budowlanych*, gdyż nie wymagał załączenia do oferty tego typu dokumentów na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane są zgodne z jego wymaganiami. Zamawiający nie był w stanie na rozprawie tego wyjaśnić, poprzestając na odwołaniu się do zamówionej opinii, na której bezkrytycznie polegał.

Wobec powyższego potwierdził się zawarty w odwołaniu zarzut bezpodstawności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Skład orzekający zważył, że wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było ogólnikowe

i niewystarczające dla wywiedzenia z tego przepisu skutków prawnych względem Odwołującego. Tymczasem to na Zamawiającym – dokonującym czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się Odwołującego o udzielenie zamówienia – ciążył wynikający z przepisu art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 pzp obowiązek udowodnienia zajścia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej odrzucenia, a także wynikający z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp obowiązek podania adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne *de facto* sprowadzało się do ogólnikowego stwierdzenia, że zaproponowana technologia znacząco odbiega od zaprojektowanej, opisanej w uzasadnieniach decyzji administracyjnych. W pełni zasadna jest zatem ocena, że Zamawiający nie sprecyzował konkretnej niezgodności treści oferty Odwołującego, którą stwierdził w stosunku do treści wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. Taką przyczyną – z pomocą Przystępującego – została przywołana dopiero na rozprawie. Z uwagi na przywołany powyżej art. 192 ust. 7 pzp Izba nie jest uprawniona do oceny, czy ta niezgodność jest wystarczająca dla stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Abstrahując nawet od tego, że podawanie na rozprawie nowych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego jest w oczywisty sposób niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, Zamawiający – odstępując również od przygotowania odpowiedzi na odwołanie (co samo w sobie jest dopuszczalne – *de facto* przekreślił możliwość rozważenia przez Odwołującego skorzystania z instytucji cofnięcia wniesionego odwołania.

Skład orzekający Izby podziela pogląd – wyrażony na tle art. 92 ust. 1 pkt 3 w wyroku Izby z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1658/11), że określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 obowiązek informacyjny stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec Odwołującego czynności pozbawił go możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy wymuszanie przez Zamawiającego, aby Odwołujący – kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności – samodzielnie musiał domniemywać przyczyn stwierdzonej niezgodności złożonej oferty z treścią s.i.w.z. W niniejszej sprawie poza kwestią osadnika wstępnego i braku znaku CE lub B na wyrobach budowlanych – Odwołujący mógł jedynie zgadywać, jakie niezgodności oferowanych przez niego rozwiązań stwierdził Zamawiający, który w poprzednio prowadzonym postępowaniu pozytywnie zweryfikował oferowane

rozwiązanie, a następnie unieważnił to postępowanie bez odrzucenia oferty Odwołującego, której treść była analogiczna (co nie było sporne na rozprawie). W tych okolicznościach dopiero na rozprawie zostały ujawnione motywy, którymi być może kierował się Zamawiający podejmując decyzję, gdyż równie dobrze mógł je przygotować dopiero po jej podjęciu. Zmusiło to Odwołującego *ad hoc* do odpierania na rozprawie nowych argumentów Zamawiającego i Przystępującego. Taka sytuacja nie może być uznana za prawidłową, gdyż z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że to zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba w innych uprzednio wydanych wyrokach: z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), z 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11).

Z tego względu należało uznać, że Zamawiający nie podniósł skutecznie przeciwko Odwołującemu zarzutów niezgodności treści złożonej oferty, które wywiódł na rozprawie. Konieczność zawarcia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, że bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy termin ten zacznie ewentualnie dopiero biec, gdy Zamawiający – w wyniku powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego – dojdzie do takich lub innych wniosków przemawiających za odrzuceniem jego oferty i poinformuje Odwołującego w sposób wymagany przepisem art. 92 ust. 1 pzp o podjętej przez siebie decyzji, rzutującej na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Z uwagi na związanie przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż odrzucenie oferty Odwołującego czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis.

Przewodniczący: